

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Åse Rustad-Riise

Å hevde sin rett

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

Å hevde sin rett

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

Åse Rustad-Riise



MarIus No. 562
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2022

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown

Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>

E-mail: post@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne masteravhandlingen ble levert januar 2021, og publiseres slik den ble levert. Kun mindre språklige endringer og oppdateringer er foretatt.

Å få bruke et helt år på å vurdere den rettslige reguleringen av en utsatt gruppe i samfunnet, utsendte arbeidstakere, var både juridisk, rettsosialogisk og personlig spennende. Jeg vil gjerne takke for å ha fått denne muligheten. Så gjenstår spørsmålet om de utsendte arbeidstakerne vil få et bedre vern – både i Norge og i EU.

Masteravhandlingen ble i hovedsak til i kjelleren på Domus Media, nærmere bestemt Senter for Europarett, med korte avbrekk i form av hjemmekontor som følge av koronapandemien. Jeg vil rette en stor takk til professor Finn Arnesen for all faglig veiledning og de uvurderlige innspill jeg fikk fra de øvrige ansatte ved Senter for Europarett og Arbeidsrettsgruppen ved Institutt for Privatrett.

Like uvurderlig var også det sosiale miljøet på vit.ass-kontoret og på Sjøretten. Utfordringene ved å skrive en masteravhandling ble ikke mindre av de mange usikkerheter som fulgte med en internasjonal pandemi. Med galgenhumor, omsorg og faglig støtte hjalp vi hverandre gjennom det.

Avslutningsvis vil jeg rette en personlig hilsen til min bestefar Kristian, som var veldig stolt av arbeidet jeg gjorde, men som dessverre døde en knapp måned før jeg leverte masteroppgaven. Takk også til Espen, som ble min ektemann halvveis ut i masterskrivingen. Og helt til slutt, takk til min arbeidsgiver, Skattelovavdelingen i Finansdepartementet, som har holdt meg såpass travel og underholdt at publiseringen har måttet vente i halvannet år.

Juni 2022,
Åse Rustad-Riise

Innhold

FORORD.....	3
I	INNLEDNING..... 7
1	PROBLEMSTILLINGEN..... 7
2	REGULERING AV UTSENDTE ARBEIDSTAKERES RETTIGHETER I VERTSSTATEN..... 8
2.1	Utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet 8
2.2	Norske prosessuelle regler som gjelder for utsendte arbeidstakere..10
2.3	Betydningen av Charteret i EØS-sammenheng.....11
3	AVHANDLINGENS METODE OG VIDERE FREMSTILLING..... 15
II	INFORMASJONSPLIKTEN OVERFOR UTSENDTE ARBEIDSTAKERE..... 17
4	UTSENDTE ARBEIDSTAKERES BEHOV FOR INFORMASJON 17
5	HVORDAN INFORMASJONEN SKAL GIS 18
6	HVILKEN INFORMASJON SOM SKAL GIS 19
7	INFORMASJONSSITUASJONEN I NORGE..... 22
III	HÅNDHEVINGSDIREKTIVETS TRE MODELLER FOR HÅNDHEVING 28
8	INNLEDNING..... 28
9	KLAGESAK 32
9.1	Håndhevingsdirektivets krav til klagemuligheter..... 32
9.2	Om utsendte arbeidstakere kan anlegge klagesak i Norge..... 34
10	FORVALTNINGSSAK..... 36
11	SØKSMÅL..... 40
11.1	Retten til å gå til søksmål..... 40
11.2	Vern mot ugunstig behandling..... 43
11.3	Økonomi som et hinder for domstoltilgang..... 59
11.4	Fagforeningers adgang til å engasjere seg i søksmål76

IV	SOLIDARANSVAR	98
12	HOVEDREGELEN	98
13	SEKTORER SOM OMFATTES.....	99
14	REKKEVIDDE I KONTRAKTSKJEDEN	102
15	BELØPSMESSIG OMFANG.....	106
16	TIDSFRIST FOR Å FREMME KRAV	109
17	BEGRENSNINGER.....	114
V	AVSLUTNING	119
	LITTERATURLISTE.....	123

I Innledning

1 Problemstillingen

Utsendte arbeidstakere arbeider for en begrenset periode i en annen EØS-stat enn den vedkommende normalt arbeider i.¹ Arbeidsforhold reguleres som utgangspunkt ikke av lovgivningen i vertsstaten.² Gjennom direktiv 2014/67/EU («*håndhevingsdirektivet*») stilles det krav til vertsstatenes regulering av håndhevingsmulighetene til utsendte arbeidstakere. I denne avhandlingen skal jeg redegjøre for disse kravene og om norsk rett oppfyller dem. Formålet er å finne ut om utsendte arbeidstakere har reelle muligheter til å håndheve sine rettigheter i Norge.

En rettslig vurdering av utsendte arbeidstakers håndhevingsmuligheter er aktuelt fordi bruken av utsending har økt,³ og fordi håndhevingsdirektivet er relativt nytt i EØS-sammenheng.⁴ Samtidig er det viktig å kartlegge utsendte arbeidstakers håndhevingsmuligheter, ettersom det jevnlig forekommer brudd på norsk regelverk og det foreligger en risiko for sosial dumping.⁵ Avhandlingen er begrenset til utsendte arbeidstakere i bygge- og anleggsbransjen, men mange av vurderingene vil være allmenngyldige. Mange arbeidstakere utsendes for å jobbe i denne

¹ Direktiv 96/71/EF («*utsendingsdirektivet*») art. 2 (1).

² Forordning (EF) nr. 593/2008 («*Roma-I*») art. 8 (2).

³ Kommisjonen (2016)

⁴ Håndhevingsdirektivet ble inntatt i EØS-avtalen høsten 2018, jf. EØS-komiteens beslutning nr. 215/2018. Gjennomføring i norsk rett skjedde med endringer i utsendingsforskriften og mindre endringer i arbeidsmiljøloven, se Prop.5 L (2016–2017) side 6, 14, 15 og 18, se forskrift 28. juni 2017 nr. 1055 til forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere («*utsendingsforskriften*»).

⁵ St.meld. nr. 18 (2007–2008) side 106 og St.meld. nr. 29 (2010–2011) side 269 og 270. Tall fra Arbeidstilsynet underbygger det samme. Alle utsendte i bygge- og anleggsbransjen er omfattet av allmenngjorte tariffavtaler, så brudd på allmenngjøringsregelverket kan antyde deres situasjon. Arbeidstilsynet registrerte i 2019 brudd på allmenngjort lønn i 27 prosent av tilsynene, se Arbeidstilsynet (2019) side 21.

bransjen,⁶ samtidig som én av tre aktører i proffmarkedet mener at arbeidslivskriminalitet er vanlig.⁷ Denne bransjen er i tillegg gjenstand for særlig regulering.⁸

Kommisjonen⁹ pekte ved forberedelsen av håndhevingsdirektivet på at utsendte arbeidstakere kan være sårbare fordi de er midlertidig i en fremmed stat og mangler kjennskap til lokal arbeidsrett, institusjoner og språk.¹⁰ På grunn av disse forholdene bygger avhandlingen på en hypotese om at utsendte arbeidstakere er mer sårbare enn andre arbeidstakere. Denne antatte sårbarheten medfører et behov for gode og tilgjengelige håndhevingsmuligheter. Avhandlingen vil imidlertid vise at det er et skille mellom håndhevingsmulighetene de utsendte arbeidstakerne har og den mulighet de i praksis har til å benytte dem.

2 Regulering av utsendte arbeidstakers rettigheter i vertsstaten

2.1 Utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet

Utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet operasjonaliserer tjenestefriheten.¹¹ Utsendte arbeidstakere anses ikke å bli en del av det nasjonale

⁶ Kommisjonen (2016) og Langberg (2017).

⁷ Arbeidstilsynet m.fl. (2019) side 34

⁸ Solidaransvar skal fastsettes i visse deler av bygge- og anleggsbransjen, jf. håndhevingsdirektivet art. 12 (2). I tillegg gjelder påseplikten, jf. forskrift 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt mv. («*Forskrift om informasjon- og påseplikt*») og plikt om å stille krav til lønnsnivå etter forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om arbeidsvilkår i offentlige kontrakter («*Forskrift om arbeidsvilkår i off. kontrakter*»). I byggebransjen er det også allmenngjort tariffavtale, jf. forskrift 11. oktober 2018 nr. 1684 om delvis allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

⁹ Se TEUV art. 244–250

¹⁰ COM(2012) 131 final side 2 og tilsvarende i COM(2007) 304 final side 3.

¹¹ TEUV artikkel 57 (2), tilsvarende i EØS-avtalen artikkel 37 (2). Bekreftes i håndhevingsdirektivets fortale punkt 2.

arbeidsmarkedet i vertsstaten ettersom de kun arbeider der midlertidig.¹² Likevel skal vertsstaten gjøre visse arbeids- og ansettelsesvilkår gjeldende for utsendte arbeidstakere. Disse gjelder blant annet arbeidstid, minstelønn, HMS-relaterte forhold og likestilling, og er uttømmende opplistet i utsendingsdirektivet.¹³ Utsendingsdirektivet forsøker å balansere de tjenesteytende foretakenes interesser og arbeidstakernes behov for beskyttelse.¹⁴ Direktivet er vedtatt endret ved direktiv (EU) 2018/957, men revisjonen er ikke innlemmet i EØS-avtalen enda.¹⁵

Håndhevingsdirektivets fortale viser til behovet for «effective implementation and enforcement»,¹⁶ og etter forarbeidene er håndhevingsdirektivet tiltenkt å sikre bedre håndheving av utsendte arbeidstakers rettigheter.¹⁷ I direktivet gis regler om medlemsstatenes tilsyn med regelverket¹⁸ og arbeidstakernes muligheter for håndheving.¹⁹ På samme måte som utsendingsdirektivet, forsøker håndhevingsdirektivet å balansere interessene til tjenestetilbyderne og de utsendte arbeidstakerne.

¹² C-113/89 *Rush Portuguesa* avsn. 15, forente saker C-49/98 m.fl. *Finalarte* avsn. 22. Etter det reviderte utsendingsdirektivet vil «all the applicable terms and conditions of employment» få anvendelse på de utsendte arbeidstakerne dersom utsendingen varer lengre enn 12 måneder, jf. art. 1 (2) b.

¹³ Utsendingsdirektivet art. 3 (1). Reglene som får anvendelse på utsendte arbeidstakere omtales gjerne som «a nucleus of mandatory rules for minimum protection», se utsendingsdirektivets fortale punkt 13 og tilsvarende i C-341/05 *Laval* avsn. 59 og C-319/06 *Kommissjonen mot Luxembourg* avsn. 24.

¹⁴ Utsendingsdirektivet fortalens punkt 1, 3 og 13. Det reviderte direktivet fastsetter i et nytt ledd i artikkel 1 at direktivet skal «shall ensure the protection of posted workers during their posting», noe som kan medføre en styrking av beskyttelsen av utsendte arbeidstakere.

¹⁵ Directive (EU) 2018/957 of 28. June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provisions of services. Se EFTA b (u.å.). Direktivet er fra norsk side ansett å være EØS-relevant og de nødvendige endringer i norsk rett er sendt på høring, se ASD b (2020) side 5. Jeg vil vise til det reviderte utsendingsdirektivet i tilfeller hvor direktivet får betydning for avhandlingens tema.

¹⁶ Håndhevingsdirektivets fortale punkt 16 og 34

¹⁷ COM(2012) 131 final side 11 og 18 og COM(2007) 304 final side 3 og 9. Kommissjonen har også i ettertid vist til at håndhevingsdirektivets formål var å styrke håndhevingen av utsendingsdirektivet ved å behandle problemer relatert til «fraud, circumvention of rules», se Kommissjonen (2016).

¹⁸ Håndhevingsdirektivet art. 6–10 og 13–19.

¹⁹ Håndhevingsdirektivet art. 11 og 12.

Direktivet skal sikre effektive kontrolltiltak og håndhevingsmuligheter for å ivareta rettighetene til de utsendte arbeidstakerne, og gi arbeidsgiverne forutsigbarhet og mulighet til konkurransedyktig å tilby tjenester på tvers av landegrensar.²⁰

2.2 Norske prosessuelle regler som gjelder for utsendte arbeidstakere

Arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere i Norge er angitt i utsendingsforskriften § 3.²¹ De aktuelle bestemmelsene gir hovedsakelig ikke prosessuelle regler.²² For to grupper utsendte arbeidstakere får likevel deler av arbeidsmiljølovens prosessuelle regler anvendelse: utsendte arbeidstakere som er innleide og utsendte arbeidstakere som er gravide eller nylig har født. Ettersom disse reglene ikke reguleres av håndhevingsdirektivet, vil jeg kun presentere dem kort.

Utsendte arbeidstakere kan være innleide.²³ Etter utsendingsdirektivet artikkel 3 (9) kan medlemsstatene fastsette at innleide utsendte arbeidstakere skal gis «the terms and conditions which apply to temporary workers in the Member State where the work is carried out.» Dette er gjort i norsk rett.²⁴ Fra ikrafttreddelsen av det reviderte utsendingsdirektivet plikter avtalestatene å likebehandle innleide utsendte arbeidstakere med andre innleide arbeidstakere etter direktiv 2008/104/EF («vikar-

²⁰ Håndhevingsdirektivets fortale punkt 1, 4, 5, 7, 16, 34 og 36.

²¹ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 («*utsendingsforskriften*»).

²² Ot.prp.nr.13 (1999–2000) side 8 og 9. Revideringen av utsendingsdirektivet kan medføre endringer. Eksempelvis er det foreslått at varslingsreglene i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. («*arbeidsmiljøloven*», «*aml.*») kapittel 2A skal få anvendelse dersom utsendingen varierer i mer enn 12 måneder, se ASD b (2020) side 32. «Materielle rettigheter» vil i avhandlingen brukes for å vise til rettigheter etter arbeidsforholdet, f.eks. lønn, arbeidstidsbestemmelser og ferie. «Prosessuelle rettigheter» omfatter bestemmelsene som fastsetter hvordan de materielle rettighetene skal håndheves, f.eks. vern mot ugunstig behandling og solidaransvar.

²³ Utsendingsdirektivet art. 1 (3) c

²⁴ Utsendingsforskriften § 3 (1) a, jf. aml. §§ 14-12–14-14.

byrådirektivet) artikkel 5.²⁵ Imidlertid gjelder likebehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven og vikarbyrådirektivet hovedsakelig materielle rettigheter, og har dermed liten betydning for håndheving.²⁶

Mer interessant er at arbeidsmiljøloven § 14-14, om virkninger av ulovlig innleie, er gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere. Dersom den utsendte arbeidstakeren mener at vedkommende er ulovlig innleid, og dermed har rett til et fast arbeidsforhold hos innleier etter arbeidsmiljøloven § 14-9, kan vedkommende kreve forhandlinger etter arbeidsmiljøloven § 17-3 (1) og ta ut søksmål innen fristene i § 17-4. Disse to regelsettene får ikke anvendelse for andre utsendte arbeidstakere.

Den andre gruppen av utsendte arbeidstakere som får prosessuelle rettigheter etter arbeidsmiljøloven, er utsendte arbeidstakere som er gravide eller nylig har født. I tråd med utsendingsdirektivet artikkel 3 (1) bokstav f er arbeidsmiljøloven § 15-9 gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere.²⁷ Utsendte arbeidstakere som blir gravide mens de er utsendte til Norge, kan derfor ikke sies opp fordi de er gravide. Dersom de blir sagt opp, skal det antas å være begrunnet i graviditeten såfremt noe annet ikke gjøres «overveiende sannsynlig.»²⁸

Utover disse to gruppene utsendte arbeidstakere får ikke arbeidsmiljølovens prosessuelle regler anvendelse. Utgangspunktet for den videre behandlingen av utsendte arbeidstakers håndhevingsmuligheter i Norge, er derfor at håndhevingsmulighetene fullt ut reguleres av håndhevingsdirektivet.

2.3 Betydningen av Charteret i EØS-sammenheng

Flere av rettighetene denne avhandlingen tar for seg har en menneskerettslig side. Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter

²⁵ Revidert utsendingsdirektiv art. 1 (2) b. Aml. § 14-12 a fastsetter rett til likebehandling og er ment å omfatte utleide arbeidstakere som er innleide, se Prop.74 L (2011–2012) side 104. Se videre om forholdet mellom revidert utsendingsdirektivet og vikarbyrådirektivet i ASD b (2020) side 10 og 14 flg.

²⁶ Aml. § 14-12 a og vikarbyrådirektivet art. 5 (1) og art. 3 (1) f.

²⁷ Utsendingsforskriften § 3 (1) a

²⁸ Aml. § 15-9 (1)

(«Charteret»)²⁹ har en rekke relevante bestemmelser. Charteret artikkel 12 fastsetter organisasjonsfrihet, artikkel 27 fastsetter en rett til informasjon fra arbeidsgiver og artikkel 47 en rett til adgang til domstolene. Ettersom Charteret ikke er inntatt i EØS-avtalen, har det som utgangspunkt liten betydning for fastsettelsen av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Som dette punktet vil vise, har likevel Charteret i praksis en betydning for fastleggelsen av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

En forankring av den rettskildemessige betydningen til Charteret i EØS kan utledes av EØS-avtalens protokoll 1 artikkel 1. Det følger av denne bestemmelsen at fortalen til inntatte rettsakter som utgangspunkt ikke er «tilpasset» EØS-avtalens formål, men at det er relevant å se hen til fortalene «i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktens bestemmelser innenfor avtalens ramme». Bestemmelsen må forstås slik at fortalene til inntatte rettsakter er relevante kilder ved fastsettelsen av innholdet i en rettsakt så langt formålet fortalene viser til er forenelige med målsettingene for EØS-avtalen.³⁰ Rettsakter fortalen viser til blir altså ikke en del av EØS-avtalen, men er relevante å se hen til ved tolkningen av rettsakten.³¹ Håndhevingsdirektivet viser i fortalens punkt 48 til en rekke bestemmelser i Charteret. Videre hadde ikke EØS-komiteen særskilte forbehold ved innlemmingen av håndhevingsdirektivet, noe som også kan støtte at Charteret er en relevant kilde.³²

EØS-avtalen skal etter fast praksis fra EFTA-domstolen forstås i lys av «fundamental rights»,³³ og EFTA-domstolen har uttalt at grunnleggende rettigheter utgjør grunnleggende prinsipper i EØS-retten.³⁴ En slik henvisning medfører ikke at Charteret blir en relevant rettskilde

²⁹ Den engelske tittelen er «Charter of Fundamental Rights of the European Union». Norske oversettelser varierer, men i denne avhandlingen vil jeg benytte «Charteret».

³⁰ Sejersted m.fl. (1995) side 186 og 187.

³¹ Fredriksen (2018) side 138

³² Fredriksen (2018) side 138. På grunnlag av de gjennomgående tilpassingene i protokoll 1 art. 1, er det ikke nødvendigvis behov for slike merknader fra EØS-komiteen.

³³ E-28/15 Jabbi avsn. 81, E-14/15 *Holship* avsn. 123, E-4/11 *Clauder* avsn. 49, E-12/10 *ESA mot Island* avsn. 60 og E-2/03 *Åsgersson* avsn. 23.

³⁴ E-14/15 *Holship* avsn. 123

ved tolkningen av EØS-avtalen.³⁵ EFTA-domstolen har ikke tatt endelig stilling til betydningen av Charteret i EØS, men viser tidvis til bestemmelser i Charteret uten å presisere den rettskildemessige betydningen.³⁶

EFTA-domstolen har i flere saker vist til at Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og avgjørelsene fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) er «important sources for determining the scope of these fundamental rights».³⁷ Samtlige EØS-stater har tiltrådt EMK, noe EFTA-domstolen har vist til når betydningen av grunnleggende rettigheter kommer opp.³⁸ EMK gjelder som norsk lov, og har, på samme måte som EØS-avtalen, forrang for annen norsk lovgivning ved konflikt.³⁹ Etter Charteret artikkel 52 (3) og 53 skal bestemmelser i Charteret som tilsvare bestemmelser i EMK sikres på minst samme nivå.⁴⁰ Det betyr at når Charteret og EMK gir samme rettighetsvern, får det i praksis ikke betydning at Charteret ikke er en del av EØS-samarbeidet. Relevant for denne avhandlingen er at organisasjonsfriheten er innfortolket i vernet etter EMK art. 11 (1) og at EMK art. 6 (1) gir en rett til tilgang til domstolene.⁴¹

Dersom en bestemmelse i Charteret ikke har en parallell i EMK, eller om Charterets rettighetsvern går lengre enn EMK, blir situasjonen en

³⁵ Fredriksen (2013) side 13.

³⁶ Se for eksempel E-15/10 *Posten Norge AS* avsn. 86, E-4/11 *Clauder* avsn. 49 og E-10/14 *Deveci* avsn. 64.

³⁷ E-14/15 *Holship* avsn. 123 og E-2/03 *Åsgersson* avsn. 23 og tilsvarende i E-12/10 *ESA mot Island* avsn. 60.

³⁸ E-28/15 *Jabbi* avsn. 81 og E-4/11 *Clauder* avsn. 49.

³⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett («menneskerettighetsloven», «mrl.») § 3, jf. § 2 nr. 1 og EMK art. 1. Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. («EØS-loven») § 1, jf. § 2.

⁴⁰ Forarbeidet til Charteret («Forklaringen») skal gis «due regard» ved tolkningen av Charteret, jf. Charteret art. 52 (7). EU-domstolen har også i sin praksis vist til forklaringen, se eksempelvis C-279/09 *DEB* avsn. 32. Forklaringen angir blant annet hvilke bestemmelser i Charteret som tilsvare hvilke bestemmelser i EMK. Etter TEU art. 6 (2) skal også EU selv tiltre EMK. For øvrig er alle medlemsstatene i EU part i EMK, se Europarådet (2020). Etter TEU art. 6 (3) utgjør grunnleggende rettigheter som følger av EMK «general principles of the Union's law.»

⁴¹ Se eksempelvis *Demir og Baykara mot Tyrkia* avsn. 96 om organisasjonsfriheten og *Airey mot Irland* avsn. 22 om domstoltilgang.

annen. Artikkel 27, om rett til informasjon, har eksempelvis ingen parallell i EMK.⁴² I slike tilfeller vil imidlertid homogenitetsprinsippet spille inn. Homogenitetsprinsippet springer ut av formålet om en dynamisk fortolkning av EØS-avtalen,⁴³ og tilsier at rettsakter skal gis samme innhold i EØS som i EU.⁴⁴ Presumpsjonen etter EFTA-domstolens praksis er at EØS-regler som er hentet fra EU-retten skal fortolkes og anvendes i samsvar med de originale EU-reglene, med mindre det foreligger «compelling grounds» til noe annet.⁴⁵ EFTA-domstolen har med sakene *Jabbi* og *Cambell* gått langt i å tolke EØS-retten i samsvar med EU-retten, selv når EU-retten er bygget på rettsregler som ikke har en parallell i EØS-retten.⁴⁶ I disse sakene kom det på spissen at unionsborgerskapet ikke har en parallell i EØS-retten, men EFTA-domstolen kom likevel til samme resultat som EU-domstolen hadde gjort i tilsvarende sakskompleks.⁴⁷ EFTA-domstolens anvendelse av homogenitetsprinsippet tilsier at det skal mye til for at ikke EØS-retten tolkes i samsvar med EU-retten.⁴⁸ Det er derfor relevant å se hen til de bestemmelsene i Charteret som håndhevingsdirektivet viser til, selv når disse ikke tilsvare rettigheter etter EMK, i fastleggelsen av innholdet i håndhevingsdirektivet.

⁴² EMK art. 10 omfatter en generell informasjonsfrihet. Charteret art. 27 angir motsetningsvis et prinsipp om rett til mottakelse av en viss type informasjon: «Workers or their representatives must, at the appropriate levels, be guaranteed information and consultation in good time in the cases and under the conditions provided for by Union law and national laws and practices.»

⁴³ EØS-avtalens fortale fjerde og femtende avsnitt, art. 1 (1) og E-4/04 *Pedical* avsn. 28.

⁴⁴ Se videre omtale i Fredriksen og Mathisen (2018) side 49 flg.

⁴⁵ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oreal* avsn. 31

⁴⁶ E-28/15 *Jabbi* og E-4/19 *Cambell*, se omtale i Fredriksen og Mathisen (2018) side 54.

⁴⁷ E-28/15 *Jabbi* avsn. 82 og E-4/19 *Cambell* avsn. 58.

⁴⁸ Praksis fra EFTA-domstolens antyder at homogenitetsprinsippet rekkevidde kan variere etter hvilke rettsregler det er tale om, se Fredriksen og Mathisen (2018) side 54 og 55, med henvisning til E-11/14 *Schenker I* (avsn. 78) hvor EFTA-domstolen uttaler at behovet for prosessuell homogenitet er mindre ved tolkning av regler som gjelder EFTA-domstolens administrasjon.

3 Avhandlingens metode og videre fremstilling

Basert på de rettslige og metodiske utgangspunktene jeg har skissert i kapittel 2, vil jeg i den videre fremstillingen ta for meg konkrete bestemmelser i håndhevingsdirektivet og hvordan disse er gjennomført i norsk rett. Jeg vil bruke rettsdogmatisk metode for å analysere gjeldende rett. For å behandle utsendte arbeidstakeres praktiske utfordringer, vil det hyppig vises til empiri og forskning, slik som rapporter fra Arbeidstilsynet, og synspunkter fra fagbevegelsen.⁴⁹

Jeg forholder meg i avhandlingen til EØS-rett slik den gjelder på engelsk, ettersom dette er EFTA-domstolens arbeidsspråk og et språk jeg behersker. Det er også enklere sammenholde avgjørelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolens ved bruk av de engelske versjonene.⁵⁰

En forutsetning for å benytte håndhevingsmuligheter, er kunnskap om både materielle og prosessuelle rettigheter. I del II vil jeg derfor behandle håndhevingsdirektivet artikkel 5 som setter krav til hvilken informasjon som skal gis til de utsendte arbeidstakerne, og hvordan.

Hoveddelen av avhandlingen fremgår av del III og er en analyse av håndhevingsdirektivets tre ulike modeller for håndheving: klagesak, forvaltnings sak og søksmål. Først vil jeg i kapittel 8 behandle forholdet mellom disse tre modellene. Fremstillingen vil vise at norske myndigheter har en viss valgfrihet ved fastsettelsen av håndhevingsmuligheter, men at direktivet fastsetter visse minstekrav. Klagesaksmodellen, som består av en mulighet til å rette en klage, enten til arbeidsgiver eller til forvaltningen, behandles i kapittel 9. Forvaltnings sak vil behandles i kapittel 10. Søksmålsadgang, som er den viktigste håndhevingsmuligheten,

⁴⁹ Det foreligger lite målrettet forskning på utsendte arbeidstakere. En forklaring kan være at de ofte omfattes og behandles i sammenheng med den større gruppen «utenlandske arbeidstakere». Det hender også at det avgrenses mot arbeidstakere med kort botid i forskningen, se f.eks. Nergaard (2018) side 23–24 og Nergaard (2020) side 20. Store deler av relevant forskning er også utført forut for håndhevingsdirektivets vedtakelse.

⁵⁰ Alle språkversjonene i EU er autentiske, jf. TEU art. 55 og TEUV art. 358. Se mer om betydningen av flerspråkligheten i Fredriksen og Mathisen (2018) side 296 flg.

behandles i kapittel 11. Det er tre tiltak som gjør søksmålsretten enklere å benytte: beskyttelse mot ugunstig behandling (kapittel 11.2), avhjelping av økonomiske hindre (kapittel 11.3) og fagforeningers mulighet til å bistå de utsendte arbeidstakerne (kapittel 11.4).

Håndhevingsdirektivet fastsetter i artikkel 12 regler om solidarisk ansvar for lønn- og feriepengene i kontraktskjeder («*solidaransvar*»).⁵¹ Solidaransvaret gjør at de utsendte arbeidstakerne kan rette krav mot andre enn egen arbeidsgiver. Reglene fremgår av allmenngjøringsloven.⁵² Solidaransvaret behandles i del IV.

I del IV vil jeg konkludere på om utsendte arbeidstakere har reelle håndhevingsmuligheter i Norge. Jeg vil her presentere mulige tiltak for å avhjelpe de sosiale og økonomiske forholdene som jeg gjennom arbeidet har funnet at hindrer de utsendte arbeidstakerne i å håndheve sine rettigheter.

⁵¹ Tidvis brukes «kjedeansvar» som betegnelse, se f.eks. Prop.5 L (2016–2017), men jeg vil benytte «solidaransvar» i denne avhandlingen.

⁵² Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. («*allmenngjøringsloven*»)

II Informasjonsplikten overfor utsendte arbeidstakere

4 Utsendte arbeidstakeres behov for informasjon

Utsendte arbeidstakere skal omfattes av visse regler i vertsstaten, noe som kan medføre at de har krav på et høyere rettighetsnivå enn det som følger av regelverket i hjemstaten eller av arbeidsavtalen. For å gjøre rettighetsnivået i vertsstaten gjeldende, må de utsendte arbeidstakerne både kjenne til rettighetene og til håndhevingsmulighetene.

Utsendte arbeidstakere er i Norge fordi deres arbeidsgiver har bestemt det og stått for den praktiske gjennomføringen. Til sammenligning må andre utenlandske arbeidstakere presumptivt orientere seg selv i det norske arbeidslivet og samfunnet. Forskjellen ved den praktiske gjennomføringen kan medføre at utsendte arbeidstakere har mindre kunnskap enn andre utenlandske arbeidstakere om materielle og prosessuelle rettigheter i Norge. Videre har arbeidstakere som er nyankomne eller har kort oppholdstid erfaringsmessig mindre kunnskap om rettigheter og plikter de har etter norsk rett.⁵³ Utsendte arbeidstakere er også forutsetningsvis i Norge midlertidig. De kan derfor i større grad enn andre arbeidstakere være avhengige av sin arbeidsgiver for å få informasjon om hvilke regler som gjelder i Norge.⁵⁴ En undersøkelse fra 2010 viste at de aktuelle nasjonale myndighetene sjeldent ble kontaktet av utsendte

⁵³ NTAES (2020) side 18

⁵⁴ NTAES (2020) side 19. Dette kan føre til sosial segregering, se Wagner (2018) side 7.

arbeidstakere.⁵⁵ Det er derfor et behov for informasjon og trygge rammer for å kontakte offentlige myndigheter.

Utsendingsdirektivet fastsetter at medlemsstatene skal gi informasjonen om arbeids- og ansettelsesvilkårene som vertsstatene skal fastsette for de utsendte arbeidstakerne. Håndhevingsdirektivet fastsetter mer detaljerte regler for denne informasjonsplikten. I kapittel 5 vil jeg behandle hvordan informasjonen skal gjøres tilgjengelig for de utsendte arbeidstakerne, og i kapittel 6 vil jeg redegjøre for hvilken informasjon som skal gis til de utsendte arbeidstakerne. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 7 vurdere om informasjonen som gis i Norge overholder kravene i håndhevingsdirektivet, i tillegg til at jeg vil vise til svakheter ved informasjonen som gis og måten det tilbys på.

5 Hvordan informasjonen skal gis

Etter utsendingsdirektivet artikkel 4 (3) skal medlemsstatene treffe «appropriate measures» slik at informasjon om reglene som gjelder for utsendte arbeidstakere er «generally available».⁵⁶ Grunnkravet etter håndhevingsdirektivet artikkel 5 (1) er at informasjonen skal være «generally available free of charge in a clear, transparent, comprehensive and easily accessible way at a distance and by electronic means». Det skal altså gis helhetlig og forståelig informasjon, som skal være gratis tilgjengelig på internett. Håndhevingsdirektivet har som formål å styrke informasjonstilgangen⁵⁷ og gi de utsendte arbeidstakere og deres arbeidsgivere «effective

⁵⁵ Crauk m.fl. (2010) side 59. Arbeidstilsynet fører ikke statistikk over hvem som sender inn tips, kun melderens rolle (f.eks. ansatt, arbeidsgiver, verneombud, politi). Det er derfor ikke mulig å kartlegge hvor ofte Arbeidstilsynet kontaktes av utsendte arbeidstakere. Opplyst av Per Olav Hernes i Arbeidstilsynet, i e-post 18. august 2020.

⁵⁶ Det reviderte utsendingsdirektivet knytter rettsvirkninger til manglende informasjon, se art. 1 (2) a, siste ledd.

⁵⁷ Håndhevingsdirektivet, fortalen punkt 18 og 20 og COM(2012) 131 final side 14 og 15.

access» til informasjon om arbeids- og ansettelsesvilkår.⁵⁸ Formålene styrker at informasjonen skal være enkelt tilgjengelig.⁵⁹

Håndhevingsdirektivet regulerer hvilke formater informasjonen skal være tilgjengelig på. Etter artikkel 5 (2) skal informasjonen tilbys på en sentral nettside (bokstav a) og «if possible» i en kortfattet brosjyre (bokstav c). Det er ingen plikt å lage en slik brosjyre, noe som støttes av at artikkel 5 (1) viser til «electronic means, in formats and in accordance with web accessibility standards».⁶⁰

Direktivet stiller også krav til hvilke språk informasjonen skal gis på. Håndhevingsdirektivet artikkel 5 (2) bokstav c fastsetter at informasjonen skal være tilgjengelig på de offisielle språkene i staten. Informasjonen skal også tilbys på de mest relevante språkene i arbeidsmarkedet, men denne vurderingen er overlatt til den enkelte stat. Minstekravet er derfor at informasjonen gis på norsk, ettersom det er det offisielle språket i Norge.

6 Hvilken informasjon som skal gis

Informasjonsplikten omfatter etter håndhevingsdirektivet artikkel 5 (1) «the terms and conditions of employment» som følger av utsendingsdirektivet artikkel 3.⁶¹ Ordlyden omfatter ikke rettighetsinformasjon om håndhevingsmuligheter etter håndhevingsdirektivet, eksempelvis solidaransvaret. Jeg mener imidlertid at artikkel 5 (1) må forstås slik at

⁵⁸ Håndhevingsdirektivet, fortalet punkt 18

⁵⁹ I fortolkningen av en rettsakt er det sentralt å se hen til formålet, se f.eks. C-717/18 X avsn. 21. For fremstillinger av formålets betydning ved tolkning av rettsakter, se Riesenhuber (2017) side 249 flg. og Fredriksen og Mathisen (2018) side 298–299 og 308 flg.

⁶⁰ Det reviderte utsendingsdirektivet henviser bare til utforming av den sentrale nettsiden, jf. art. 1 (2). Håndhevingsdirektivet er vedtatt for å sikre håndhevingen av utsendingsdirektivet, noe som tilsier at en revisjon av utsendingsdirektivet også kan påvirke forståelsen av håndhevingsdirektivet. Det kan argumenteres for, med støtte i EU-domstolens praksis, at EU-rettens sekundærlovgivning må i lys av hverandre, se C-283/81 *CILFIT* avsn. 20. I samme retning Riesenhuber (2017) side 243.

⁶¹ Tilsvarende pålegges etter utsendingsdirektivet art. 4 (3).

informasjonsplikten også omfatter håndhevingsmuligheter, noe jeg i det følgende vil redegjøre for.

Artikkel 5 (1) krever at informasjonen som tilbys er «comprehensive». Etter en alminnelig ordlydsforståelse tilsier dette at informasjonen skal være dekkende og fullstendig, noe som kan omfatte håndhevingsmuligheter. Artikkel 5 nevner bare informasjon om håndhevingsmuligheter i annet ledd bokstav c. Denne bestemmelsen gir både regler for hvilke språk informasjonen skal være tilgjengelig på og innholdet i en eventuell brosjyre:

«Member states shall (...) make the information available (...) in the most relevant languages taking into account demands in its labour market (...). That information shall be made available if possible in summarised leaflet form indicating the main labour conditions applicable, including the description of the procedures to lodge complaints (...)».

Brosjyren, hvis en slik lages, skal altså inneholde informasjon om «the procedures to lodge complaints». Motsetningsvis oppstiller ikke artikkel 5 eksplisitt at slik håndhevingsinformasjon også skal oppgis på nettsiden. Bestemmelsens oppbygning tilsier imidlertid at all relevant informasjon skal tilbys på nettsiden, og at en eventuell brosjyre skal inneholde et utvalg av den viktigste informasjonen.

Formålet til artikkel 5 er i henhold til fortalens punkt 18 å sikre tjenestetilbydere og utsendte arbeidstakere effektiv tilgang til informasjon. Videre er et av direktivets overordnede formål å styrke håndhevingsmulighetene. Samlet taler disse formålene for at informasjon om håndhevingsmuligheter må fremgå av nettsiden.⁶² Dersom ulik informasjon tilbys på nettsiden og i brosjyren er det ikke sikkert at alle utsendte arbeidstakere mottar informasjonen. EU-rettens tolkningsprinsipp «*effet utile*», som tilsier at den forståelsen som sikrer en bestem-

⁶² Formål fremgår ofte av fortalen. Det er relevant å se hen til fortalen ved fortolkningen av en rettsakt, se f.eks. C-311/18 *Schrems II* og i C-815/18 *FNV* avsn. 38.

melsens effektive virkning skal legges til grunn,⁶³ taler for at samme informasjon skal gis på nettsiden og på brosjyren. En samlet lesning av artikkel 5 i lys av direktivets formål medfører dette at informasjon om håndhevingsmulighetene etter håndhevingsdirektivet må fremgå av den sentrale nasjonale nettsiden.

Utover informasjon om materielle og prosessuelle rettigheter, kan det i en håndhevings situasjon være behov for informasjon som ikke fremgår av utsendingsdirektivet eller håndhevingsdirektivet, eksempelvis informasjon om påkrav/tvistevarelse, forliksrådet, lønnsgaranti eller fri rettshjelp. Håndhevingsdirektivet artikkel 5 (5) pålegger at medlemsstatene skal «indicate the bodies and authorities» som utsendte arbeidstakere og deres arbeidsgivere kan oppsøke for «general information on national law and practice applicable to them». Det er altså tilstrekkelig med en henvisning til aktuelle offentlige myndigheter.

Det kan også være behov for informasjon om fagforeninger. Etter artikkel 5 (2) bokstav b skal det informeres om tariffavtaler som får anvendelse for utsendte arbeidstakere og deres arbeidsgivere. I den forbindelse skal det også, hvis mulig, oppgis lenker til eksisterende nettsider og andre kontaktpunkter, og «in particular the relevant social partners».⁶⁴

Arbeidstakeres rett til informasjon om rettigheter og plikter i arbeidsforholdet er for øvrig ansett å være en grunnleggende rettighet i EU, fastsatt i henholdsvis Charteret artikkel 27 og Den sosiale pilar punkt 7 (a).⁶⁵ Bestemmelsene har imidlertid liten betydning i EØS-sammenheng. Håndhevingsdirektivet henviser ikke i fortalen til Charteret artikkel 27 og bestemmelsen har ingen parallell i EMK. Dessuten er det usikkert om artikkel 27 faktisk pålegger rettslige forpliktelser, da bestemmelsen

⁶³ Forente saker C-402/07 og C-432/07 *Sturgeon* avsn. 47. Se videre i Fredriksen og Mathisen (2018) side 313 flg. og Riesenhuber (2017) side 252.

⁶⁴ Fagforening omfattes av begrepet «social partners», se Eur-lex (u.å.)

⁶⁵ Den sosiale pilar er 20 prinsipper og rettigheter innenfor arbeids- og trygderett som først ble publisert som en rekommendasjon fra Kommissjonen (Kommissjonens rekommendasjon (EU) 2017/761) og så den 17. november 2017 proklamert av Europaparlamentet, Rådet og Kommissjonen. Se Rådet (2017).

henviser til gjennomføring i EU-rett og nasjonal rett.⁶⁶ Den sosiale pilar punkt 7 (a) fastsetter at arbeidstakere skal motta skriftlig informasjon ved oppstart av arbeidsforholdet om deres rettigheter og plikter. Selv om bestemmelsen, og Den sosiale pilar som sådan, er formulert i et rettighetsspråk, er det usikkert om den har et rettslig bindende innhold. Forarbeidet synes å angi at det kreves politisk oppfølging, men at den ikke er rettslig forpliktende.⁶⁷ EU-domstolen har ikke benyttet Den sosiale pilar i avgjørelsen av forelagte saker.⁶⁸ Selv om arbeidstakers rett til informasjon er en grunnleggende rettighet i EU, er betydningen for informasjonen som medlemsstatene skal gi i en håndhevings situasjon begrenset.

7 Informasjonssituasjonen i Norge

Kapitlene 6 og 5 har vist at håndhevingsdirektivet krever at utsendte arbeidstakere har enkelt tilgjengelig, forståelig og dekkende rettighetsinformasjonen. Arbeidstakers rett til informasjon er en grunnleggende rettighet i EU, men betydningen for håndhevingsdirektivet er begrenset. I dette kapittelet vil jeg vurdere om norske myndigheter oppfyller informasjonsplikten etter håndhevingsdirektivet artikkel 5, både hva gjelder innhold og tilgjengelighet.

⁶⁶ C-176/12 *Association de médiation sociale* avsn. 45. Etter Charteret artikkel 51 (1) skal rettigheter bli «respected», mens prinsipper skal være «observed». Sistnevnte medfører at prinsippene ikke er rettslig forpliktende. Skillet støttes av Forklaringen på side 35. Se i samme retning Adams-Prassl (2020) side 399. Charteret art. 27 er, på grunnlag av behovet for gjennomføring i nasjonal rett, antagelig et prinsipp.

⁶⁷ COM(2017) 250 final side 6. Slik er pilaren også forstått i juridisk teori, se Aranguiz (2018) side 349, Barnard (2020) side 357, Garden (2018) side 218 og Fontecha (2017) side 152.

⁶⁸ Italienske domstoler henviste til Den sosiale pilar i spørsmålene forelagt for EU-domstolen i forente saker C-789/18 og C-790/18 *AQ and ZQ*, men EU-domstolen avviste saken. Videre henviste Generaladvokat Wahl til Den sosiale pilar i en fotnote i forslag til avgjørelse i sak C-33/17 *Čepelnik* avsn. 57. EU-domstolen viste ikke til Den sosiale pilar i sin avgjørelse.

I Norge er Arbeidstilsynet den ansvarlige offentlige myndighet,⁶⁹ og den norske sentrale nettsiden er fra Arbeids- og sosialdepartementets⁷⁰ side tiltenkt å være «workinnorway.no».⁷¹ Her fremgår hovedsakelig informasjon om hvordan man får en jobb i Norge. Siden henviser videre til Arbeidstilsynets nettsider, hvor det gis informasjon om de norske arbeids- og ansettelsesvilkårene som gjelder for utsendte arbeidstakere. Informasjonen gis i realiteten bare på én side – Arbeidstilsynets – og kravet til å ha én sentral nettside i artikkel 5 (2) bokstav a er derfor oppfylt. Nettsiden «workinnorway.no» lenker tydelig til Arbeidstilsynets nettside, så informasjonen er også «easily accessible» i henhold til kravet i artikkel 5 (1).

Et overordnet krav er at informasjonen som gis er korrekt. På Arbeidstilsynets nettside spesifikt rettet mot utsendte arbeidstakere, under overskriften «Making claims», står det at søksmål ikke kan fremmes for norske domstoler.⁷² Det følger imidlertid av utsendingsforskriften § 9, som gjennomfører utsendingsdirektivet artikkel 6, at søksmål kan fremmes i Norge.⁷³ Det gis derfor feil informasjon til utsendte arbeidstakere.

Som vist i kapittel 6, skal den nasjonale nettsiden gi informasjon om håndhevingsmuligheter. En sentral håndhevingsmulighet er å rette et krav mot en solidaransvarlig.⁷⁴ Det står imidlertid ikke noe om solidaransvar

⁶⁹ Aml. § 18-1 (1) jf. § 1-7, med unntak for diskrimineringsreglene som håndheves av Diskrimineringsnemnda, jf. Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda («*diskrimineringsombudsloven*») § 7, jf. § 1 (2) a, jf. utsendingsforskriften § 3 (1) d. Merk at arbeidsgiver har informasjonsplikt om «forhold av vesentlig betydning i arbeidsforholdet», jf. aml. § 14-6 og utsendingsforskriften § 3 (1) a.

⁷⁰ Arbeids- og sosialdepartementet har gått igjennom flere navneendringer. For enkelthets skyld vil jeg i avhandlingen bruke kortformen «ASD» i periodene departementets navn har vært arbeids- og sosialdepartementet. Ellers vil jeg bruke det fulle navnet.

⁷¹ ASD (2016) side 18. Gjennomføring av artikkel 5 er gjort ved konstatering av rettsharmoni, så bestemmelsen behandles bare kort i proposisjonen og nevnes ikke i innstillingen. Se Prop.5 L (2016–2017) side 8 og 17 og Innst.172 L (2016–2017).

⁷² Arbeidstilsynet d (u.å.).

⁷³ Dette behandles i punkt 11.1.

⁷⁴ Dette behandles i del IV.

på noen av de nevnte sidene.⁷⁵ Dette svekker håndhevingsmulighetene. Det gjør også at informasjonen som tilbys ikke er «comprehensive» i henhold til håndhevingsdirektivet artikkel 5 (1).

Informasjon om påkrav/tvistevarsel, forliksrådet, lønnsgaranti eller fri rettshjelp kan være nødvendig i en håndhevings situasjon. Arbeidstilsynets nettside for utsendte arbeidstakere oppgir ikke slik informasjon,⁷⁶ men henviser videre til Senter for utenlandske arbeidstakere («SUA»)⁷⁷ og Arbeidstilsynets svartelefon. Kravet etter håndhevingsdirektivet artikkel 5 (5) om at medlemsstatene skal «indicate the bodies and authorities» som kan oppgi generell rettighetsinformasjon er dermed oppfylt.

Angående språket informasjonen skal være tilgjengelig på, så har ikke ASD tatt stilling til hvilke språk som er de mest relevante på det norske arbeidsmarkedet.⁷⁸ Basert på hvilke språk de ulike nettsidene finnes på, fremstår det som at norske myndigheter anser norsk og engelsk for å være de mest relevante språkene på det norske arbeidsmarkedet.⁷⁹ Ettersom valg av språk er opp til medlemsstatene, utgjør ikke dette et brudd på håndhevingsdirektivet.

Kravene etter håndhevingsdirektivet vedrørende format og tilgjengelighet er oppfylt, men innholdet i informasjonen er mangelfull. Norge overholder derfor ikke forpliktelsene etter håndhevingsdirektivet artikkel 5. I det følgende vil jeg påpeke forhold som ikke er i strid med håndhevingsdirektivet, men som kan forbedres slik at direktivets formål om å styrke informasjonstilgangen og håndhevingsmulighetene realiseres.

⁷⁵ Arbeidstilsynet d (u.å.). Det står heller ikke noe på Arbeidstilsynets sider rettet mot alle arbeidstakere, Arbeidstilsynet a (u.å.) og Arbeidstilsynet b (u.å.).

⁷⁶ Arbeidstilsynets generelle informasjonsside gir imidlertid informasjon om påkrav, forliksråd og lønnsgarantiordningen, se Arbeidstilsynet a (u.å.) og Arbeidstilsynet b (u.å.).

⁷⁷ Informasjonen og bistanden fra SUA gjelder hovedsakelig praktiske forhold slik som registreringsbevis, oppholdstillatelse, skattekort og flyttemelding. De gir ikke konkret bistand i saker, se sua.no.

⁷⁸ ASD (2016) side 18

⁷⁹ Nettsiden «workinnorway.no» finnes på norsk og engelsk. SUAs nettside finnes på norsk, engelsk, litauisk, polsk og russisk, se sua.no. Arbeidstilsynets nettsider finnes på norsk, engelsk og polsk, men siden spesifikt for utsendte arbeidstakere finnes ikke på den polske versjonen av siden, se arbeidstilsynet.no/pl.

For det første har ikke Arbeidstilsynet laget en slik brosjyre som håndhevingsdirektivet artikkel 5 (2) bokstav c viser til.⁸⁰ Håndhevingsdirektivet krever ikke at det utarbeides en brosjyre, men mangel på brosjyre kan svekke informasjonstilgangen. Brosjyrer er enkle å dele ut i forbindelse med informasjonskampanjer, og noen utsendte arbeidstakere vil kunne foretrekke en brosjyre over en nettside.⁸¹

For det andre henviser ikke Arbeidstilsynets nettside til fagforeninger eller arbeidsgiverorganisasjoner.⁸² Fagforeninger og arbeidsgiverorganisasjoner, som omfattes av betegnelsen «social partners», er gitt en sentral rolle i håndhevelsen av utsendte arbeidstakeres rettigheter og som samarbeidspartnere for offentlige myndigheter.⁸³ Håndhevingsdirektivets krav til henvisning til relevante sosiale partnere knyttes til informasjonsplikten om tariffavtaler,⁸⁴ men i praksis er også informasjon om fagforeninger viktig for håndheving av rettigheter. Mangel på henvisning er ikke et brudd på håndhevingsdirektivet, men medfører at utsendte arbeidstakere ikke får vite hvilke fagforeninger de kan kontakte.

For det tredje er det ikke sikkert at informasjon som bare er tilgjengelig på norsk og engelsk effektivt sikrer de utsendte arbeidstakerne informasjonen de trenger. Det finnes ikke forskning direkte på utsendte arbeidstakere i Norge og deres språkkunnskaper, men forskning på andre utenlandske arbeidstakere kan danne et inntrykk av situasjonen. Arbeids- og levekårsundersøkelsen blant polske arbeidsinnvandrere i Oslo-området fra 2006 viste manglende norskkunnskaper.⁸⁵ Samme

⁸⁰ Telefonsamtale med N.N. i Arbeidstilsynets Svartjeneste, 10. november 2020.

⁸¹ I 2008 syntes arbeidstakere fra utenfor EØS/EFTA å foretrekke egne nettverk og ønsket informasjon skriftlig og på eget språk, mens faglærte/spesialister fra utenfor EØS/EFTA i større grad brukte internett, se St.meld. nr. 18 (2007–2008) side 180. En undersøkelse gjort på forespørsel av Kommisjonen i 2010 konkluderte også med at det ikke kan antas at alle utsendte arbeidstakere er fortrolige med å bruke internett og at brosjyrer derfor også bør gis, se Crauk m.fl. (2010) side 58. Disse utgangspunktene kan endre seg ettersom fler og fler blir fortrolige med bruk av internett som informasjonskilde.

⁸² Arbeidstilsynet c (u.å.). De danske nettsidene henviser motsetningsvis til de mest aktuelle partene i dansk arbeidsliv, se Workplace Denmark (u.å.). Arbeidstilsynet informerer heller ikke om retts hjelptiltak.

⁸³ Håndhevingsdirektivet art. 11 (3) og fortalens punkt 16 og 30.

⁸⁴ Håndhevingsdirektivet art. 5 (4)

⁸⁵ Friberg m.fl. (2007) side 97

tendens fremgikk av tilsvarende undersøkelse fra 2010,⁸⁶ hvor det også fremgikk at hovedgruppen av de polske arbeidsinnvandrerne hadde lite engelskkunnskaper.⁸⁷ LO erfarer at flere utsendte arbeidstakere ikke behersker norsk og engelsk.⁸⁸ Selv om valget av språk er innenfor Norges skjønnsmargin, bør det tas hensyn til at formålet med direktivets artikkel 5 er å sikre bedre tilgang til informasjon.

For det fjerde er informasjonen som skal gis etter håndhevingsdirektivet artikkel 5 generell rettighetsinformasjon, ikke informasjon spesifisert til den konkrete sak. Rettshjelpsforskning har over tid vist at lovstoff tidvis ikke kommuniseres slik at de som skal nytte seg av informasjonen forstår den.⁸⁹ Håndhevingsdirektivet pålegger imidlertid ikke veiledningsplikt som går utover forvaltningsorganers veiledningsplikt etter forvaltningsloven.⁹⁰

Del II har vist at informasjonen som norske myndigheter tilbyr til utsendte arbeidstakere, og måten den tilbys på, ikke oppfyller vilkårene i håndhevingsdirektivet artikkel 5. Direktivets formål om «effective access» til informasjon er derfor ikke oppfylt.

Det mest effektive tiltaket for å sikre at utsendte arbeidstakere har kunnskap om sine rettigheter, vil antagelig være å drive oppsøkende virksomhet. I dag har ikke Arbeidstilsynet oversikt over hvem de utsendte arbeidstakerne i Norge er, eller hvor de arbeider.⁹¹ Det har heller ikke fagforeningene. Arbeidstilsynet er derfor avhengige av tips for å kunne drive målrettede tilsyn. NAV Internasjonalt vet derimot hvem som er utsendte, ettersom det må sendes inn en bekreftelse på dekning av hjemstatens trygdesystem.⁹² Videre skal selskaper som er hjemmehørende

⁸⁶ Friberg m.fl. (2011) side 91

⁸⁷ Friberg m.fl. (2011) side 14. De fleste bygningsarbeiderne snakket polsk på jobb, se side 49.

⁸⁸ Møte med Jonas Bals, rådgiver i LO, 3. september 2020, Oslo.

⁸⁹ Mathisen (2011) side 80

⁹⁰ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker («forvaltningsloven») § 11

⁹¹ ASD b (2020) side 33 flg. Det pågår en vurdering av om informasjon hos SFU skal kunne utveksles med Arbeidstilsynet.

⁹² Forordning (EU) nr. 883/2004 art. 12, jf. Forordning (EU) nr. 987/2009 art. 19–21.

i utlandet og som utfører et oppdrag i Norge innmelde opplysninger om egne arbeidstakere som benyttes til å utføre oppdraget til Sentralskattekontoret for utenlandssaker («SFU»).⁹³

Informasjonen som inngis om utsendte arbeidstakere til henholdsvis NAV Internasjonalt og SFU er ikke taushetsbelagte etter forvaltningsloven § 13 (2), men er personopplysninger etter personopplysningsloven.⁹⁴ Dersom det innhentes samtykke fra den utsendte arbeidstakeren,⁹⁵ kan NAV Internasjonalt eller SFU gi informasjonen til Arbeidstilsynet eller fagforeninger. En annen mulighet er at SFU meddeler Arbeidstilsynet informasjon om de utsendende foretakene, ettersom disse ikke utgjør personopplysninger etter GDPR.⁹⁶

⁹³ Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning § 7-6 (1). Se også FIN (2016) side 5. Denne registreringsplikten trer i stedet for meldeplikten til arbeidsgiver- og arbeidstakerregisteret, jf. forskrift 18. august 2008 nr. 942 om arbeidsgiver- og arbeidstakerregisteret § 5 (2) d. Merk imidlertid at ESA har åpnet traktatbruddsak om SFUs registreringsordning da de fremholder at dette går lengre enn nødvendig i å sikre korrekt skattelegging i Norge, se ESA (2018).

⁹⁴ Forordning (EU) 2016/679 («GDPR») art. 4 (1). Gjennomført ved lov 15. juni 2018 nr. 38 om personopplysninger («personopplysningsloven»).

⁹⁵ GDPR art. 6 (1) a

⁹⁶ GDPR art. 4 (1) a. Dette tilsvarer den danske løsningen, se Lov om udstationering af lønmodtagere m.v. § 7 c (1) og videre i Lovforslag nr. L 178 (2015–2016) side 14 og 15. I Danmark er det etablert et register for utsendte arbeidstakere, se Bekendtgørelse om register for udenlandske tjenesteydere (RUT-registeret).

III Håndhevingsdirektivets tre modeller for håndheving

8 Innledning

Jeg går nå over til avhandlingens hoveddel, hvor jeg vil redegjøre for innholdet i håndhevingsdirektivet artikkel 11, krav til gjennomføring i norsk rett og om norsk rett oppfyller disse kravene. I forståelsen av artikkel 11 får særlig to av direktivets formål betydning:⁹⁷ styrking av håndhevingen av rettighetene som oppstilles i utsendingsdirektivet,⁹⁸ og at utsendte arbeidstakere skal ha «effective mechanisms» for å forsvare sine rettigheter.⁹⁹ Artikkel 11 første ledd fastsetter følgende:

«(...) Member States shall ensure that there are effective mechanisms for posted workers to lodge complaints against their employers directly, as well as the right to institute judicial or administrative proceedings, also in the Member State in whose territory the workers are or were posted, where such workers consider they have sustained loss or damage as a result of a failure to apply the applicable rules (...).»

Bestemmelsen oppstiller tre modeller for håndheving. Den første modellen kan vi kalle en klagesaksmodell. Den andre modellen er å iverksette en rettslig prosess, altså å anlegge et søksmål. Den siste modellen er å iverksette en administrativ prosess, som vil være å anlegge en forvaltningssak. Hver av disse modellene vil behandles separat i henholdsvis kapittel 9, 10 og 11. I dette kapittelet vil jeg først behandle forholdet

⁹⁷ Om formålet betydning i fortolkningen, se f.eks. C-717/18 X avsn. 21 og Riesenhuber (2017) side 249 flg.

⁹⁸ Håndhevingsdirektivets fortale punkt 34 og COM (2012) 131 final side 11 og 18.

⁹⁹ Håndhevingsdirektivets fortale punkt 34 og art. 11 (1)

mellom forvaltningssak og søksmål, betydningen av fortalens henvisning til Charteret artikkel 47 og så om klagesaksmodellen og forvaltnings-saksmodellen er to ulike håndhevingsmodeller.

Vedrørende forholdet mellom forvaltningssak og søksmålsadgang, så er spørsmålet om medlemsstatene både må ha «judicial» og «administrative» prosesser tilgjengelige for de utsendte arbeidstakere. Ordet «or» i den engelske språkversjonen tilsier at prosessene er alternative, men ikke alle språkversjonene bruker ord tilsvarende «eller» mellom de to prosessene. Det kan derfor ikke sluttes fra ordlyden at disse to håndhevingsmulighetene er alternative.¹⁰⁰ Forarbeid og fortalen til direktivet behandler ikke problemstillingen. Tatt i betraktning variasjonen av nasjonale reguleringer blant medlemsstatene i EU, er det ikke nødvendigvis praktisk å oppstille et krav om at det både skal foreligge forvaltningsadgang og domstoladgang, eller at en av dem skal være obligatoriske. Utgangspunktet i EU og EØS er at medlemsstatene har prosessautonomi.¹⁰¹ Ulike medlemsstater regulerer derfor behandlingen av arbeidsrettslige saker ulikt. Det ligger også i valget av reguleringsform – et direktiv – at medlemsstatene skal kunne stå noe fritt i gjennomføringen, så lenge direktivets formål realiseres.¹⁰² Prosessene må derfor forstås som alternative.

I håndhevingsdirektivets fortale punkt 48 og i et forarbeid vises det til «the right to effective remedy» slik det er sikret i Charteret artikkel 47.¹⁰³ Det må derfor avklares om denne bestemmelsen stiller krav til håndhevingsmulighetene. Charteret artikkel 47 kodifiserer den grunnleggende EU-rettslige retten til rettslig overprøving.¹⁰⁴ EFTA-domstolen har ikke tatt stilling til om retten til rettslig overprøving er en grunnleggende rett

¹⁰⁰ Om flerspråklighet i EU, se Fredriksen og Mathisen (2018) side 296 flg.

¹⁰¹ Prosessautonomi betyr at medlemsstatene, i fravær av EU- eller EØS-rettslige, selv kan fastsette hvordan rettigheter etter avtalen skal kunne gjøres gjeldende for nasjonale domstoler, se C-33/76 *Rewe* avsn. 5, C-62/00 *Marks & Spencer* avsn. 34 og E-11/12 *Koch m.fl.* avsn. 121.

¹⁰² TEUV art. 288 (3) og EØS-avtalen art. 7 (b).

¹⁰³ COM(2012) 131 final side 18

¹⁰⁴ Forklaringen side 29. EU-domstolen har i en rekke saker vist til at rettslig overprøving er en grunnleggende rettighet i EU, se f.eks. C-222/84 *Johnston* avsn. 18 og 19, C-214/16 *King* avsn. 41, C-311/18 *Schrems II* avsn. 187. Se også Hofmann (2014) side 1211.

i EØS. Uansett beskyttes retten av EMK artikkel 6 (1). Parallellen mellom Charteret artikkel 47 og EMK artikkel 6 (1), samt homogenitetsprinsippet, tilsier at det er relevant å se hen til Charteret artikkel 47 for forståelsen av håndhevingsdirektivet i EØS-sammenheng.

Charteret artikkel 47 (1) fastsetter at den som har fått krenket sine rettigheter og friheter etter «the law of the Union», har rett til «an effective remedy before a tribunal». Forklaringen henviser til «effective remedy before a court».¹⁰⁵ «Tribunal» og «court» er ikke det samme. En «court» vil være en domstol, mens et «tribunal» kan være et domstollignende organ.¹⁰⁶ Det påpekes imidlertid i Forklaringen at artikkel 47 ikke er ment å endre systemet TEU og TEUV fastsetter for rettslig overprøving, og det vises til TEUV artikkel 251 til 281.¹⁰⁷ TEUV artikkel 267 bestemmer at «court or tribunal» i medlemsstatene kan forelegge spørsmål for EU-domstolen. EU-domstolen benytter også begrepene i fellesskap.¹⁰⁸ Det er derfor antatt i teorien at «tribunal» i Charteret artikkel 47 må forstås som «court or tribunal».¹⁰⁹ Etersom Charteret og Forklaringen bruker begrepene om hverandre og EU-domstolen i fast praksis viser til begrepene i fellesskap, finner jeg det også naturlig å legge det samme til grunn. Charteret artikkel 47 krever derfor ikke at overprøving skjer for en domstol.

Charteret artikkel 47 oppstiller imidlertid visse minstekrav for den rettslige overprøvingen. Etersom håndhevingsdirektivet viser til Charteret artikkel 47, må direktivet forstås i lys av bestemmelsen. Jeg forstår derfor «judicial or administrative proceedings» som alternative i den forstand at medlemsstatene ved gjennomføringen av håndhevingsdirektivet kan velge å gi utsendte arbeidstakere tilgang til én eller begge, såfremt én av prosessene oppfyller kravene som følger av retten til effektiv rettslig overprøving etter Charteret artikkel 47.

¹⁰⁵ Forklaringen side 29

¹⁰⁶ FRA (2016) side 30 flg.

¹⁰⁷ Forklaringen side 29

¹⁰⁸ Se f.eks. C-61/65 *Vaassen-Göbbels* på side 273, C-54/96 *Dorsch* avsn. 23 og C-17/00 *De Coster* avsn. 10.

¹⁰⁹ Pech (2014) side 1251 og FRA (2016) side 32 flg.

Angående forholdet mellom klagesaksmodellen og forvaltnings-saksmodellen, så vil punkt 9.1 vise at «lodge complaints against their employers» både kan være en klage rettet mot arbeidsgiver eller rettet til et forvaltningsorgan. Begge modellene kan således oppfylles ved å gi utsendte arbeidstakere en mulighet til å anlegge en forvaltnings-sak. Fremstillingen vil vise at det likevel gjelder ulike vilkår for de to håndhevingsmodellene, noe som støtter at de må ansees som to ulike håndhevingsmodeller.

Det er litt uklart hvordan klagesaksmodellen og forvaltningssaksmodellen er gjennomført i norsk rett. I høringsnotatet skilte ikke ASD mellom disse to modellene.¹¹⁰ ASD la til grunn at muligheten for å kontakte eller tipse Arbeidstilsynet var tilstrekkelig til å ivareta utsendte arbeidstakeres «adgang til å håndheve sine rettigheter utenom domstolene».¹¹¹ Dermed er muligheten til å kontakte og å tipse Arbeidstilsynet både ansett å være «complaints against their employers» og «administrative proceedings». Kommisjonens uttalelser fra både før og etter ASDs tolkning i 2016 tilsier imidlertid at utsendte arbeidstakere både skal kunne anlegge en klagesak og iverksette administrative eller rettslige prosesser.¹¹² Jeg vurderer derfor også dette til å være to ulike håndhevingsmodeller, slik at det gjelder en selvstendig plikt til å fastsette en mulighet for å anlegge en klagesak.

¹¹⁰ Håndhevingsdirektivet artikkel 11 er gjennomført i norsk rett ved mindre forskrifts-
endringer, ettersom norsk rett ble ansett å oppfylle direktivets krav til håndhevings-
muligheter, se Innst.172 L (2016–2017) side 3 og forskrift 28. juni 2017 nr. 1055
om endring i forskrift om utsendte arbeidstakere. Proposisjonen og innstillingen
behandler derfor i liten grad artikkel 11, se henholdsvis Prop.5 L (2016–2017) side 8–9
og Innst.172 L (2016–2017) side 3. Veiledningen for å forstå norske myndigheters syn
på forholdet mellom håndhevingsdirektivet artikkel 11 og norsk rett må derfor baseres
på høringsnotatet fra ASD. Høringsnotater er et forarbeid og er en relevant rettskilde,
men har begrenset betydning, se Eckhoff og Helgesen (2001) side 70–77. Høyesterett
viser tidvis til høringsnotater, se HR-2020-1193-A avsn. 48. Norske forarbeider har
ingen betydning for innholdet i EØS-retten og EU-retten.

¹¹¹ ASD (2016) side 40

¹¹² Se Kommisjonen (2013) og COM(2019) 426 final side 14. Forarbeider har begrenset
betydning som rettskilde i EU, men EU-domstolen viser tidvis til dem, se f.eks.
C-632/15 *Costin Popescu* avsn. 30 og C-670/16 *Tsegezeab Mengesteab* avsn. 89–90, men
da som et «støttemoment», se Fredriksen og Mathisen (2018) side 306–307.

Innledningsvis er det også naturlig å peke på at det gjelder to overordnede krav til alle håndhevingsmodellene. Etter utsendingsdirektivet artikkel 5 (2) bokstav a og håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) stilles det krav til håndhevingsmodellenes virkeområde, ettersom det kreves at utsendte arbeidstakere skal ha tilgjengelige prosesser for å håndheve forpliktelsene som angis i direktivene. Videre krever håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) at håndhevingsmulighetene skal foreligge når de utsendte arbeidstakerne mener å ha lidet tap eller skade som følgende av manglende implementering av reglene. Sistnevnte tilsier at utfallet av en håndhevingsprosess må være reparerende.

Dette kapittelet har vist at forvaltningssaksmodellen og søksmålsmodellen er alternative, men at minst én av dem må oppfylle kravene i Charteret artikkel 47. I tillegg er klagesaksmodellen en selvstendig håndhevingsmodell. Medlemsstatenes kan gjennomføre håndhevingsdirektivet ved å fastsette to av håndhevingsdirektivets tre modeller.

9 Klagesak

9.1 Håndhevingsdirektivets krav til klagemuligheter

Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) fastsetter at utsendte arbeidstakere skal kunne «lodge complaints against their employers directly», altså en mulighet til å anlegge en klagesak. I kapittel 8 har jeg vist at det må forstås som en selvstendig håndhevingsmodell som medlemsstatene skal sikre. I dette punktet vil jeg utrede hva som ligger i «complaints against their employers directly», og i punkt 9.2 om dette er korrekt gjennomført i norsk rett.

En naturlig språklig forståelse av «complaints» er at det er en meddelelse om noe man ikke er fornøyd med, altså en klage. Sett i sammenheng med ordet «lodge», tilsier ordlyden at klagen må anlegges og behandles i henhold til fastsatte kriterier, eksempelvis en intern rutine

på arbeidsplassen utformet i henhold til fastsatte minstekrav.¹¹³ Denne tolkningen støtte også av at det blir vanskelig for arbeidsgiver å vite om det foreligger en klage i henhold til håndhevingsdirektivet dersom en uformell samtale eller en SMS ansees som en klage. Håndhevingsdirektivet gir ikke videre veiledning til krav til behandling eller hvordan en klage skal inngis. EU-domstolen har heller ikke tatt stilling det.¹¹⁴ Som nevnt i kapittel 8, stilles det også krav til håndhevingsmodellenes virkeområde og reparerende funksjon.

Håndhevingsdirektivet fastsetter at utsendte arbeidstakere skal kunne klage «against their employers directly». Det er tre mulige forståelser av ordlyden. Den første er at «directly» henviser til at det er arbeidsgiver som skal motta og behandle klagen. Den andre er at de utsendte arbeidstakerne skal kunne klage *på* arbeidsgiver, men at ordlyden ikke fastsetter hvem som skal behandle klagen. Ulike språkversjoner åpner for begge disse forståelsene. I Kommisjonens rapport om implementeringen av håndhevingsdirektivet fra 2019 står det, vedrørende gjennomføringen av klagemulighet, at alle medlemsstatene skal:

«(...) provide for posted workers' possibility to turn with a complaint to the competent labour inspection authority in case of a violation of their rights by the employer.»¹¹⁵

Kommisjonen følger ikke opp uttalelsen med kritikk eller merknader. Kommisjonen, som utarbeidet forslaget til artikkel 11 (1),¹¹⁶ synes derfor å mene at direktivets vilkår er oppfylt dersom de utsendte arbeidstakerne

¹¹³ Slike krav til en prosess er kjent i norsk arbeidsrett ved arbeidsgiveres plikt til å etablere retningslinjer for håndtering av varsler, se aml. § 2 A-6. Tilsvarende pålegges etter direktiv (EU) 2019/1937 («varslingsdirektivet») artikkel 8. Direktivet er ikke inntatt i EØS-avtalen, se EFTA a (u.å.)

¹¹⁴ For øvrig behandler heller ikke forarbeidene til den norske, svenske eller danske implementeringen av håndhevingsdirektivet hvordan dette er gjennomført, se ASD (2016), SOU 2015:13 og Lovforslag nr. 178 (2015–2016). Dette er altså ikke en del av direktivet som medlemsstatene anser som særlig sentral, eventuelt er direktivets regulering på dette punktet så knapp at det er vanskelig for medlemsstatene å vite hvilke krav som gjelder til gjennomføring.

¹¹⁵ COM(2019) 426 final side 14

¹¹⁶ COM(2012) 131 final side 35

gis en mulighet til å klage *på* arbeidsgiver *til* et forvaltningsorgan. Kommissjonens uttalelse støtter derfor tolkningsalternativ nummer to.

Den tredje forståelsen baseres på uttalelser i forarbeidet. Under overskriften «*Complaint mechanisms*», står det at «effective mechanisms need to be in place for posted workers lodge complaints directly or through designated third parties».¹¹⁷ I denne sammenhengen henviser ordet «directly» til at det er de utsendte arbeidstakerne som skal kunne fremsette klagen – altså at det ikke behøves bistand fra juridisk rådgiver eller fagforening. Ettersom forarbeidets overskrift og ordlyd står i flertall, må uttalelsen forstås slik at den er rettet mot alle de tre modellene.

Etter mitt syn er det derfor to mulige forståelser, som begge er forenelige med ordlyden. Første alternativ er at arbeidsgiver skal motta og behandle klagen, og det andre alternativet er at utsendte arbeidstakere gis mulighet til å klage *mot* arbeidsgiver. Sistnevnte kan da være en forvaltningssak.

9.2 Om utsendte arbeidstakere kan anlegge klagesak i Norge

I det følgende vil jeg vurdere om norsk rett oppfyller kravene til klagesaksmodellen. De fire aktuelle alternativene er varslingsinstituttet, bruk av verneombud, inngi tips til Arbeidstilsynet eller det å sende påkrav til arbeidsgiver.

Varslingsinstituttet er etablert for å beskytte arbeidstakere som varsler om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.¹¹⁸ Når det inngis et varsel, plikter arbeidsgiver innen rimelig tid å foreta en tilstrekkelig undersøkelse av varselet.¹¹⁹ Varslingsreglene er imidlertid ikke omfattet av reglene som skal gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere.¹²⁰ Varslingsinstituttet kan derfor ikke oppfylle håndhevingsdirektivets krav til klagesak.

¹¹⁷ COM(2012) 131 final side 18

¹¹⁸ Aml. § 2 A-1 (1)

¹¹⁹ Aml. § 2 A-3

¹²⁰ Det er foreslått i forbindelse med implementeringen av revidert utsendingsdirektiv at varslingsreglene skal få anvendelse når utsendinger varierer i mer enn 12 måneder, se ASD b (2020) side 32.

En annen mulighet er verneombudsordningen. Et verneombud skal «ivareta arbeidstakernes interesser i saker som angår arbeidsmiljøet», hovedsakelig det fysiske arbeidsmiljøet.¹²¹ Arbeidsmiljølovens regler om verneombud er gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere.¹²² Dersom verneombudet blir kjent med forhold som kan medføre ulykkes- og helsefare, skal vedkommende gjøre arbeidsgiveren oppmerksom på forholdene.¹²³ Arbeidsgiver plikter da å «gi verneombudet svar på henvendelsen».¹²⁴ Håndhevingsmulighetene skal etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) knytte seg til «enforcement of the obligations under Directive 96/71/EC (...) and this Directive», mens verneombudets ansvarsområder hovedsakelig er rettet mot det fysiske arbeidsmiljøet. Verneombudsordningen oppfyller derfor ikke håndhevingsdirektivets krav.

Det tredje alternativet er å inngi et tips til Arbeidstilsynet, ettersom klagesaksmodellen omfatter at utsendte arbeidstakere kan klage på arbeidsgiver til en tredjepart. Det finnes ingen forvaltningsklagemuligheter på arbeidsrettens område,¹²⁵ men Arbeidstilsynet tar imot tips om brudd på regelverk de er tilsynsmyndighet for. Arbeidstilsynet plikter imidlertid ikke å behandle alle innkomne tips.¹²⁶ En forutsetning for å være en klagesak etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) må være at en anlagt klage faktisk blir behandlet. Det å inngi en «klage» mot arbeidsgiver i form av et tips til Arbeidstilsynet oppfyller ikke kravene i håndhevingsdirektivet.

¹²¹ Aml. § 6-2 (1) og (2).

¹²² Aml. §§ 6-1–6-3, jf. utsendingsforskriften § 3 (1) a. Foretak med mer enn 10 ansatte plikter å etablere en verneombudsordning, jf. aml. § 6-1 (1).

¹²³ Aml. § 6-2 (3) 1.p. Unntaket er om verneombudet selv kan avverge faren.

¹²⁴ Aml. § 6-2 (3) 2.p

¹²⁵ Arbeidsretten dommer i saker om kollektive avtaler og Tvisteløsningsnemnda for visse bestemmelser i arbeidsmiljøloven, se henholdsvis arbeidstvistloven § 34 og aml. § 17-2 (1). Dette er altså domstollignende organer, ikke forvaltningsorganer. ASD har foreslått å gi Diskrimineringsnemnda myndighet til å avgjøre tvister om gjengjeldende etter varsling, se ASD a (2020) side 26.

¹²⁶ ASD (2016) side 37, Prop.5 L (2016–2017) side 16, Arbeidstilsynet (2016) side 15.

Det siste alternativet er å inngi et tvistevarsel etter tvisteloven § 5-2.¹²⁷ Et tvistevarsel redegjør for hva som kreves og grunnlaget for dette,¹²⁸ og kan som utgangspunkt inneholde hva som helst som kan bli gjenstand for en domsslutning. Dette dekker derfor «obligations under Directive 96/71/EC (...) and this Directive», slik håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) krever. Selv om et tvistevarsel utgjør det første skrittet i prosessen med å fremme en sak for domstolene, er det den kravet som mottar varselet – i dette tilfellet arbeidsgiver – som først skal ta stilling til kravet.¹²⁹ I en rettssak kan det kreves erstatning og oppreisning, slik at kravet om å være reparerende er oppfylt. Ettersom håndhevingsdirektivet er knapt hva gjelder krav til innhold og prosedyre, oppfylder muligheten til å inngi et tvistevarsel etter tvisteloven § 5-2 håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) om at utsendte arbeidstakere skal kunne «logde complaints against their employers».

10 Forvaltnings sak

Som vist i kapittel 8, kan medlemsstatene velge mellom å gi utsendte arbeidstakere mulighet til å anlegge en sak for domstolene eller for et forvaltningsorgan. Dette kapitlet vil behandle sistnevnte, mens søksmålsadgang er tema for kapittel 11. I norsk rett er det ingen forvaltningsorganer som behandler klager eller saker som angår arbeidsrett, noe som medfører at det ikke er påkrevd etter ekvivalensprinsippet å etablere en forvaltningsklageordning for utsendte arbeidstakere.¹³⁰ Den

¹²⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister («tvisteloven», «tvl.»).

¹²⁸ Schei m.fl. (2013) til § 5-2 pkt. 1.

¹²⁹ Tvl. § 5-2 (2)

¹³⁰ Ekvivalensprinsippet krever at reglene som får anvendelse på søksmål for å kreve rettigheter etter EU- og EØS-retten ikke skal være mindre gunstige enn dem som gjelder for tilsvarende søksmål etter nasjonal rett, se f.eks. C-62/00 *Marks & Spencer* avsn. 34 og E-11/12 *Koch m.fl.* avsn. 121. Prinsippet behandles nærmere i punkt 11.2.5 og i kapittel 16.

ordningen i norsk rett som ligger nærmest en forvaltningsbehandling av arbeidssaker, er muligheten for å inngi tips til Arbeidstilsynet.

Ettersom håndhevingsdirektivets fortale punkt 48 viser til Charteret artikkel 47, må medlemsstatene som et minimum ved gjennomføringen sikre at enten søksmålsmodellen eller forvaltningssaksmodellen oppfyller kravene til rettslig overprøving etter Charteret artikkel 47. I dette kapitlet skal jeg vurdere om det å tipse Arbeidstilsynet oppfyller kravene til å være en «administrative proceedings» etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) – fortolket i lys av Charteret artikkel 47. Det er tre krav som må være oppfylt. For det første oppstiller utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet krav til håndhevingsmodellenes virkeområde. For det andre må Arbeidstilsynet, som organ og i prosedyre, oppfylle kravene i Charteret artikkel 47. For det tredje krever håndhevingsdirektivet at forvaltningssaken er reparerende for tapet som er lidt.

Kravet til virkeområde medfører at Arbeidstilsynets virksomhet må omfatte reglene i både utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet. Arbeidstilsynet kan gi pålegg og treffe de enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføringen av en rekke bestemmelser i arbeidsmiljøloven,¹³¹ herunder § 1-7 som er forskriftshjemmelen for utsendingsforskriften. Arbeidstilsynet og Statens Innkrevingsentral har kompetanse til å ilegge sanksjoner og til å innkreve gebyrer overfor utenlandske foretak.¹³²

Arbeidstilsynets virksomhet er begrenset til de offentligrettslige delene av arbeidsmiljøloven¹³³ og reglene om allmenngjort lønn.¹³⁴ Ettersom forskrift om allmenngjort lønn regnes som en offentligrettslig del av arbeidsmiljølovgivningen, kan Arbeidstilsynet ilegge pålegg om at lønn for fremtiden skal utbetales i henhold til forskriften. De offentligrettslige delene av arbeidsmiljøloven omfatter blant annet HMS- og likestillingsregler og deler av disse reglene er gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere.¹³⁵ Arbeidstilsynet kan gi veiledning om feriepenge, men

¹³¹ Aml. §§ 18-6–18-8 og § 18-10.

¹³² Aml. § 18-6 (1) og § 18-11.

¹³³ Aml. § 18-1 (1), jf. § 18-6 (1)

¹³⁴ Allmenngjøringsloven § 11 (1)

¹³⁵ Utsendingsforskriften § 3 (1) a

ikke føre tilsyn.¹³⁶ Hvilken kompetanse Arbeidstilsynet har er imidlertid ikke avgjørende, ettersom vilkårene som utledes av Charteret artikkel 47 og kravet til at forvaltningssaken må være reparerende ikke er oppfylt.

Det gjelder visse krav til organisering og behandlingsmåte for å oppfylle retten til rettslig overprøving etter Charteret artikkel 47. For det første krever Charteret artikkel 47 (1) at den rettslige overprøvingen skjer for et «court or tribunal». Etter EU-domstolens praksis vedrørende TEUV artikkel 267, inngår følgende momenter i vurderingen av om et organ utgjør en «court or tribunal»: om organet er etablert på grunnlag av rettsregler, om det er permanent, om det er en obligatorisk instans, om prosessen er kontradiktorisk,¹³⁷ om den treffer avgjørelser på grunnlag av rettsregler, og om det er et uavhengig organ.¹³⁸ Til dette vil jeg kort peke på at ASD har instruksjonsmyndighet,¹³⁹ og at Arbeidstilsynet ikke kan ansees å være en obligatorisk instans. For det andre fastsetter Charteret artikkel 47 (2) at «[e]veryone is entitled to a fair and public hearing», noe som stiller krav til behandlingsmåten. Arbeidstilsynets behandlingsmåte oppfyller ikke disse kravene, ettersom det å tipse ikke gir partsrettigheter og Arbeidstilsynet ikke er forpliktet til å følge opp innkomne tips.¹⁴⁰ Det er altså ikke mulig med innsyn i, eller klage på, behandlingen av tipset. En samlet vurdering tilsier derfor at å tipse Arbeidstilsynet ikke oppfyller kravene til rettslig overprøving Charteret artikkel 47.

Det tredje kravet er at forvaltningssaken må være reparerende for tapet som er lidt. Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) fastsetter at utsendte arbeidstakere skal kunne benytte håndhevingsmulighetene når de mener at de har «sustained loss or damage as a result of a failure to apply the applicable rules». Arbeidstilsynet bistår ikke med å kreve inn forfalt lønn

¹³⁶ Telefonsamtale med N.N., Arbeidstilsynets Svartjeneste, 14. juni 2022.

¹³⁷ Dette er ikke et absolutt krav, se C-54/96 *Dorsch* avsn. 31.

¹³⁸ EU-domstolen tok først stilling til dette i C-61/65 *Vaassen-Göbbels*. Domstolen fant at det nederlandske organet som behandlet utvalgte spørsmål vedrørende tryggedekning måtte ansees å være «a court or tribunal». Blant annet ble det trukket frem at organet var «bound by rules of adversary procedure» (se dommens side 273). Se også C-54/96 *Dorsch* avsn. 23 og C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* avsn. 38. En mer omfattende analyse i Pech (2014) side 1252 flg.

¹³⁹ ASD (2018)

¹⁴⁰ ASD (2016) side 37, Prop.5 L (2016–2017) side 16 og Arbeidstilsynet (2016) side 15.

eller å fremme erstatningskrav. Slike krav anses å være privatrettslig krav som arbeidstaker selv må forfølge.¹⁴¹ Pengene som innkreves gjennom overtredelsesgebyr og tvangsmulkt går ikke til utsendte arbeidstakere, men søker å sanksjonere arbeidsgiverne som ikke følger regelverket. Arbeidstilsynet påpekte i høringssvaret til gjennomføringen av håndhevingsdirektivet at de ikke anså at de hadde kompetanse til å rette opp «sustained loss or damage».¹⁴²

Ettersom Arbeidstilsynet ikke plikter å behandle alle innkomne tips og fordi Arbeidstilsynet ikke kan bistå med å reparere tap som er lidt, kan ikke det å tipse Arbeidstilsynet regnes som en «administrativ proceeding» etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1). Manglende mulighet til å anlegge en forvaltningssak medfører likevel ikke et brudd på håndhevingsdirektivet ettersom utsendte arbeidstakere er gitt søksmålsadgang, noe jeg vil redegjøre for i kapittel 11.

Situasjonen er tilsynelatende at norske myndigheter har forsøkt å gjennomføre noe de ikke er forpliktet til etter EØS-avtalen,¹⁴³ og at gjennomføringen er feil. Det kan stilles spørsmål ved om det har noen betydning at norske myndigheter har *forsøkt* fordi de har *trodd at de er forpliktet*. Uansett blir det ikke tale om erstatningsansvar overfor utsendte arbeidstakere for feilaktig gjennomføring av EØS-retten. Et slikt erstatningsansvar krever blant annet at en EØS-regel ikke er gjennomført eller at den er feilaktig gjennomført, at det er lidt et tap og at den aktuelle regelen er egnet til å gi private rettigheter.¹⁴⁴ Prinsippet om rettslig forutberegnelighet får heller ikke anvendelse, ettersom utsendte arbeidstakere ikke har et grunnlag for å bygge slike berettigede forventinger. Det er tale om prosessuelle, ikke materielle, rettigheter, og de er gjennomført ved konstatering av rettsharmoni.

¹⁴¹ ASD (2016) side 36

¹⁴² Arbeidstilsynet (2016) side 15

¹⁴³ Dette er ikke den samme situasjonen som at EU-rettslige regler gis et videre anvendelsesområde enn det EØS-avtalen forplikter. Et typisk tilfelle er at anskaffelsesregelverket gjøres gjeldende for anskaffelser som ikke omfattes av det aktuelle direktivets materielle virkeområde. Se for eksempel C-367/19 *Tax-Fin-Lex* avsn. 20.

¹⁴⁴ Se videre i Sejersted m.fl. (2011) side 207 flg. og Fredriksen og Mathisen (2018) side 430 flg.

11 Søksmål

11.1 Retten til å gå til søksmål

Utsendingsdirektivet artikkel 6 fastsetter at utsendte arbeidstakere kan reise søksmål i Norge for å gjøre gjeldende arbeids- og ansettelsesvilkår etter utsendingsdirektivet artikkel 3. Denne bestemmelsen er gjennomført ved utsendingsforskriften § 9, som fastsetter at utsendte arbeidstakere kan reise søksmål i Norge i den rettskrets de har vært utsendt til. Muligheten til å bruke domstolene til tvisteløsning er gjenstand for detaljert lovgivning, og henger tett sammen med retten til rettferdig rettergang. Retten til rettferdig rettergang fremgår av Grunnloven § 95 (1), er en menneskerettighet,¹⁴⁵ og anses å være grunnleggende i et demokratisk samfunn.¹⁴⁶

Kommisjonen uttalte i «Guidance on the posting of workers in the framework of the provision of services» at en forutsetning for effektive, forholdsmessige og avskrekkende tiltak for brudd på utsendingsregelverket, er at de utsendte arbeidstakerne har enkel tilgang til domstolene.¹⁴⁷ Videre har håndhevingsdirektivet som formål å sikre effektiv håndheving.¹⁴⁸ Domstoltilgangen bør dermed være enkelt tilgjengelig og gi effektiv håndheving for de utsendte arbeidstakerne.

Etter håndhevingsdirektivets artikkel 11 (6) skal medlemsstatene sikre at de utsendte arbeidstakerne har «necessary mechanisms» for å gjøre gjeldende visse krav.¹⁴⁹ Slik kapittel 10 viste, har ikke utsendte arbeidstakere i Norge mulighet til å få saken sin behandlet av et forvaltningsorgan som oppfyller kravet i håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1), fortolket i lys av Charteret artikkel 47. Kapittel 9 viste at utsendte arbeidstakeres eneste klagemulighet er å sende et tvistevarsel etter tvisteloven § 5-2. Også krav

¹⁴⁵ EMK art. 6 (1)

¹⁴⁶ Dokument 16 (2011–2012) side 118 og 121

¹⁴⁷ COM(2006) 159 final side 10 og 11

¹⁴⁸ Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (1) og fortalens punkt 34.

¹⁴⁹ Se videre om hvilke krav dette omfatter i kapittel 15.

mot solidaransvarlige må i siste rekke gjøres gjeldende for domstolene, noe jeg kommer tilbake til i del IV. Domstolsbehandling er dermed den eneste tilgjengelige håndhevingsmulighet for utsendte arbeidstakere i Norge. I det følgende vil jeg redegjøre for kravene håndhevingsdirektivet stiller til søksmålsadgang.

Etter håndhevingsdirektivet i artikkel 11 (1) skal utsendte arbeidstakere kunne ta ut søksmål i vertsstaten «even after the relationship in which the failure is alleged to have occurred has ended». Ordlyden kan tolkes som at saker kan anlegges etter at den konkrete utsendingsperioden er over, eller etter at arbeidsforholdet som sådan er over. Utsendingsdirektivet artikkel 6 fastsetter at en utsendt arbeidstaker kan anlegge søksmål i Norge etter avsluttet utsending. Hensynet til å sikre effektive håndhevingsmuligheter tilsier at søksmål også må kunne anlegges i Norge selv om arbeidsforholdet er avsluttet.

Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (4) bokstav a fastsetter at direktivet ikke skal berøre nasjonale regler om «prescription deadlines or time limits for similar actions». «[S]imilar actions» vil være søksmål om samme type krav som utsendte arbeidstakere kan fremme i Norge. Arbeidsmiljøloven har egne søksmålsfrister for saker om oppsigelse, avskjed, fortrinnsrett, midlertidig ansettelse, innleie og suspensjon.¹⁵⁰ Slike saker angår andre typer krav enn de som fremgår av reglene som er gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere, da sistnevnte hovedsakelig angår lønn, arbeidstid, HMS og likestilling. Søksmålsfristene i arbeidsmiljøloven gjelder saker om opphøring og avvikling av arbeidsforhold, ikke rettigheter under arbeidsforholdet, slik at søksmålene ikke kan ansees å være «similar».¹⁵¹ De spesielle søksmålsfristene i arbeidsmiljøloven får derfor ikke anvendelse på utsendte arbeidstakere.¹⁵²

¹⁵⁰ Aml. § 17-4 (1)

¹⁵¹ Det er derfor heller ikke påkrevd etter ekvivalensprinsippet å gjøre søksmålsfristene gjeldende.

¹⁵² Disse reglene får antageligvis anvendelse på innleide utsendte arbeidstakere og arbeidstakere som er gravide eller nylig har født. Se kapittel 2.2 for en vurdering av dette.

Utsendte arbeidstakeres adgang til å få dom for et krav i Norge begrenses av foreldelsesreglene.¹⁵³ Etter foreldelsesloven § 2 er den alminnelige foreldelsesfristen på tre år.¹⁵⁴ Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (4) bokstav a stenger for nasjonale foreldelsesfrister eller tidsfrister som gjør det «virtually impossible or excessively difficult» å gjennomføre håndhevingsmulighetene. Denne formuleringen er likelydende EU- og EØS-rettens generelle effektivitetsprinsipp,¹⁵⁵ og fremstår som en kodifisering. Praksis fra EU-domstolen vedrørende effektivitetsprinsippet er derfor førende. Etter denne praksisen ansees ikke «reasonable» tidsfrister for å være i strid med effektivitetsprinsippet.¹⁵⁶ En frist på tre år er etter fast praksis fra EU-domstolen ansett å være rimelig.¹⁵⁷ EFTA-domstolen har inntatt samme standpunkt.¹⁵⁸ Forholdet til norske foreldelsesregler er derfor uproblematisk.¹⁵⁹

En utsendingsperiode kan variere i lengde, men gjennomsnittet ligger nok på i underkant av to måneder.¹⁶⁰ Det betyr at en del utsendte arbeidstakere vil måtte føre saken i forliksrådet eller for domstolene etter å ha returnert til hjemstaten eller etter å ha blitt utsendt på nytt. Det oppstår dermed økonomiske og praktiske hindringer, eksempelvis må den (tidligere) utsendte arbeidstakeren komme seg til Norge i anledning

¹⁵³ I tillegg kommer ulovfestede passivitetsregler, men jeg anser dem ikke for å være relevante i denne sammenheng, og behandler dem derfor ikke videre.

¹⁵⁴ Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer («foreldelsesloven»).

¹⁵⁵ C-62/00 *Marks & Spencer* avsn. 34, C-228/96 *Aprile* avsn. 18 og E-16/16 *Fosen* avsn. 70.

¹⁵⁶ C-208/90 *Emmott* avsn. 16 og 17, C-62/00 *Marks & Spencer* avsn. 35, C-69/08 *Raffaello Visciano* avsn. 43 og C-452/09 *Tonina Enza Iaia m.fl.* avsn. 17.

¹⁵⁷ C-228/96 *Aprile* avsn. 19, C-343/96 *Dilexport* avsn. 26, C-62/00 *Marks & Spencer* avsn. 35, C-362/12 *Test Claimants* avsn. 34 og C-38/16 *Compass Contract Services Limited* avsn. 42.

¹⁵⁸ E-10/17 *Nye Kystlink AS* avsn. 112

¹⁵⁹ Se i samme retning *Kjørven m.fl.* (2011) side 42.

¹⁶⁰ Barnard (2012) oppgir gjennomsnittlige utsendingsperiode til 44 dager, men det er ikke entydig om forfatteren viser til EU eller kun Storbritannia, se Barnard (2012) side 219. Etter det reviderte utsendingsdirektivet skal utsendte arbeidstakere etter 12 måneder fullt ut omfattes av nasjonal arbeidsmiljølovgivning, jf. art. 1 (2) b. Antagelig vil bransjen da innrette seg slik at utsendingsperiodene ikke varer lengre enn 12 måneder.

hovedforhandlingen.¹⁶¹ Som kapittel 7 viste kan det heller ikke legges til grunn at alle utsendte arbeidstakerne kan norsk eller engelsk, og i tillegg kommer eventuelle vansker med å kommunisere skriftlig.¹⁶² Det må legges til grunn at det kan være vanskelig for utsendte arbeidstakere å orientere seg i norske prosessregler.

Videre i dette kapittelet vil jeg behandle den rettslige reguleringen av de praktiske og økonomiske hindre for domstolstilgang. Jeg vil i punkt 11.2 behandle vern mot ugunstig behandling. I punkt 11.3 vil jeg redegjøre for hvilke økonomiske hindre som foreligger og hvilken grad Norge er forpliktet til å avhjelpe dette. I punkt 11.4 vil jeg behandle fagforeningers mulighet til å engasjere seg i rettslige prosesser på vegne av, eller til støtte for, utsendte arbeidstakere.

11.2 Vern mot ugunstig behandling

11.2.1 Behovet for vern

En undersøkelse blant polakker i Oslo i 2010 viste at én av tre bygningsarbeidere regnet med å miste jobben eller få andre alvorlige problemer dersom de snakket med Arbeidstilsynet.¹⁶³ Undersøkelsen gjaldt ikke utsendte arbeidstakere spesifikt, men tjener som eksempel på utenlandske arbeidstakeres opplevelse av å være arbeidstaker i Norge. Situasjonsbeskrivelsen for arbeidslivskriminalitet fra Nasjonalt tverretatlig analyse- og etterretningssenter («NTAES») for 2020 bekrefter at det forekommer trusler, overvåking og bestikkelser fra arbeidsgivere i forbindelse med kontroll fra offentlige myndigheter.¹⁶⁴

Vernet mot ugunstig behandling er derfor et viktig tiltak for å gjøre arbeidstakere trygge på at de kan benytte seg av håndhevingsmulighetene

¹⁶¹ En part i saken kan ha plikt til å møte i rettsmøter, jf. tvl. § 23-1 (1). Se mer om dette i punkt 11.3.5.

¹⁶² Møte med Jonas Bals, rådgiver i LO, 3. september 2020, Oslo.

¹⁶³ Friberg m.fl. (2011) side 66. Undersøkelsen gjaldt polske arbeidsinnvandrere og ikke spesifikt utsendte arbeidstakere. De fleste av respondentene var antagelig ikke utsendte, ettersom de oppga at de hadde vært i Norge i et halvt år eller mer, se side 28.

¹⁶⁴ NTAES (2020) side 9

de har tilgjengelig uten å bli utsatt for represalier fra arbeidsgiver. Etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (5) skal «[p]osted workers bringing judicial or administrative proceedings (...) be protected against any unfavourable treatment by their employer.» Vernet er gjennomført i utsendingsforskriften § 10. Ordet «bringing» tilsier at vernet gjelder fra det tidspunktet den utsendte arbeidstakeren går til rettslige eller administrative skritt. For at vernet skal gi effektiv beskyttelse, må det gjelde helt frem til den administrative eller rettslige prosessen er avsluttet.

I det følgende vil jeg i punkt 11.2.2 behandle hva som ligger i «unfavourable treatment», og så i punkt 11.2.3 hva det vil si at direktivet krever at utsendte arbeidstakere skal være «protected» mot slik behandling. I punkt 11.2.4 argumenterer jeg for at det må innfortolkes et krav om årsakssammenheng i håndhevingsdirektivet artikkel 11 (5). Vernet er i norsk rett gjennomført med delt bevisbyrde. I punkt 11.2.5 vil jeg først redegjøre for om delt bevisbyrde er påkrevd i henhold til ekvivalensprinsippet og så om en slik regel kan opprettholdes til tross for at det utgjør en restriksjon i arbeidsgivers tjenestefrihet.

11.2.2 «Ugunstig behandling»

Hverken forarbeidene til håndhevingsdirektivet eller fortalen forklarer hva «unfavourable treatment» betyr. En alminnelig ordlydsfortolkning tilsier at «unfavourable» betyr at noe går imot ens interesse eller ønsker. Det benyttes ofte sammenlignende: At noen er behandlet dårligere enn andre, eller dårligere enn de tidligere ble. EU-domstolen har ikke tatt stilling til hva som ligger i «unfavourable treatment». For å rette et komparativt blikk, så er det i svensk og dansk rett anlagt en vid forståelse av hva som utgjør ugunstig behandling etter håndhevingsdirektivet.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Vernet er gjennomført i dansk rett ved Lov om udstationering af lønmodtagere m.v. § 9a, med forklaring i Lovforslag nr. L 178 (Folketinget 2015–2016) side 35. I svensk rett er vernet gitt i Lag (1999:678) § 46, hvor begrepet forstås vidt, men avgrenses mot «helt bagatellartade handlingar», se Prop. 2016/17:107 side 146. Forarbeider til implementering av EU-rett i andre EØS-stater er ikke på noen måte bindende for Norge. Uttalelser har kun vekt etter sin argumentasjonsverdi, men kan tjene til veiledning i forståelsen, se i denne retning Eckhoff og Helgesen (2001) side 284 og Mestad (2019) side 103.

Også i varslingsdirektivet artikkel 19 forstås det lignende begrepet «retaliation» vidt, ettersom det omfatter alt fra oppsigelse og endringer i arbeidsoppgaver, til trakassering og sverting.¹⁶⁶ Begrepet «unfavourable treatment» bør derfor gis en vid forståelse, noe som også støttes også av hensynet til å gi bestemmelsen en effektiv virkning.¹⁶⁷

Den offisielle norske oversettelsen av «unfavourable treatment» er «ugunstig behandling».¹⁶⁸ ASD fant det imidlertid mest hensiktsmessig å bruke det eksisterende rettslige begrepet «gjengjeldelse» i utsendingsforskriften § 10.¹⁶⁹ I norsk rett bør like begreper, av hensyn til effektiviteten og forståeligheten av jussen, forstås likt, selv om dette hensynet ikke nødvendigvis har så stor vekt.¹⁷⁰ I arbeidsmiljøloven § 2 A-4 forstås gjengjeldelse som «enhver ugunstig behandling som kan sees som en følge av og en reaksjon på varsling».¹⁷¹ Det kan være alt fra formelle sanksjoner som oppsigelse til uformelle sanksjoner som endringer i arbeidsoppgaver.¹⁷² EU-retten begreper skal imidlertid forstås autonomt.¹⁷³ Forståelsen av «gjengjeldelse» i arbeidsmiljøloven kan derfor ikke uten videre legges til grunn for forståelsen i utsendingsforskriften. «[U]nfavourable treatment» har imidlertid en vid ordlyd og vil kunne omfatte det samme.

I fravær av andre holdepunkter, må «unfavourable treatment» forstås etter den alminnelige ordlyden. Begrepet omfatter altså alt som ikke er til gunst for arbeidstaker, noe som sammenfaller med innholdet av begrepet «gjengjeldelse» i norsk rett. Dersom EU-domstolen i fremtiden vil innta

¹⁶⁶ Direktivet er ikke inntatt i EØS-avtalen, se EFTA a (u.å.).

¹⁶⁷ Om tolkningsprinsippet «*effet utile*», se Fredriksen og Mathisen (2018) side 313 flg.

¹⁶⁸ Se EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende, 31. januar 2019, Nr. 8/93.

¹⁶⁹ ASD (2016) side 41. «Gjengjeldelse» benyttes i arbeidsmiljøloven § 2 A-4 og lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering («*likestillings- og diskrimineringsloven*») § 14.

¹⁷⁰ Eckhoff og Helgesen (2001) side 336 og 337

¹⁷¹ Ot.prp.nr.84 (2005–2006) side 52. Ny § 2 A-1 er ment å videre føre rettstilstanden, jf. Prop.74 L (2018–2019) side 51, og eldre forarbeider har derfor fortsatt relevans.

¹⁷² Ot.prp.nr.84 (2005–2006) side 52

¹⁷³ Se C-327/82 *Ekro BV* avsn. 11, C-283/81 *CILFIT m.fl.* avsn. 19 og Streinz (2017) side 160.

en annen forståelse av «unfavourable treatment», vil denne forståelsen være førende for innholdet i utsendingsforskriften § 10.

11.2.3 «Protected» mot ugunstig behandling

De utsendte arbeidstakerne skal etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (5) være «protected» mot slik ugunstig behandling. Ordet «protected» kan romme mye, men den naturlige forståelsen er å være beskyttet eller vernet mot noe.

Etter direktivets ordlyd gjelder ikke beskyttelsen når de utsendte arbeidstakerne inngir klager til arbeidsgiver, og slik er også vernet gjennomført i utsendingsforskriften § 10. De utsendte arbeidstakerne kan dermed risikere å være særlig sårbare når de anlegger klager mot arbeidsgiver. Imidlertid oppstår ikke dette hullet i vernet i norsk rett på grunn av måten håndhevingsdirektivet er gjennomført. Slik punkt 9.2 viste, er retten til å inngi et tvistevarsel det eneste som kan være en klage til arbeidsgiver etter håndhevingsdirektivets artikkel 11 (1). Ettersom et tvistevarsel også er første steg i domstolprosess, må vernet mot ugunstig behandling med nødvendighet også gjelde ved inngivelsen av tvistevarselet.

En reell beskyttelse mot ugunstig behandling vil forutsette preventive tiltak fra arbeidsgiver. For varslingssaker etter arbeidsmiljøloven § 2 A-6 har arbeidsgiver en plikt til å etablere rutiner for inngivelse og behandling av varsler, men selv med slike tiltak vil ugunstig behandling kunne forekomme. Krav som pålegges tjenestetilbyderne i dette henseende kan også utgjøre restriksjoner i tjenestefriheten som må begrunnes for å kunne opprettholdes. Beskyttelsen i norsk rett er gitt ved at utsendingsforskriften § 10 (1) fastsetter at ugunstig behandling er forbudt. Overtredelse av forbudet er imidlertid ikke straffebelagt.¹⁷⁴ Beskyttelsen består i realiteten av at utsendingsforskriften § 10 (2) fastsetter at utsendte arbeidstakere som utsettes for ugunstig behandling kan kreve erstatning og oppreisning for ikke-økonomisk tap.

¹⁷⁴ Utsendingsforskriften § 13. Denne bestemmelsen henviser kun til utsendingsforskriften § 3 (1).

Det er ikke selvsagt at et erstatnings- eller oppreisningskrav gjør den utsendte arbeidstakeren «protected against» ugunstig behandling. Et krav på oppreisning eller erstatning må anses å være reparerende mer enn beskyttende. Unntaket er om erstatnings- eller oppreisningskravet settes så høyt at arbeidsgiver ikke utsetter den utsendte arbeidstakeren for ugunstig behandling, altså at erstatnings- og oppreisningsansvaret får en preventiv virkning. En slik virkning forutsetter at utmålingen av oppreisnings- og erstatningssummen ikke bare tar i betraktning skaden som er lidt, men også hva som vil virke preventivt for arbeidsgivere. Vurderingen i det følgende er i hvilken grad norsk rett muliggjør slike hensyn i utmålingen av henholdsvis oppreisning og erstatning.

Erstatning etter utsendingsforskriften forutsetter at de alminnelige vilkårene for erstatning etter norsk rett er oppfylt.¹⁷⁵ Prevensjonshensynet har en sentral stilling i norsk erstatningsrett, og tanken er at det skal koste å tilføre andre skader.¹⁷⁶ Hensynet begrenses imidlertid av grunnprinsippet for erstatningsutmåling, som fastsetter at erstatningen settes til det konkrete, individuelle tapet.¹⁷⁷ Erstatningen kan derfor ikke settes høyere enn skadelidtes tap for å oppnå en preventiv effekt.¹⁷⁸ Erstatningsansvar vil derfor ikke nødvendigvis være preventivt.

Oppreisning kan kreves uten at arbeidsgiver har utvist skyld eller at det er lidt et økonomisk tap.¹⁷⁹ Etter utsendingsforskriften § 10 (2) skal oppreisningen basers på «partenes forhold og omstendighetene for øvrig.» Hensynet bak oppreisningsansvaret er at arbeidstaker erfaringsmessig har vansker med å vinne frem med et krav om erstatning, ettersom det da må bevises at arbeidsgiver har behandlet den utsendte arbeidstakeren ugunstig, at det foreligger et økonomisk tap, og at det er årsakssammenheng mellom tapet og den ugunstige behandlingen.¹⁸⁰ Oppreisning har tradisjonelt i norsk rett vært pønalt begrunnet, men er i dag mer

¹⁷⁵ Utsendingsforskriften § 10 (2) 3.p.

¹⁷⁶ Hagstrøm og Stenvik (2019) side 542

¹⁷⁷ Hagstrøm (2011) side 553 og Lødrup (2009) side 447.

¹⁷⁸ Hagstrøm og Stenvik (2019) side 543

¹⁷⁹ Utsendingsforskriften § 10 (2) 1.p. og ASD (2016) side 42.

¹⁸⁰ ASD (2016) side 42

innrettet av hensyn til skadelidtes behov for kompensasjon.¹⁸¹ Det er i dag ingen praksis for å fastsette oppreisning slik at den virker preventivt. Et illustrerende eksempel er at Diskrimineringsnemndas utmåling av oppreisning for diskriminering «som hovedregel vil ligge et sted i sjiktet mellom kr 20.000 og kr 80.000».¹⁸² Det er tvilsomt om et slikt beløp vil virke preventivt.¹⁸³

Ettersom erstatnings- eller oppreisningsansvar i siste rekke må fastsettes av en domstol, må også sakskostnadene som påløper ved en domstolsbehandling tas i betraktning. Den som taper saken må som hovedregel også dekke motpartens saksomkostninger.¹⁸⁴ Motpartens saksomkostninger kan være vesentlig høyere enn erstatnings- eller oppreisningsbeløpet, og dermed være like avskrekkende. Utgiftene ved et tap i en rettssak, sammenholdt med sjansen for å ikke vinne saken, omtales gjerne som «prosessrisiko».¹⁸⁵ Ved domstolsbehandling blir det da prosessrisikoen, og ikke det eventuelle idømte erstatnings- eller oppreisningsbeløpet, som er avskrekkende. Dessverre vil også prosessrisikoen kunne være avskrekkende for den utsendte arbeidstakeren som ønsker å fremme et krav mot arbeidsgiver.

I tilfellene hvor arbeidstaker har gått til administrative skritt mot arbeidsgiver, som da etter norsk rett forstås som å tipse til Arbeidstilsynet, må arbeidstaker gå til søksmål for å få tilkjent oppreisning, noe som aktualiserer de alminnelige utfordringene med utsendes søksmålsadgang. Dersom arbeidstaker allerede har iverksatt retts-

¹⁸¹ Hagstrøm og Stenvik (2019) side 583

¹⁸² Prop.80 L (2016–2017) side 106. I henhold til forarbeidet skal oppreisning i diskrimineringsaker også ha til formål å «virke preventivt slik at færre utsettes for diskriminering», se Prop.80 L (2016–2017) side 81. Et formål i seg selv medfører imidlertid ikke at et oppreisningsansvar faktisk virker preventivt.

¹⁸³ Til sammenligning kan Arbeidstilsynet ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 ganger grunnbeløpet i folketrygden, jf. aml. § 18-10. Maksimumsbeløpet er satt av hensyn til «tilstrekkelig allmenn- og individualpreventiv effekt» og for at overtredelser «ikke skal oppfattes som lønnsomt», jf. Prop.83 L (2012–2013) side 57.

¹⁸⁴ Tvl. § 20-2, se videre i pkt. 11.3.3.

¹⁸⁵ «Prosessrisiko» kan defineres på ulike måter. Her benyttes samme forståelse som Robberstad, se Robberstad (2018) side 399. Se også Eide og Stavang (2018) side 529 flg. for en mer avansert beregning.

lige skritt, blir spørsmålet om det er adgang til å trekke inn nye krav i saken. Dersom saken føres som småkravprosess, kan det inntil én uke før rettsmøtet varsles om innsending nye bevis.¹⁸⁶ I allmennprosess kan nye krav inntas i saken frem til to uker før hovedforhandling.¹⁸⁷ Etter avsluttet saksforberedelse kan nye krav fremsettes dersom det skjer før hovedforhandling og er foranlediget av motpartens sluttinnlegg.¹⁸⁸ Å kreve oppreisning/erstatning som følge av ugunstig behandling kan antagelig ikke anses å være foranlediget av motpartens sluttinnlegg. Under hovedforhandling kan nye krav som hovedregel bare fremmes dersom motparten godtar det, eventuelt hvis retten gir tillatelse.¹⁸⁹ I rettens avgjørelse må det tas hensyn til motpartens behov for kontradiksjon.¹⁹⁰ Det er derfor ikke uproblematisk å la den utsendte arbeidstakeren legge til et nytt krav i saken. Det å ta ut et nytt søksmål reiser praktiske og økonomiske utfordringer – særlig tatt i betraktning at arbeidstaker kan stå uten inntekt dersom den ugunstige behandlingen besto i en oppsigelse eller avskjedigelse.¹⁹¹

Håndhevingsdirektivet artikkel 20 fastsetter at medlemsstatene skal fastsette sanksjoner som er «effective, proportionate and dissuasive» for brudd på nasjonale regler som gjennomfører håndhevingsdirektivet.¹⁹² «[D]issuasive» tilsier at sanksjonene skal være avskrekkende, altså preventive. Samtidig medfører kravet til forholdsmessighet at sanksjonen må være egnet til å oppnå formålet med tiltaket, og ikke gå lengre enn det som er nødvendig.¹⁹³ Dersom arbeidsgiver utsetter en utsendt arbeidstaker for ugunstig behandling, kan vedkommende bli pålagt erstatnings- eller

¹⁸⁶ Tvl. § 10-2 (3)

¹⁸⁷ Tvl. § 9-10 (1), jf. § 9-16.

¹⁸⁸ Tvl. § 9-16 (1)

¹⁸⁹ Tvl. § 9-16 (1), se også Schei m.fl. (2013) til § 9-16, pkt. 4.

¹⁹⁰ Kontradiksjonsprinsippet er kommet til uttrykk i tvl. §§ 1-1 (2), første strekpunkt.

¹⁹¹ Diskrimineringsnemnda har kompetanse til å behandle saker om brudd på forbudet mot gjengjeldelse etter arbeidsmiljøloven kapittel 2 A, jf. aml. § 2 A-8, se også ASD og KUD (2020). En tilsvarende løsning for utsendte arbeidstakere kunne avhjulpet deres situasjon.

¹⁹² Tilsvarende følger av det reviderte utsendingsdirektivet art. 1 (4).

¹⁹³ C-645/18 *NE* avsn. 30, forente saker C-140/19, C-141/19, C-492/19 til C-494/19 *EX m.fl.* avsn. 32.

oppreisningsansvar. Utsendingsforskriften § 10 (2) tjener dermed til å oppfylle håndhevingsdirektivet artikkel 20.

EU-domstolen har i sakene *NE* og *EX m.fl.* vurdert forholdsmessigheten av nasjonalt bøtenivå etter håndhevingsdirektivet artikkel 20. Begge sakene gjaldt østerriksk rett og bøter for brudd på forpliktelser etter håndhevingsdirektivet artikkel 9 (1) bokstavene a og b. Hensynet bak den østerrikske lovregelen var å beskytte de utsendte arbeidstakerne og å bekjempe sosial dumping. Bøtene ble beregnet etter antallet utsendte arbeidstakere som ble berørt, noe som i utgangspunktet ikke medførte et uforholdsmessig bøtenivå. Det var satt et minstebeløp, ingen øvre grense for bøtenivået, og et gebyr på 20 prosent av det fastsatte beløpet måtte betales dersom selskapet ønsket å klage på boten. Ettersom bøtenivået i seg selv også var høyt, medførte forholdene samlet at bøtenivået ble uforholdsmessig.¹⁹⁴ Dommene tilsier at momentet om at bøtene skal være forholdsmessig veier mer enn momentet om at bøtenivået skal være avskrekkende.

For å oppsummere så spiller momentet om at beløpet som pålegges arbeidsgiver ved brudd på regelverket skal være «dissuasive» inn i utmålingen av henholdsvis erstatning og oppreisning. Betydningen av momentet er likevel beskjedent. For det første tilsier EU-domstolens praksis en streng forholdsmessighetsvurdering. For det andre fastsetter de alminnelige prinsippene for utmåling av erstatning og oppreisning i norsk rett at utmåling skal baseres på det individuelle, konkrete tapet. Slik jeg ser det gir derfor ikke vernet mot ugunstig behandling, slik det er gjennomført i norsk rett, en faktisk beskyttelse for de utsendte arbeidstakerne. Norsk rett oppfyller således ikke håndhevingsdirektivet på dette punktet.

11.2.4 Krav om årsakssammenheng

Et neste spørsmål er om håndhevingsdirektivet må forstås slik at det påbyr et nasjonalt krav om årsakssammenheng. Ordlyden i håndhevings-

¹⁹⁴ C-645/18 *NE* avsn. 38–41, forente saker C-140/19, C-141/19, C-492/19 til C-494/19 *EX m.fl.* avsn. 36–43.

direktivet artikkel 11 (5) tilsier ikke at det gjelder et krav til årsakssammenheng mellom iverksettelsen av rettslige eller administrative prosesser og den ugunstige behandlingen:

«Posted workers bringing judicial or administrative proceedings (...) shall be protected against any unfavourable treatment by their employer.»

Håndhevingsdirektivets formål om å treffe en rimelig balanse mellom interessene til arbeidsgiverne og de utsendte arbeidstakerne,¹⁹⁵ taler for at det bør innfortolkes et krav til årsakssammenheng. Uten et krav til årsakssammenheng vil vurderingen være om arbeidstaker etter iverksettelsen av prosessen (i) blir behandlet dårligere enn han/hun ble forut for iverksettelsen, eller (ii) dårligere enn kolleger i tilsvarende stilling. Etter som ugunstig behandling kan være så mangt, også bruk av arbeidsgivers lovlige virkemidler for organisering og ledelse av arbeidsplassen, vil et vern mot ugunstig behandling uten krav om årsakssammenheng kunne ramme arbeidsgivers mulighet til å organisere og lede arbeidet. Eksempler kan være at arbeidsgiver på grunn av sykdom blant de ansatte må gi den aktuelle utsendte arbeidstakeren nye (og kjedeligere) arbeidsoppgaver, eller at dårlig økonomi i foretaket medfører at den utsendte arbeidstakeren må permitteres eller sies opp. Et krav om årsakssammenheng begrenser når en utsendt arbeidstaker kan påstå å være utsatt for ugunstig behandling, noe som er i arbeidsgivers favør.

EU-domstolen har i flere saker pekt på at det ved tolkning av en bestemmelse kan tas hensyn til sammenhengen bestemmelsen står i og «the provisions of European Union law as a whole».¹⁹⁶ Det er derfor relevant å se hen til hvordan andre rettsakter fastsetter vern mot ugunstig behandling.

Direktiv 2006/54/EF («likestillingsdirektivet») artikkel 24 pålegger medlemsstatene å fastsette tiltak for å beskytte arbeidstakere mot

¹⁹⁵ Håndhevingsdirektivets fortale punkt 1, 4, 5, 7, 16, 34 og 36.

¹⁹⁶ C-283/81 *CILFIT m.fl.* avsn. 20, C-583/11 *P Inuit Tapiriit Kanatami* avsn. 50 og forente saker T-147/09 og T-148/09 *Trelleborg Industrie SAS m.fl.* avsn. 74.

ugunstig behandling som skjer «as a reaction to a complaint within the undertaking or to any legal proceedings aimed at enforcing compliance with the principle of equal treatment». Lignende oppstilles i direktiv 2014/54/EU¹⁹⁷ artikkel 3 (6), hvor medlemsstatene er forpliktet til å sikre at arbeidstakere er beskyttet mot «any adverse treatment or adverse consequence as a reaction to a complaint or proceedings». Innholdsmessig er disse bestemmelsene langt på vei sammenfallende med håndhevingsdirektivet artikkel 11 (5), men kravet til årsakssammenheng er tydeliggjort gjennom ordet «reaction». I samme retning går også varslingsdirektivet artikkel 19, hvoretter medlemsstatene er forpliktet til å forby «any form of retaliation» mot personer som varsler om brudd på visse EU-regler. Ordet «retaliation» peker i større grad enn ordlyden i håndhevingsdirektivet artikkel 11 (5) på et krav om årsakssammenheng.

Forarbeidene til håndhevingsdirektivet kaster ikke lys over valget av formulering, altså om direktivet skal tolkes i samme retning som annen sekundærlovgivning, eller om ordlyden er tiltenkt å signalisere at det ikke gjelder et krav til årsakssammenheng.¹⁹⁸ En kontekstuell tolkning i lys av andre direktiver gir uansett begrenset veiledning, særlig fordi de tre direktivene ikke har noen sammenheng med hverken utsendingsdirektivet eller håndhevingsdirektivet.¹⁹⁹ De tre direktivene tjener likevel til å vise at det er ukontroversielt i EU-retten med et krav om årsakssammenheng.

Med begrensede kilder er det vanskelig å konkludere på spørsmålet om det må innfortolkes et krav til årsakssammenheng i håndhevingsdirektivet artikkel 11 (5). Et krav til årsakssammenheng vil best ivareta balansen

¹⁹⁷ Direktivet gjelder tiltak for å lette utøvelsen av arbeidstakeres rettigheter i forbindelse med utøvelsen av retten til fri bevegelighet.

¹⁹⁸ Beskyttelse mot ugunstig behandling inngikk ikke i Kommissjonens forslag fra 2012, se COM(2012) 131 final side 35. Vernet ble foreslått av Parlamentets komite for sysselsetting og sosialpolitikk og av Parlamentets komite for indre marked og forbrukerbeskyttelse, se A7-0249/2013 side 45 og 93. Bakgrunnen for forslaget oppgis ikke.

¹⁹⁹ Motsatt var tilfellet i C-815/18 *FNV*. EU-domstolen benyttet her håndhevingsdirektivet og Direktiv 2020/1057, som begge viser til utsendingsdirektivet, for å avgjøre om utsendingsdirektivet får anvendelse på veitransportsektoren. Se fortolkningsdommens avsn. 35.

mellom interessene til tjenestetilbyderne og de utsendte arbeidstakerne, og jeg finner derfor at dette må være førende.

Ved gjennomføring i norsk rett tok ikke ASD uttrykkelig stilling til et krav om årsakssammenheng. I høringsnotatet er det sitert fra forarbeidene til arbeidsmiljølovens bestemmelser om gjengjeldelsesvernet, og i sitatet oppstilles et krav til årsakssammenheng.²⁰⁰ Det kan derfor innfortolkes et krav til årsakssammenheng i utsendingsforskriften § 10, slik at håndhevingsdirektivets krav oppfylles.

11.2.5 Delt bevisbyrde

Når en utsendt arbeidstaker går til søksmål for å kreve rettigheter han/hun mener å ha krav på, er det vedkommende som har bevisbyrden. Det er altså den utsendte arbeidstakeren som må sannsynliggjøre sitt krav.²⁰¹ ASD mente at delt bevisbyrde ville gjøre det enklere for arbeidstaker å nå frem med påstand om ugunstig behandling,²⁰² og delt bevisbyrde ble vedtatt i utsendingsforskriften § 10 (1). Delt bevisbyrde, slik det ellers er regulert i norsk rett, betyr at dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som «gir grunn til å tro» at det har skjedd en gjengjeldelse, legges bevisbyrden over på arbeidsgiver. Det skal i så tilfelle legges til grunn at gjengjeldelse har funnet sted, slik at det blir opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre noe annet.²⁰³

²⁰⁰ ASD (2016) side 41. Kravet til årsakssammenheng fremgår av Ot.prp.nr.84 (2005–2006) side 52. Også i svensk rett er vernet mot ugunstig behandling gjennomført med delt bevisbyrde, jf. Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare § 46. Se videre i SOU 2015:13 side 231 og Prop. 2016/17:107 side 148. I Sverige er vernet også innfortolket med et vilkår om at den ugunstige behandlingen skal kunne påvirke arbeidstakeren fra å fremme krav mot arbeidsgiveren, slik at vernet avgrenses mot bagatellmessige handlinger, se SOU 2015:13 side 228 og 229. Noen slik kvalifikasjon av den ugunstige behandlingen følger ikke av ordlyden. Det ligger likevel en begrensning i at behandlingen må være «unfavourable». Helt ubetydelige eller minimale endringer vil ikke være «unfavourable» for arbeidstaker, slik at bagatellmessige forhold i praksis faller utenfor.

²⁰¹ Hov (2109) side 250 og Robberstad (2018) side 293.

²⁰² ASD (2016) side 42

²⁰³ Aml. § 2 A-4 (4) og likestillings- og diskrimineringsloven § 37.

Håndhevingsdirektivets artikkel 11 (5) tilsier ikke et krav om å innføre delt bevisbyrde. I det følgende vil jeg vurdere om innføring av delt bevisbyrde ved gjennomføringen av håndhevingsdirektivet er i tråd med EØS-retten.

Håndhevingsdirektivet er ikke ment å harmonisere medlemsstatenes lovgivning,²⁰⁴ og det er opp til den enkelte EØS-stat å bestemme midlene for gjennomføringen.²⁰⁵ Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at i fravær av EU-regulering, kan medlemsstatene selv fastsette prosessuelle regler for å anlegge søksmål for nasjonale domstoler.²⁰⁶ Slike regler må overholde prinsippene om ekvivalens og effektivitet.²⁰⁷ Ekvivalensprinsippet krever at reglene som får anvendelse på søksmål om rettigheter etter EØS-retten ikke skal være mindre gunstige enn dem som gjelder for tilsvarende søksmål etter nasjonal rett.²⁰⁸ Spørsmålet er i det følgende om innføring av delt bevisbyrde for gjengjeldelsesvernet er påkrevd etter ekvivalensprinsippet.

Arbeidsmiljøloven § 2 A-4 (4) fastsetter delt bevisbyrde for varlingsaker, og det samme gjelder for hoveddelen av diskrimineringsaker.²⁰⁹ Fastsettelse av delt bevisbyrde vil derfor være påkrevd etter ekviva-

²⁰⁴ Det kan være vanskelig å forstå at et direktiv er et minimumsdirektiv eller et harmoniseringsdirektiv, se Arnesen og Stenvik (2015) side 43. Håndhevingsdirektivet skal etter art. 1 (1) første ledd etablere «a common framework» med sikte på «more uniform implementation, application and enforcement». Denne ordlyden peker mot minimumsregulering, ikke harmonisering. Samtidig ble ordlyden i art. 1 (1) annet ledd endret fra Kommissjonens forslag om «minimum protection of the rights of posted workers», se COM(2012) 131 final side 28, til «appropriate level of protection of the rights of posted workers». Direktivets knappe og dels vage ordlyd, særlig i art. 11, medfører uansett et behov for å fastsette mer detaljerte og presise regler i nasjonal rett.

²⁰⁵ EØS-avtalen art. 7 (b)

²⁰⁶ Etablert i C-33/76 *Rewe* avsn. 5.

²⁰⁷ Se f.eks. C-199/82 *San Giorgio* avsn. 12. Dette er også EØS-rettslige prinsipper, jf. E-11/12 *Koch m.fl.* avsn. 121 og E-16/16 *Fosen* avsn. 70.

²⁰⁸ Se E-11/12 *Koch m.fl.* avsn. 121 og tilsvarende i C-62/00 *Marks & Spencer* avsn. 34. EU-domstolen foretar ikke selv denne vurderingen fullt ut, men overlater vurderingen til de nasjonale domstoler, se f.eks. C-326/96 *Levez* avsn. 39 og C-63/08 *Virginie Pontin* avsn. 49. Høyesterett har tilsynelatende bare foretatt ekvivalensvurderingen i HR-2010-2082-A, men sluttet raskt at en søksmålsfrist på seks måneder hverken er i strid med effektivitets- eller ekvivalensprinsippet, se dommens premiss 66.

²⁰⁹ Likestillings- og diskrimineringsloven § 37

lensprinsippet dersom reglene om ugunstig behandling og varslings/diskrimineringsaker er «similar as regards their purpose, cause of action and essential characteristics».²¹⁰

Særlig arbeidsmiljølovens regler om forbud mot gjengjeldelse ved varsling har klare likhetstrekk med reglene om ugunstig behandling i håndhevingsdirektivet. Begge regelsett gjelder beskyttelse mot dårlig behandling fra arbeidsgiver etter at utsendt arbeidstaker har iverksatt en prosess mot arbeidsgiver. Varslingsreglene gjelder kritikkverdige forhold,²¹¹ mens vern mot ugunstig behandling gjelder dersom arbeidstaker iverksetter rettslige eller administrative skritt mot arbeidsgiver. Beskyttelse mot ugunstig behandling gjelder derfor individuelle forhold, mens varslingsreglene i arbeidsmiljøloven gjelder kritikkverdige forhold av videre samfunnsinteresse,²¹² noe som taler imot at de er «similar». Reglene har likevel store fellestrekk. Gjengjeldelsen er i begge tilfeller den samme – arbeidstakeren utsettes for negativ behandling etter å ha gjort noe vedkommende har rett til. Videre skal begge regelsett sikre at arbeidstaker tør å benytte seg av en lovfestede rett. Jeg finner at likhetstrekkene utveier forskjellene, slik at vernet mot gjengjeldelse i arbeidsmiljøloven og vernet mot ugunstig behandling i håndhevingsdirektivet er «similar».

Ekvivalensprinsippet krever derfor at søksmål etter håndhevingsdirektivet om ugunstig behandling fra arbeidsgiver etter at de utsendte arbeidstakerne har iverksatt administrative eller rettslige prosesser, ikke kan ha dårligere søksmålsregler enn de som gjelder for søksmål i varslingssaker etter arbeidsmiljøloven. Det er imidlertid ikke påkrevd at medlemsstatene må gjøre sine «most favourable rules» gjeldende.²¹³ I vurderingen av om en regel er «less favourable», må det tas i betraktning hvilken rolle bestemmelsen har i en prosess, gjennomføringen av prosessen og eventuelle spesielle trekk ved prosessen.²¹⁴ I saken *Levez* henviste EU-domstolen til at det måtte vurderes om prosessen for den EU-rettslige

²¹⁰ C-63/08 *Virginie Pontin* avsn. 45

²¹¹ Aml. § 2 A-1 (1)

²¹² Ot.prp.nr.84 (2005–2006) side 51

²¹³ C-63/08 *Virginie Pontin* avsn. 45

²¹⁴ C-326/96 *Levez* avsn. 44

rettigheten medførte ekstra utgifter eller forsinkelser sammenlignet med prosessen for tilsvarende søksmål basert på nasjonal rett.²¹⁵

Etter henholdsvis arbeidsmiljøloven § 14-5 og direktiv 91/533/EØF artikkel 2 skal arbeidstaker ha skriftlig arbeidsavtale. En skriftlig arbeidsavtale vil ofte være et sentralt bevis i en arbeidsrettssak. Det vil derfor kun være i unntakstilfeller at en utsendt arbeidstaker ikke kan fremlegge en skriftlig arbeidsavtale, noe som taler for at en regel om delt bevisbyrde ikke er nødvendig.²¹⁶ Utsendte arbeidstakere som ikke har fått skriftlig arbeidsavtale vil imidlertid være særlig sårbare, noe som taler for å fastsette en regel om delt bevisbyrde. Et av formålene med delt bevisbyrde er at det nettopp vil gjøre det enklere for arbeidstakere å nå frem med sine påstander, ettersom det er arbeidsgiver som har de beste forutsetninger for å føre bevis.²¹⁷ Videre er rettighetene de utsendte arbeidstakerne krever etter utsendingsforskriften § 3 grunnleggende arbeidstakerrettigheter,²¹⁸ noe som taler for at det bør være så enkelt som mulig å fremme slike krav. Det vil derfor være «less favourable» ikke å oppstille delt bevisbyrde, slik at det i henhold til ekvivalensprinsippet er påkrevd å fastsette delt bevisbyrde ved gjennomføringen av håndhevingsdirektivet artikkel 11 (5).

Etter fast praksis fra EU-domstolen skal ethvert tiltak som gjør det mindre attraktivt å tilby tjenester i andre medlemsstater ansees å være en restriksjon i tjenestefriheten.²¹⁹ En regel om delt bevisbyrde utgjør et lite inngrep i arbeidsgivers tjenestefrihet, men også mindre tiltak kan etter EU-domstolens praksis utgjøre restriksjoner.²²⁰ En bevisregel som dette kan også ansees å for usikker eller avledet virkning for samhandelen,

²¹⁵ C-326/96 *Levez* avsn. 51. Den konkrete vurderingen ble overlatt til den foreleggende domstolen.

²¹⁶ Tilsvarende argumentasjon fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet i forbindelse med innføring av solidaransvar i allmenngjøringsloven, se Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 60.

²¹⁷ ASD (2016) side 42

²¹⁸ Tilsvarende argumentasjon i ASD (2016) side 42.

²¹⁹ C-76/90 *Säger* avsn. 12 og C-33/17 *Čepelnik* avsn. 37

²²⁰ C-49/89 *Corsica Ferries France* avsn. 8 og C-498/10 *NV* avsn. 30.

slik at det ikke oppfyller kravet til adekvans.²²¹ Terskelen er høy for at adekvansunntaket får anvendelse.²²² Jeg vil derfor gå over til å vurdere om delt bevisbyrde ikke kan opprettholdes fordi det utgjør en restriksjon i arbeidsgivers rett til å fritt tilby tjenester på tvers av landegrenser. For at en restriksjon skal kunne opprettholdes, må den være egnet til å sikre arbeidstakers interesser, ikke gå lengre enn nødvendig,²²³ og være forholdsmessig i snever forstand.²²⁴

I høringsuttalelsen til implementeringen av håndhevingsdirektivet argumenterte ASD med at en regel om delt bevisbyrde vil gjøre det «enklere for arbeidstakere å nå fram med en påstand om ulovlig gjengjeldelse.»²²⁵ Hensyn til arbeidstakers interesser, formulert i ulike nyanser, er etter fast praksis fra EU-domstolen ansett som et tvingende allment hensyn som kan begrunne inngrep i tjenestefriheten.²²⁶ Argumentasjonen om bevilgang tilsier at en regel om delt bevisbyrde er egnet til å beskytte arbeidstakers interesse, noe som også støttes av at regler om delt bevisbyrde er oppstilt i andre rettsakter.²²⁷

Spørsmålet er så om en regel delt bevisbyrde går lengre enn nødvendig i å beskytte de utsendte arbeidstakerne. Det vil være tilfellet dersom formålet kan oppnås med mindre inngripende midler.²²⁸ Et alternativ er å pålegge arbeidsgiver å gi ut all relevant dokumentasjon til arbeidstaker.

²²¹ Se f.eks. C-211/08 *Kommisjonen mot Spania* avsn. 72. Videre i Arnesen (2019) side 99 og Fredriksen og Mathisen (2018) side 111.

²²² Fredriksen og Mathisen (2018) side 111

²²³ C-76/90 *Säger* avsn. 15 og C-33/17 *Čepelnik* avsn. 42

²²⁴ C-341/05 *Laval* avsn. 105 og C-438/05 *Viking* avsn. 79, videre i Sejersted m.fl. (2011) side 295 og Fredriksen og Mathisen (2018) side 119.

²²⁵ ASD (2016) side 42

²²⁶ C-279/80 *Webb* avsn. 19, forente saker C-49/98 *Finalarte* m.fl. avsn. 33, C-165/98 *Mazzoleni* og *ISA* avsn. 27 og C-438/05 *Viking* avsn. 77. Dette må til presisering holdes adskilt av hensynet til beskyttelse av arbeidstakeres sosiale rettigheter, som anvendt i C-490/04 *Kommisjonen mot Tyskland* avsn. 70, C-202/11 *Anton Las* avsn. 28, C-33/17 *Cepelnik* avsn. 44 og forente saker C-64/18, C-140/18, C-146/18 og C-148/18 *Zoran Makismovic* m.fl. avsn. 37.

²²⁷ Direktiv 2000/78/EF art. 10 (1) og likestillingsdirektivet art. 19 (1). Førstnevnte direktiv er ikke inntatt i EØS-avtalen, og gjelder ikke-diskriminering på grunnlag av religion, handicap, alder og seksuell orientering.

²²⁸ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade* m.fl. avsn. 39

Det vil imidlertid være vanskelig å sikre at dette faktisk skjer, særlig fordi arbeidsgiver vil kunne bli erstatningsansvarlig dersom arbeidstaker vinner frem med søksmålet. Ved å pålegge arbeidsgiver bevisbyrden vil presumptivt all nødvendig informasjon fremlegges. Det er derfor vanskelig å se at saken fullt ut vil opplyses med mindre arbeidsgiver selv pålegges en bevisbyrde. Selv om utsendte arbeidstakere krav på skriftlig arbeidsavtale, er ikke en slik rett en garanti for at de får det, og dessuten kan annen dokumentasjon som arbeidsgiver innehar være nødvendig.

For at en regel om delt bevisbyrde skal kunne opprettholdes, må inngrepet i tjenestefriheten være forholdsmessig i snever forstand. I denne vurderingen må de motstående hensyn balanseres mot hverandre. Her står hensynet til arbeidsgivers tjenestefrihet, som i EU-retten er en grunnleggende rettighet etter Charteret artikkel 16,²²⁹ opp mot beskyttelsen av utsendte arbeidstakere. EU-domstolen har ved flere anledninger vist til at arbeidstakerne er den svake parten i kontraktsforholdet med arbeidsgiver.²³⁰ Tatt i betraktning at innføring av delt bevisbyrde er et nokså lite inngrep i arbeidsgivers tjenestefrihet, og utsendte arbeidstakers utfordringer med å få tak i relevante bevis, så treffer en regel om delt bevisbyrde den nødvendige balansen.

Oppstilling av delt bevisbyrde er dermed påkrevd etter ekvivalensprinsippet, og utgjør et inngrep i arbeidsgivers tjenestefrihet som kan legitimeres.²³¹ Regelen om delt bevisbyrde i utsendingsforskriften § 10 (1) kan derfor opprettholdes. Begrensninger i utmåling av erstatning og oppreisning, i tillegg til at beskyttelsen må håndheves ved

²²⁹ Bestemmelsen har ikke et motstykke i EØS-retten, men homogenitetsprinsippet vil antageligvis avhjelpe dette. I saken E-10/14 *Deveci* fremholdt ankende part at direktiv 2001/23/EF i lys av homogenitetsprinsippet måtte tolkes i samsvar med Charterets art. 16, ettersom direktivbestemmelsen hadde samme virkeområde og formål i både EØS- og EU-retten, se avsn. 40. EFTA-domstolen fant ikke grunn til å gå inn på spørsmålet, se avsn. 64.

²³⁰ C-684/16 *Max-Planck-Gesellschaft* avsn. 41 og C-55/18 *CCOO* avsn. 44. *Max-Planck-Gesellschaft* gjaldt spørsmål om avvikling av ferie i oppsigelsestid, og eventuell kompensasjon i mangel på avvikling. Den aktuelle arbeidstakeren gikk til søksmål mot arbeidsgiver. I *CCOO* anla en fagforening søksmål mot en arbeidsgiver for å kreve et system for registrering av arbeidstid, for å muliggjøre kontroll med overholdelse av arbeidstidsbestemmelsene.

²³¹ Tilsvarende konklusjon for restriksjons-vurderingen i SOU 2015:13 side 239.

søksmål, medfører imidlertid at utsendingsforskriftens vern ikke gir en reell beskyttelse mot ugunstig behandling.

11.3 Økonomi som et hinder for domstoltilgang

11.3.1 Behovet for økonomisk bistand

De økonomiske kostnadene ved å gå til domstolene er høye,²³² både for utsendte arbeidstakere og andre. Den relative kostnaden kan likevel være særlig høy for utsendte arbeidstakere, tatt i betraktning særegenhetene ved arbeidsforholdet og at de presumptivt tjenester minstelønn i Norge. Det må legges til grunn at de økonomiske kostnadene ved et søksmål hindrer utsendte arbeidstakere fra å gå til søksmål for å kreve sine rettigheter.

Det er tre grupper av økonomiske kostnader for domstolene: utgifter til prosessfullmektig (saksomkostninger), rettsgebyr og øvrige kostnader. Help til å betale dette gjøres gjennom ordningen for fri rettshjelp. Jeg vil behandle dekning av egne sakskostnader i punkt 11.3.2 i tre underkapitler. Først vil jeg i punkt 11.3.2.1 behandle innholdet i Charteret artikkel 47 (3), som viser til en forpliktelse til å gi rettshjelp. Punkt 11.3.2.2 tar for seg Norges forpliktelse til å gi rettshjelp etter EMK artikkel 6 (1). I punkt 11.3.2.3 vil jeg vurdere om den norske rettshjelpsordningen oppfyller kravene i Charteret artikkel 47 (3) og EMK artikkel 6 (1). Rettshjelpsordningen dekker som hovedregel ikke motpartenes sakskostnader dersom saksøker blir idømt det, så dette vil behandles kort i punkt 11.3.3.

Rettsgebyr er en annen kategori av kostnader. Drøftelsen i punkt 11.3.4 vil vise at det norske rettsgebyret ikke er problematisk etter EMK eller Charteret. En rettssak kan i tillegg medføre andre utgifter, for eksempel reise, overnatting og oversettelse eller tolking. I punkt 11.3.5 vil jeg kort behandle når slike utgifter dekkes av det offentlige.

²³² Omtalt i forberedelsen av tvisteloven, se Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 51, Nylig har domstolutvalget foretatt en større undersøkelse av sakskostnadene for norske domstoler, se NOU 2011:5 side 303 flg.

11.3.2 Fri rettshjelp i arbeidsrettssaker

11.3.2.1 *Charteret artikkel 47 (3)*

Håndhevingsdirektivet henviser i fortalens punkt 48 til Charteret artikkel 47. Det medfører at «judicial (...) proceedings» i håndhevingsdirektivet artikkel 11 må forstås i lys av Charteret artikkel 47. Som punkt 2.3 redegjorde for har Charteret i realiteten betydning i EØS-sammenheng, selv om det ikke er inntatt i EØS-avtalen. Charteret artikkel 47 (3) fastsetter en plikt til å gi rettshjelp og innholdet i denne bestemmelsen er tema i det følgende:

«Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.»

Ordlyden i Charteret artikkel 47 (3) er preget av rettighetsspråk, men ord som «necessary» og «effective» åpner for skjønnsmessige vurderinger. Ordlyden gir ellers lite veiledning for plikten til å gi fri rettshjelp. I Forklaringen henvises det til EMDs sak *Airey mot Irland* for forståelsen av Charteret artikkel 47 (3) og det uttales at rettshjelp skal gis om «the absence of such aid would make it impossible to ensure an effective remedy». ²³³ Henvisningen medfører for det første at det er relevant å se hen til EMK og EMDs praksis for fastsettelsen av innholdet i Charteret artikkel 47 (3). ²³⁴ Det er imidlertid ingen ting i veien for en tolkning av Charteret artikkel 47 (3) som går lengre enn gjeldende praksis fra EMD. For det andre medfører henvisningen at utfordringen med Charterets betydning i EØS kun aktualiseres i den grad Charteret artikkel 47 (3) går lengre enn EMDs praksis. ²³⁵

Som ledd i fortolkningen av Charteret artikkel 47 (3) oppsummerte EU-domstolen i *DEB* at rettshjelp etter EMDs praksis kan omfatte både

²³³ Forklaringen side 30. I juridisk litteratur knyttes også Charterets innhold til praksis fra EMD, se Ward (2014) side 1198 og Holopainen (2014) side 1269.

²³⁴ C-279/09 *DEB* avsn. 37 og FRA (2016) side 61.

²³⁵ En mer detaljert fremstilling følger av punkt 2.3.

bistand fra advokat og unntak fra plikten til å betale sakskostnader.²³⁶ Forståelsen av Charteret artikkel 47 (3) lener seg på EMDs praksis, slik at innholdet i rettshjelpsbegrepet antageligvis vil være likt. I norsk sammenheng omfatter «fri rettshjelp» fritt rettsråd, fri sakførsel eller fritak for rettsgebyr.²³⁷ Med rettsråd menes juridisk bistand utenom domstolene²³⁸ og fri sakførsel refererer til dekning av kostnadene til advokat under forberedelse og behandling av en rettssak.²³⁹ Innholdet i rettshjelpsbegrepet i Charteret og i norsk rett synes derfor å være sammenfallende.

For at Charteret skal forplikte til økonomisk bistand fra staten, må parten selv mangle ressurser til å betale for rettslige bistand, og være i en slik situasjon at rettslig bistand er nødvendig.²⁴⁰ Saken *DEB* gjaldt spørsmålet om en juridisk person kan ha rett til rettshjelp. EU-domstolen overlot vurderingen av om rettshjelpsordningen i Tyskland var i strid med retten til effektiv domstolbeskyttelse til den foreleggende domstolen, men anga følgende tre vurderingsmomenter for vurderingen:

«whether the conditions for granting legal aid constitute a limitation on the right of access to the courts which undermines the very core of that right; whether they pursue a legitimate aim; and whether there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim which it is sought to achieve.»²⁴¹

EU-domstolen viste så til hensyn som kan tas i betraktning, men uten å spesifisere hvilket av de tre vurderingsmomentene disse hensynene skal inngå i vurderingen av. Hensynene var: hva saken gjelder, herunder hvor mye den betyr for parten; om det er rimelig sjanse for å nå frem med kravet; den rettslige og prosessuelle kompleksiteten; og partens mulig-

²³⁶ C-279/09 *DEB* avsn. 48.

²³⁷ Rettshjelploven § 2 og 21

²³⁸ Rettshjelploven § 14

²³⁹ Rettshjelploven § 22

²⁴⁰ Se i denne retning FRA (2016) side 61 og Lörcher (2019) side 629.

²⁴¹ C-279/09 *DEB* avsn. 60, fulgt opp i C-156/12 *GREP* avsn. 40. Vurderingen sammenfaller delvis med inngrepshjemmelen i Charteret art. 52 (1).

het til å effektivt representere seg selv.²⁴² Det er ikke naturlig å knytte disse hensynene til etablering av et legitimt formål eller til vurdering av forholdsmessighet, så de må inngå i vurderingen av om «the conditions for granting legal aid constitute a limitation on the right of access to the courts which undermines the very core of that right».

Når håndhevsingsdirektivet oppstiller krav til søksmålsadgang og/eller forvaltningssak, kan henvisningen til Charteret artikkel 47 tyde på at en slik rett er ment å ivaretas gjennom økonomiske støtteordninger. Ettersom Charteret artikkel 47 (3) i liten grad har vært gjenstand for praksis fra EU-domstolen, er det vanskelig å utlede noe mer konkret utover den skjønsmessige vurderingen oppstilt i *DEB*. EMDs praksis vedrørende EMK artikkel 6 (1) om konvensjonsstatenes forpliktelse til å yte fri rettshjelp er mer omfattende. I tillegg sammenfaller hensynene angitt i *DEB* langt på vei med momentene som EMD har oppstilt for tilsvarende vurderingen etter EMK artikkel 6 (1). Ettersom EMK artikkel 6 (1) også er bindende for Norge, går jeg i neste punkt over til å behandle plikten til å tilby rettshjelp etter EMK artikkel 6 (1).

I teorien er det antydnet at Charteret i forhold til EMK er «less susceptible to arguments concerning budgetary restraints in the provision of legal aid». Holopainen baserer synspunktet på at Charteret artikkel 47 (3) er plassert i Charterets kapittel VI om «Justice».²⁴³ Til støtte for dette viser hun til at EU-domstolen i *DEB* uttalte at retten til rettshjelp på grunn av plasseringen i kapittelet VI «is not conceived primarily as social assistance».²⁴⁴ Om Charteret artikkel 47 (3) gir en videre plikt til å gi rettshjelp enn EMK artikkel 6 (1) vil tiden vise. Det riktige utgangspunktet etter dagens rettspraksis fra EU-domstolen og EMD må være at vurderingene er sammenfallende.

²⁴² C-279/09 *DEB* avsn. 61, fulgt opp i C-156/12 *GREP* avsn. 41 og C-260/11 *Edwards* avsn. 42.

²⁴³ Holopainen (2014) side 1272. Lörcher (2019) side 629 kan også tolkes i denne retning: «any limitations that might derive from the wording of Article 6 ECHR are not applicable to Article 47(3)».

²⁴⁴ C-279/09 *DEB* avsn. 41

11.3.2.2 EMK artikkel 6 (1)

EMK artikkel 6 (1) verner retten til domstoltilgang, men oppstiller ikke noen plikt til å gi fri rettshjelp i borgerlige saker.²⁴⁵ I lys av konvensjonsstatenes forpliktelse til å sikre praktiske og effektive rettigheter,²⁴⁶ må enhver ha mulighet til å presentere sin sak effektivt for domstolene.²⁴⁷ Effektiv tilgang til domstolene kan sikres ved å oppstille muligheter for fri rettshjelp.²⁴⁸ Konvensjonspartene har en skjønnsmargin og kan oppstille vilkår for å tilkjenne fri rettshjelp,²⁴⁹ eksempelvis søkerens økonomiske situasjon eller muligheten for at søksmålet når frem.²⁵⁰

Etter EMDs praksis kan konvensjonsstatene være forpliktet til å gi fri rettshjelp dersom bruk av prosessfullmektig er pålagt.²⁵¹ Det foreligger ikke en generell plikt til å benytte prosessfullmektig i norsk rett.²⁵² Dette gir derfor ikke grunnlag for å kreve rettshjelp etter EMK artikkel 6 (1).

Konvensjonsstatene er også forpliktet til å gi fri rettshjelp dersom bistand fra advokat er nødvendig for effektiv tilgang til domstolene på

²⁴⁵ *Wieczorek mot Poland* avsn. 37 og *Foltis mot Tyskland* avsn. 37. Saker om «civil rights and obligations» omfatter etter EMDs praksis arbeidsrettssaker. Saken *Buchholz mot Tyskland* gjaldt en arbeidstaker som mente at domstolene ikke avgjorde saken hans om usaklig oppsigelse innen rimelig tid, og EMD vurderte saken opp mot kravet etter EMK art. 6 (1), se dommens avsn. 63. I saken *Obermeier mot Østerrike* uttalte EMD at det privatrettslige forholdet mellom en ansatt og en arbeidsgiver også utgjør en «civil» tvist, se dommens avsn. 67. Det er i EMDs praksis utviklet et unntak for saker som angår offentlige tjenestemenn, se videre om dette i Van Drooghenbroech (2013) side 161 flg.

²⁴⁶ *Kiran mot Tyrkia* avsn. 18, *Weissman og andre mot Romania* avsn. 37 og *Kreuz mot Polen* avsn. 57.

²⁴⁷ *Huseyin Ozel mot Tyrkia* avsn. 26 og *Steel and Morris mot Storbritannia* («*Steel and Morris*») avsn. 59.

²⁴⁸ *Huseyin Ozel mot Tyrkia* avsn. 27

²⁴⁹ *Kreuz mot Polen* avsn. 59

²⁵⁰ *Steel and Morris* avsn. 62, *Wieczorek mot Poland* avsn. 37, *Huseyin Ozel mot Tyrkia* avsn. 27 og *Foltis mot Tyskland* avsn. 37. Rettshjelploven knytter ikke vilkår til søksmålets holdbarhet, bare til sakstypen og søkerens økonomi.

²⁵¹ *Airey mot Irland* avsn. 26 og *Laskowska mot Polen* avsn. 51. Se også Vitkauskas og Dikov (2017) side 37.

²⁵² Tvl § 3-1 (1). I utgangspunktet er det heller ikke pliktig å bruke prosessfullmektig for Høyesterett, se Schei m.fl. (2013) til § 3-2, pkt. 2. Etter EMDs praksis er det ikke i strid med EMK art. 6 (1) å kreve at parten bruker prosessfullmektig, se f.eks. *Staroszczyk mot Polen* avsn. 128 og *Sialkowska mot Polen* avsn. 106.

grunn av sakens kompleksitet.²⁵³ Det skal gjøres en konkret vurdering hvor følgende forhold kan tas i betraktning: prosessens og jussens kompleksitet, herunder bevisførsel; om partens emosjonelle involvering i saken medfører at vedkommende ikke kan presentere saken objektivt;²⁵⁴ og hvor viktig saken er for parten.²⁵⁵

Momentet om komplisert juss gjør seg i liten grad gjeldende for saker om utsendte arbeidstakere. Reglene for utsendte arbeidstakere kan oppleves kompliserte, men i praksis vil nok uenigheter om faktum være det som kan gjøre sakene vanskelige. For mange utsendte arbeidstakere vil lønn følge av allmenngjøringsforskrifter og feriepenger etter ferieloven. Ettersom kravene i stor grad er lovfestede, vil de være relativt enkle å underbygge. Ettersom de rettslige spørsmålene kan variere, kan det likevel ikke legges til grunn at en utsendt arbeidstaker alltid vil være i stand til å prosedere saken selv på en tilfredsstillende måte.

Momentet om sakens kompleksitet har to sider: prosesslovgivningen og sakens omfang. EMD har i saken *Airey mot Irland* etablert utgangspunktene for vurderingen av om prosesslovgivningen tilsier en plikt til å yte retts hjelp. *Airey mot Irland* gjaldt en kvinne som ønsket å skille seg fra mannen. På tidspunktet for saken kunne ikke skilsmisser innvilges av lokale domstoler, men bare av High Court of Ireland. Det var ingen forpliktelse til å bruke prosessfullmektig, men innhentet statistikk viste at det var benyttet advokat i alle andre skilsmisssaker i samme tidsrom. Det var imidlertid ingen advokater som ønsket å bistå Airey ettersom hun ikke hadde midler til å betale. I saken karakteriserte EMD High Court of Ireland som «the least accessible court» i Irland og anså at prosessen for å være kompleks.²⁵⁶ I norsk prosesslovgivning er det blant annet gitt regler om obligatorisk behandling hos forlikrådet, forenklet domstolsbehandling og småkravprosess.²⁵⁷ Dommerne har også plikt til veiledning og aktiv saksstyring, i tillegg til et ansvar for rettsanvendel-

²⁵³ *Airey mot Irland* avsn. 26, *Huseyin Ozel mot Tyrkia* avsn. 27 og *Steel and Morris* avsn. 61.

²⁵⁴ *Airey mot Irland* avsn. 24 og *Laskowska mot Polen* avsn. 51.

²⁵⁵ *Huseyin Ozel mot Tyrkia* avsn. 27 og *Steel and Morris* avsn. 61.

²⁵⁶ *Airey mot Irland* avsn. 24

²⁵⁷ Tvl. §§ 6-2, 9-8, kap. 10 og 9-4.

sen.²⁵⁸ Et av formålene med tvisteloven er at prosessformen skal tilsvare sakens omfang og betydning.²⁵⁹ Kompleksiteten i norsk sivilprosess tilsier derfor ikke en plikt til å gi rettshjelp.

Kompleksiteten av sakens omfang omfatter eksempelvis behovet for, og omfanget av, bevisførsel. EMD har i sakene *Steel and Morris* og *McVicar* gitt føringer for når saker anses å være så komplekse at det forplikter staten til å gi fri rettshjelp. I *Steel and Morris* varte den underliggende rettssaken i over 300 dager og krevde omfattende bevisførsel.²⁶⁰ Motsatt var tilfellet i *McVicar*. Saken *McVicar* har sin bakgrunn i at *McVicar* skrev en sak i et magasin, hvor han antydte at en atlet brukte prestasjonsfremmende doping. Denne atleten gikk til ærekrenkelsesøksmål mot *McVicar*, magasinets redaktør og forlaget. *McVicar* fikk ikke innvilget fri rettshjelp, men mottok noe bistand fra advokaten til redaktøren og forlaget. EMD fant at det å argumentere for én påstand, spørre ut vitner og imøtegå fremlagte bevis i en rettssak som varte i to uker, ikke medførte at saken var tilstrekkelig prosessuelt kompleks til å påkrevde rettshjelp.²⁶¹ Det kan ikke legges til grunn at utsendte arbeidstakere har samme forutsetninger som *McVicar* til å være selvprosederende. Praksis fra EMD viser imidlertid at det er en høy terskel for at sakens kompleksitet tilsier at rettshjelp er påbudt.

EMD viste i *Airey mot Irland* til at en parts emosjonelle involvering i en sak kan medføre at de ikke innehar «the degree of objectivity required by advocacy in court.»²⁶² Dette kan medføre at staten får en plikt til å betale for rettshjelp. Bakgrunnen for skilsmissen *Airey* ønsket, var at mannen angivelig var alkoholisert, truende og voldelig. Utsendte arbeidstakere kan også være emosjonelt involvert i sine saker, men slike saker vil være av en annen art enn familie(volds)saker. Momentet vil derfor sjeldent gjøre seg gjeldende for utsendte arbeidstakere i saker som

²⁵⁸ Tvl. §§11-3, 11-5 og 11-6.

²⁵⁹ Tvl. § 1-1 (2), fjerde strekpunkt.

²⁶⁰ *Steel and Morris* avsn. 65

²⁶¹ *McVicar mot Storbritannia* («*McVicar*») avsn. 55

²⁶² *Airey mot Irland* avsn. 24

omhandler deres arbeidsforhold, kanskje unntatt om det foreligger en stor grad av utnyttelse.

I tillegg kan sakens viktighet for parten vektlegges. Til dette må det bemerkes at lønn er svært viktig for arbeidstakere og derfor trekker i retning av å måtte gi fri rettshjelp i saker om utestående lønn- og feriepenger. Samlet sett tilsier likevel momentene EMD har oppstilt at det ikke må gis rettshjelp for usendte arbeidstakeres saker for norske domstoler.

EMDs praksis tilsier også en plikt til å yte rettshjelp dersom parten ikke har mulighet til å effektivt delta i rettsprosessen. I *Steel and Morris* viste EMD til at konvensjonsstatene ikke er forpliktet til å sikre «total equality of arms» mellom partene, men at partene må ha en rimelig mulighet til å presentere sin sak og ikke stå i en «substantial disadvantage vis-à-vis the adversary».²⁶³ Vedkommende må være i en posisjon hvor han/hun klarer å argumentere for sin egen sak.²⁶⁴ Sakene *Steel and Morris*, *Wieczorek mot Polen* og *Laskowska mot Polen* tar for seg denne vurderingen. Det avgjørende i *Wieczorek mot Polen* og *Laskowska mot Polen* var at polske domstoler ikke hadde vurdert rettshjelpssøknadene grundig nok. Det er derfor mest aktuelt å se nærmere på vurderingen EMD gjorde i *Steel and Morris*.

Bakgrunnen for *Steel and Morris* var at to personer hadde utarbeidet og spredt en brosjyre om at McDonalds blant annet ødelegger regnskogen og lager usunn mat, noe som medførte at McDonalds saksøkte dem. De to saksøkte var delvis arbeidsløse og fikk ikke innvilget fri rettshjelp. På grunn av påstandene i brosjyren, og dels på grunn av partenes manglende juridiske kunnskaper, ble saken svært omfattende: Den varte i over 300 dager og de avsagte dommene var på mer enn 1000 sider. EMD fant at manglende innvilgelse av fri rettshjelp utgjorde et brudd på EMK artikkel 6 (1) da det «deprived them of the opportunity to present their case effectively before the court and contributed to an unacceptable inequality of arms with McDonald's.»²⁶⁵ På grunn av dommens spesielle faktum har den imidlertid begrenset overføringsverdi.

²⁶³ *Steel and Morris* avsn. 62 og *Laskowska mot Polen* avsn. 54 [fjernet kursiveringer].

²⁶⁴ *Wieczorek mot Polen* avns. 39 og *Laskowska mot Polen* avns. 54.

²⁶⁵ *Steel and Morris* avsn. 72

I lys av tilpassingen av prosessformene i tvisteloven vil ikke hensynet til prosessuell likevekt normalt få gjennomslag i norsk rett. Det må imidlertid tas forbehold for de tilfeller hvor de utsendte arbeidstakere er særlig sårbare. Vurderingen må også bli en annen dersom den utsendte arbeidstakeren blir saksøkt – slik som i *Steel and Morris*. Denne avhandlingen er imidlertid begrenset til tilfellene hvor utsendte arbeidstakere selv anlegger sak.

11.3.2.3 *Den norske rettshjelpsordningen*

Dersom utsendte arbeidstakere går til søksmål i Norge, kan de som utgangspunkt få fri sakførsel etter rettshjelploven.²⁶⁶ Lovens formål er at personer som ikke selv har økonomi, skal få nødvendig juridisk bistand i saker av stor personlig og velferdsmessig betydning.²⁶⁷ Et krav om utestående lønn vil, som nevnt over, være av stor betydning for en arbeidstaker. I det følgende vil det utredes hvilken mulighet utsendte arbeidstakere har til å få fri rettshjelp i Norge og hvordan dagens norske ordning står seg mot håndhevingsdirektivet, fortolket i lys av Charteret artikkel 47 (3), og EMK.

Etter rettshjelploven gis det som hovedregel kun fri sakførsel for saker etter arbeidsmiljøloven som gjelder formelle og uformelle oppsigelser og avskjeder.²⁶⁸ Den som søker om rettshjelp må være under inntekts- og formuesgrensene.²⁶⁹ Ettersom stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven ikke er gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere, vil ikke utsendte arbeidstakere kunne fremme slike saker for norske domstoler – og med det eventuelle aksessoriske krav med grunnlag i arbeidsforholdet.

Saker som etter hovedregelen ikke kvalifiserer til rettshjelp omtales som «uprioriterte saker». Statsforvalteren kan i henhold til rettshjelploven § 16 (3) «unntaksvis» innvilge rettshjelp i slike saker.²⁷⁰ De økonomiske

²⁶⁶ Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp («rettshjelploven») § 15

²⁶⁷ Rettshjelploven § 1 (1)

²⁶⁸ Rettshjelploven § 16 (2) jf. § 11 (2) nr. 5.

²⁶⁹ Rettshjelploven § 16 (2), jf. Forskrift 12. desember 2005 nr. 1443 til lov om fri rettshjelp («rettshjelpforskriften») § 1-1.

²⁷⁰ Rettshjelpforskriften § 4-2. Tittelen Fylkesmann ble fra 1. januar 2021 endret til Statsforvalter, se Statsforvalteren (2021).

vilkårene må være oppfylt og saken må objektivt sett berøre søker i særlig sterk grad.²⁷¹ Det skal derfor mye til for å få fri rettshjelp i uprioriterte saker.²⁷² Rettshjelploven § 16 (3) er utformet for å oppfylle kravet i EMK artikkel 6,²⁷³ og skal tolkes «i samsvar med det innholdet EMK har til enhver tid».²⁷⁴ Dersom EMD utvikler sin praksis, vil Statsforvalteren være forpliktet til å fortolke rettshjelploven tilsvarende.²⁷⁵

Som vist i punkt 11.3.2.2, er det en høy terskel for at medlemsstatene er pliktige til å innvilge rettshjelp etter EMK. Forpliktelsen etter Charteret artikkel 47 (3) er sammenfallende. Basert på momentene EMD har oppstilt for vurderingen, er det særlig sakens viktighet for parten, sammenholdt med individuelle karakteristikk ved saken, som kan medføre at Norge er forpliktet til å gi fri rettshjelp. Slike tilfeller kan være om sakens faktum er særlig komplekst, om den angår store prinsipielle juridiske spørsmål eller om det er et særlig skjevt styrkeforhold mellom partene.

En vurdering av om praktiseringen av rettshjelploven § 16 (3) tilsvarende den konkrete vurderingen som skal gjøres etter EMK artikkel 6 (1) og Charteret artikkel 47 (3), krever en analyse av praksis fra Statsforvalterne. En slik analyse faller utenfor omfanget av denne avhandlingen.

Den praksis fra Statsforvalterne som jeg har fått innsyn i viser en restriktiv praksis. Statsforvalterne i Innlandet, Agder, Trøndelag, Møre og Romsdal, Troms og Finnmark, Vestfold og Telemark og Rogaland innvilget i perioden januar 2019 til oktober 2020 retts-

²⁷¹ Rettshjelploven § 16 (3)

²⁷² SRF-1/2017 side 43, 44 og 45.

²⁷³ SRF-1/2017 side 62

²⁷⁴ SRF-1/2017 side 62

²⁷⁵ EMK har forrang ved konflikt med norsk lovgivning, jf. mrl. § 3 og § 2.

hjelp i 10 uprioriterte arbeidsrettssaker.²⁷⁶ Tallet på arbeidsrettslige saker som rettshjelpiltakene behandler tilsier et udekket behov for rettshjelp i arbeidsrettssaker.²⁷⁷

Den norske rettshjelpsordningen fremstår ikke å være i strid med Charteret artikkel 47 (3) eller EMK artikkel 6 (1). Jeg ønsker likevel å peke på tre forhold: For det første faller alle saker utsendte arbeidstakere kunne ført for norske domstoler etter hovedregelen utenfor den norske rettshjelpsordningen.²⁷⁸ For det andre viser praksis at det sjeldent gis rettshjelp for uprioriterte saker. For det tredje tar ikke norsk regelverk høyde for ekstra utgifter som oppstår i en grensekryssende tvist, noe jeg kommer tilbake til i punkt 11.3.5. Disse forholdene medfører ikke et brudd på forpliktelsene etter EØS-avtalen eller EMK, men svekker utsendte arbeidstakeres reelle mulighet til å benytte domstolene for håndheving i Norge.

11.3.3 Dekning av motpartens saksomkostninger

En annen stor utgift som kan påløpe ved en rettssak er motpartens saksomkostninger. Dersom en utsendt arbeidstaker anlegger sak og taper, må vedkommende etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 (1) dekke motpartens saksomkostninger. Denne utgiften kan være et vel

²⁷⁶ E-post av 21. september 2020 fra fagdirektør Magne Djup hos Fylkesmannen i Innlandet, e-post av 22. september 2020 fra faggruppeleder Anita Rist hos Fylkesmannen i Agder, e-post av 22. september 2020 fra seniorrådgiver juridisk Heidi Pedersen hos Fylkesmannen i Troms og Finnmark, e-post av 30. september 2020 fra rådgiver Anne Mari Hermannstad hos Fylkesmannen i Trøndelag, e-post av 26. oktober 2020 fra fagleder Tove Røberg hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal, e-post av 5. januar 2021 fra fagsjef Anna Karin Hauge hos Statsforvalteren i Vestfold og Telemark og e-post av 23. mars 2021 fra seniorrådgiver Odd Geir Aarrestad hos Statsforvalteren i Rogaland. Samtlige fylkesmenn ble bedt om innsyn. Til sammenligning ble det i 2007 innvilget ca. 85 søknader om fri rettshjelp i uprioriterte saker, se St.meld. nr. 26 (2008–2009). Ettersom jeg har fått innsyn fra et begrenset antall Statsforvaltere, er det mulig at tallet for hele Norge for 2019 og 2020 er høyere.

²⁷⁷ Jussbuss (2020) side 27, JURK (2020) side 25, e-post av 16. juni 2020 fra kontormedarbeider i JURK Heidi Fjeldstad, Jusshjelpa i Nord-Norge (2020) side 26, Fri rettshjelp – Oslo kommune (2020) og Rettshjelpsentralen (2020) side 9 og 10.

²⁷⁸ Skillet har ikke grunnlag i EMD eller EU-domstolens praksis.

så stort hinder for å benytte domstoladgangen som dekning av egne advokatutgifter.

Det kan gjøres helt eller delvis unntak fra å dekke motpartens saks-kostnader etter tvisteloven § 20-2 (3) dersom «tungtveiende grunner gjør det rimelig». Etter bestemmelsens bokstav c skal det legges vekt på om «saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom». Utsendte arbeidstakere kan fremme krav på lønn for norske domstoler og lønnskrav er av velferdsmessig betydning. Dessuten er utsendte arbeidstakere presumptivt alltid den svake parten i forholdet til arbeidsgiver.²⁷⁹ Rettspraksis viser imidlertid at det skal mye til for at unntaket kommer til anvendelse, noe følgende uttalelse fra Høyesteretts ankeutvalg viser: «[det] må komme noe i tillegg til velferdsmessig betydning og ulikt styrkeforhold – for eksempel at avgjørelsen har budt på tvil, at saken har prinsipiell interesse eller at den tapende part ellers har hatt god grunn til å få saken prøvd for domstolene.»²⁸⁰ Rettshjelpsordningen dekker kun i «særlige tilfeller» motpartens saksomkostninger.²⁸¹

Som vist i punkt 11.3.2.2, stiller EMK artikkel 6 (1) et krav om «equality of arms» mellom partene i saken, selv om terskelen er høy for at dette medfører en plikt til å tilby rettshjelp. Dekning av motpartens saksomkostnader kan medføre et så skjevt forhold mellom partene at det rammes av EMK artikkel 6 (1).²⁸² Så fremt domstolene tar i betraktning de økonomiske ressursene til den aktuelle parten, og beløpet som pålegges ikke er så avskrekkende at det hindrer domstolstilgangen, vil det antagelig ikke utgjøre et brudd på EMK artikkel 6 (1).²⁸³

Det foreligger ikke praksis fra EU-domstolen hvor saksomkostnads-krav vurderes etter Charteret artikkel 47 (3). Etter direktiv 2011/92/EU («*miljøvirkningsdirektivet*») artikkel 11 (4) skal kostnadene ved å anlegge saker om prosjekter som kan ha påvirkning på natur og miljø ikke være

²⁷⁹ EU-domstolen i C-684/16 *Max-Planck-Gesellschaft* avsn. 41 og C-55/18 *CCOO* avsn. 44. Det vises til arbeidstakers behov for vern i Storeng m.fl. (2020) side 31 og Skjønberg m.fl. (2017) side 38.

²⁸⁰ HR-2012-308-U premiss 17. Tilsvarende oppstilles i HR-2011-850-U premiss 20.

²⁸¹ Rettshjelploven § 22 (4)

²⁸² *Melox et Mox mot Frankrike* avsn. 15

²⁸³ Vitkauskas og Dikov (2017) side 37

«prohibitively expensive».²⁸⁴ Bestemmelsen knyttes av EU-domstolen til Charteret artikkel 47.²⁸⁵ Formålet med bestemmelsen er å fastsette tilsvarende regler i EU som i FN's Århuskonvensjon.²⁸⁶ Selv om bestemmelsen ikke har generell relevans for fastsettelsen av sakskostnader for søksmål basert på EU-rettigheter, er det i fravær av annen relevant praksis aktuelt å se hen til vurderingen som skal gjøres. Etter EU-domstolens praksis er det ikke i strid med miljøvirkningsdirektivet artikkel 11 (4) å pålegge parten å betale sakskostnader.²⁸⁷ Det må gjøres en skjønnsmessig vurdering for å avgjøre hva som er «prohibitively expensive».²⁸⁸ Terskelen synes å være at kostnadene ikke kan være «objectively unreasonable».²⁸⁹ Vurderingen etter miljøvirkningsdirektivet artikkel 11 (4) fremstår derfor som tilsvarende den som skal gjøres etter EMK artikkel 6 (1).

Utsendte arbeidstakere kan forsøke å redusere kostnadene ved å gå til domstolene ved å ikke benytte prosessfullmektig. Likevel vil de som hovedregel bli ansvarlig for motpartens til prosessfullmektig dersom de taper saken. Risikoen for å idømmes motpartens sakskostnader må antas å utgjøre en stor del av prosessrisikoen, og slik utgjøre et hinder for domstolstilgangen.

11.3.4 Rettsgebyr

Rettsgebyrloven fastsetter at den som begjærer saken fremmet må betale et gebyr.²⁹⁰ Et gebyr for å bruke domstolene til tvisteløsning kan medføre at noen ikke har råd til å gå til sak. I rettsgebyrloven er det gjort unntak fra plikten til å betale rettsgebyr i saker som gjelder arbeidsforhold hvor

²⁸⁴ Miljøvirkningsdirektivet art. 11 (4), jf. art. 1 (1).

²⁸⁵ C-260/11 *Edwards* avsn. 33. Saken er avgjort etter direktiv 85/337, men har fortsatt relevans ettersom miljøvirkningsdirektivet er ment å videreføre det tidligere direktivet, jf. fortalens punkt 1 og art. 14.

²⁸⁶ Miljøvirkningsdirektivets fortale punkt 21 og C-167/17 *Volkmar Klohn* avsn. 31. Miljøvirkningsdirektivet art. 11 (4) tilsvarer Århuskonvensjonen art. 10 (4).

²⁸⁷ C-470/16 *Maura Sheehy m.fl.* avsn. 60

²⁸⁸ C-167/17 *Volkmar Klohn* avsn. 35 og C-260/11 *Edwards* avsn. 40.

²⁸⁹ C-260/11 *Edwards* avsn. 40.

²⁹⁰ Lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr («rettsgebyrloven») § 2 (1)

arbeidstaker reiser sak mot arbeidsgiver.²⁹¹ Unntaket kommer ikke til anvendelse dersom arbeidstaker går til søksmål mot en solidaransvarlig for å få utbetalt utestående lønn og feriepenger, ettersom en slik sak ikke rettes «mot arbeidsgiver». Etter rettshjelploven § 25 kan det gis fri rettshjelp for betaling av rettsgebyret.

Charteret artikkel 47 og EMK artikkel 6 (1) oppstiller en rett til adgang til domstolene, noe som setter grenser for størrelsen på de økonomiske hindre for domstoltilgangen.²⁹² EU-domstolens praksis er knapp.²⁹³ Ettersom Charteret minst skal tilsvare praktiseringen av EMK, vil EMDs praksis uansett være førende.

Etter EMDs praksis må begrensninger i domstoladgangen være hjemlet i lov, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig.²⁹⁴ Et legitimt formål er domstolens administrasjon, som omfatter å ta betaling for å benytte domstolene.²⁹⁵ Etter fast praksis utgjør ikke ileggelsen av rettsgebyr et brudd på EMK artikkel 6 (1).²⁹⁶ Det kan diskuteres prinsipielt om domstoladgang skal være gratis, men EMDs praksis er fast.²⁹⁷ Unntaket er om beløpet er så høyt at det hindrer domstoltilgangen.²⁹⁸ Beløpene EMD har funnet å være tilstrekkelig høye, er mange ganger

²⁹¹ Rettsgebyrloven § 10 (1) nr. 10

²⁹² C-260/11 *Edwards* avsn. 33, *Baka mot Ungarn* avsn. 120 og *Greguric mot Kroatia* avsn. 33.

²⁹³ FRA (2016) side 117–119. Se også vurderingen av EU-rettens regulering av sakskostnadskrav i punkt 11.3.3.

²⁹⁴ Først oppstilt i *Ashingdane mot Storbritannia* avsn. 57. Se også *Baka mot Ungarn* avsn. 120.

²⁹⁵ *Kreuz mot Polen* avsn. 59 og *Weissman og andre mot Romania* avsn. 35.

²⁹⁶ Se *Harrison McKee mot Ungarn* avsn. 22 og *Stankov mot Bulgaria* avsn. 52.

²⁹⁷ Se eksempelvis sårmerknaden til dommerne Spielmann, Rozakis og Maliverni i *Urbanek mot Østerrike* avsn. 1: «the requirement to pay fees to civil courts in connection with claims they are asked to determine cannot be regarded as a restriction on the right of access to a court that is incompatible per se with Article 6 § 1 of the Convention (...) I am personally of a different opinion. As a matter of principle, access to courts should be free of charge because the administration of justice is a public service.»

²⁹⁸ *Harrison McKee mot Ungarn* avsn. 25 og *Weissman og andre mot Romania* avsn. 38–44.

høyere enn gebyrene for norske forlikråd og domstoler.²⁹⁹ De norske beløpene er på henholdsvis 1379 og 5995 kroner.³⁰⁰ Det norske rettsgebyret er derfor ikke i strid med EMK artikkel 6 (1).

11.3.5 Øvrige utgifter

Ved gjennomføring av en retts sak påløper også andre utgifter, særlig for personer som ikke bor i Norge. For eksempel kostnader til reise og overnatting, noe retts hjelpsordningen ikke tar høyde for. I tillegg kommer oversettelse av dokumenter og tolk.

Domstolene kan pålegge personlig møteplikt for en utsendt arbeidstaker som er part i en sak.³⁰¹ Brudd på fastsatt personlig møteplikt er belagt med straffeansvar,³⁰² og kan medføre at saken avvises.³⁰³ Unntaket er hvis parten har gyldig fravær.³⁰⁴ Personlig møteplikt pålegges dersom motparten begjærer det eller hvis «retten finner det nødvendig at parten deltar.»³⁰⁵ I vurderingen av om det er «nødvendig» at parten deltar, må hensynet til sakens opplysning veies opp mot den byrden det medfører

²⁹⁹ Se til sammenligning *Harrison McKee mot Ungarn* hvor EMD fant at et rettsgebyr på ca. 3000 euro ikke utgjorde et brudd på EMK art. 6 (1), se dommens avsn. 33–35. I *Weissman og andre mot Romania* fant EMD brudd på EMK art. 6 (1) når det var oppkrevd 323 264 euro i rettsgebyr, se dommens avsn. 38–44.

³⁰⁰ En dag i tingretten koster fem ganger rettsgebyret, jf. rettsgebyrloven § 8 (1) 1. Rettsgebyret er per 13. januar 2021 på 1199 kroner, jf. forskrift 15. februar 1983 nr. 86 (rettsgebyrforskriften) § 2-1. Behandling i Forlikrådet koster 1,15 ganger rettsgebyret, jf. rettsgebyrloven § 7 (1). Dersom det gis dom i den utsendte arbeidstakerens favør må det også betales et gebyr på 1,7 ganger rettsgebyret for å få kravet tvangsinnrevet, jf. rettsgebyrloven § 14 (1).

³⁰¹ Tvl. § 23-1 (1), se også Schei m.fl. (2013) til § 23-1 2. pkt.

³⁰² Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene («domstolloven») § 210

³⁰³ Tvl. § 16-9 og § 16-8 (3). Dersom parten ikke er ilagt personlig møteplikt, kan prosessfullmektig møte uten at det medfører fravær i saken, se Schei m.fl. (2013) til § 23-1 pkt. 2.

³⁰⁴ Tvl. § 23-1 (1), jf. § 13-4. Etter forarbeidene kan gyldig fravær være sykdom som forhindrer parten fra å møte i retten, eller tungtveiende velferdsgrunner. At vedkommende må arbeide utgjør ikke et gyldig forfall, jf. NOU 2001:32 B side 849. Dette har sammenheng med at hensyn til riktig og fullstendig opplysning i saken gjør det viktig at partene deltar i rettsmøter, se NOU 2001:32 B side 966 og i samme retning Schei m.fl. (2013) til § 23-1 pkt. 4 og Robberstad (2018) side 164.

³⁰⁵ Tvl. § 23-1 (1) 2.p.

for parten.³⁰⁶ Det heter i forarbeidene at det «som regel [er] viktig at partene deltar i rettsmøter»,³⁰⁷ slik at utgangspunktet må antas å være at den som er part i en retts sak må møte opp under hovedforhandlingen. Dersom det er fastsatt personlig møteplikt, kan parten begjære fritak.³⁰⁸ Det kan derfor påløpe utgifter til reise og opphold i Norge ved å anlegge en sak for norske domstoler.

Tolk benyttes dersom en av partene ikke kan hverken norsk eller engelsk.³⁰⁹ Tolk dekkes dersom retten finner det nødvendig, og den aktuelle parten enten er norsk statsborger eller utenlandske statsborger med fast bopel i Norge.³¹⁰ Det betyr at utsendte arbeidstakere ikke vil få slike utgifter dekket. Videre må prosesskriv og bevis inngis på norsk eller engelsk.³¹¹ Kostnader til oversettelse fra et annet fremmed språk vil normalt heller ikke dekkes.³¹²

Direktiv 2003/8/EF («*rettskjeldsdirrektivet*») har som formål å fremme tilgang til retts hjelp i grenseoverskridende tvister for dem som ikke har nødvendige midler,³¹³ og følger opp Charteret artikkel 47 (3).³¹⁴ Direktivet er ikke inntatt i EØS-avtalen. Etter direktivet skal en part få dekket utgifter til tolkning, oversettelse til språket i staten hvor saken føres

³⁰⁶ Schei m.fl. (2013) til § 23-1 pkt. 4.

³⁰⁷ NOU 2001:32 B side 966

³⁰⁸ Tvl. § 23-1 (1) 3.p. Det kreves at vilkårene for fjernavhør er tilstede og at det ikke er «tilstrekkelig grunn» til at parten skal være til stede under hovedforhandlingen. Avgjørelsen er altså skjønsmessig og beror på behovet for at parten er tilstede, se videre i Schei m.fl. (2013) til § 23-1 pkt. 5. Vil kårerne for fjernavhør er at direkte avhør enten ikke lar seg gjennomføre eller at det vil være «spesielt byrdefullt eller kostnads krevende» å møte opp, jf. tvl. § 21-10 (1) 1.p. Det siste alternativet vil være aktuelt for utsendte arbeidstakere. Også denne avgjørelsen er skjønsmessig, men fjernavhør ikke bør foretas «om forklaringen kan være særlig viktig, eller hvor andre forhold gjør det betenkelig», jf. tvl. § 21-10 (1) 2.p.

³⁰⁹ Domstol loven § 135 tilsier at tolk skal benyttes om en av partene ikke kan norsk. I dag kan det godtas at saker i stedet føres på engelsk, se HR-2015-2195-U premiss 8 og HR-2018-1887-U premiss 26.

³¹⁰ Domstol loven § 135, jf. G-1988-113 § 1 (1)

³¹¹ Domstol loven § 136 (1) 1.p. Inngivelse på engelsk er antagelig tilstrekkelig, jf. domstol loven § 136 (1) 3.p.

³¹² G-1988-113 § 2 (1), jf. § 1 (1).

³¹³ Retts hjelp dirrektivets fortale punkt 5

³¹⁴ Retts hjelp dirrektivets fortale punkt 5

av de nødvendige dokumenter parten ønsker å fremlegge som bevis, og reiseutgifter når fysisk oppmøte er påkrevd.³¹⁵ Rettshjelpsdirektivet kan dekke utgifter som tilsynelatende går utover angivelsen, ettersom EU-domstolen i *Jan Salplachta* fant at direktivet dekker kostnadene til oversettelse av dokumenter til en rettshjelpssøknad.³¹⁶ EU-domstolen uttalte i saken at rettshjelpsdirektivet skal sikre at den reelle adgangen til domstolene ikke hindres av at en part mangler økonomiske midler eller har utfordringer som følge av sakens grenseoverskridende karakter, herunder språkbarrierer.³¹⁷

Mange saker vedrørende utsendte arbeidstakere vil kunne kvalifisere til bistand etter rettshjelpsdirektivet, noe som medfører at arbeidstakere som utsendtes til Norge stilles i en dårligere situasjon hva angår håndhevelsesmuligheter enn utsendte arbeidstakere til eksempelvis Sverige og Finland.³¹⁸ Ved å se håndhevingsdirektivet i sammenheng med rettshjelpsdirektivet, oppstiller EU en mer helhetlig regulering av domstoltilgang, som på mange måter tilgodeser de utfordringene utsendte arbeidstakere har.

Samlet sett har utsendte arbeidstakere begrenset tilgang til økonomiske støtteordninger i forbindelse med rettssaker i Norge. Som jeg vil vise i punkt 11.4.4 er utsendte arbeidstakere sjeldent organiserte i norske fagforeninger, noe som medfører at de sjeldent vil ha mulighet til å få bistand på denne måten. Sett i sammenheng viser vurderingene i punkt 11.3 at utsendte arbeidstakere har en stor prosessrisiko ved anleggelse av søksmål i Norge, særlig fordi deres saker som hovedregel ikke omfattes av fri rettshjelpsordningen. Kostnadene må antas å hindre at utsendte arbeidstakere håndhever sine rettigheter i Norge.

³¹⁵ Rettshjelpsdirektivet art. 7

³¹⁶ C-670/15 *Jan Salplachta* avsn. 47. Saken gjaldt en tsjekkisk arbeidstaker som var involvert i rettssak for tyske domstoler etter å ha arbeidet i Tyskland for en tysk arbeidsgiver.

³¹⁷ C-670/15 *Jan Salplachta* avsn. 26 og 27.

³¹⁸ Danmark har tatt forbehold for direktivet, jf. rettshjelpsdirektivets fortale punkt 34.

11.4 Fagforeningers adgang til å engasjere seg i søksmål

11.4.1 Innledning

Fagforeninger er kollektive interessegrupper og bygger på en tanke om at arbeidstakere står sterkere sammen enn alene.³¹⁹ Avhandlingen til nå har vist at søksmål er den eneste aktuelle håndhevingsmulighet i Norge og at det kan være en dyr prosess. I praksis går utsendte arbeidstakere sjeldent til domstolene.³²⁰ Muligheten for bistand fra fagforeninger er derfor viktig.

Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3) fastsetter at fagforeninger skal ha mulighet til å engasjere seg i saker på vegne av eller til støtte for utsendte arbeidstakere:

«Member States shall ensure that trade unions and other third parties, such as associations, organisations and other legal entities which have,

³¹⁹ Se for eksempel definisjonen på fagforening i lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister («*arbeidstvistloven*») § 1 (c).

³²⁰ Det er få saker både for EU-domstolen og norske domstoler som fremmes av utsendte arbeidstakere. Jeg har klart å finne fire saker som EU-domstolen har fått forelagt hvor det er utsendte arbeidstakere eller deres representanter som har anlagt søksmål for nasjonale domstoler. Saken C-815/18 *FNV* var anlagt av en nederlandsk fagforening, og gjaldt spørsmål om utsendte arbeidstakere i transportsektoren skulle omfattes av en tariffavtale. C-18/17 *Danieli* har sitt opphav i et søksmål fra seks utsendte arbeidstakere og selskapet som ønsket å utsende dem til Østerrike. Saken C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* gjaldt et søksmål som en fagforening reiste på vegne av utsendte arbeidstakere. I C-60/03 *Wolff & Müller* var det en portugisisk arbeidstaker utsendt til Tyskland uten rett til lønnskrav mot *Wolff & Müller*, og påsto at selskapet var solidarisk ansvarlig med hans arbeidsgiver. C-341/05 *Laval* og C-438/05 *Viking* kan også nevnes fordi uenigheter mellom fagforeninger og arbeidsgivere var opphav for sakene, men det var i begge sakene arbeidsgiverne som gikk til søksmål mot fagforeningene. Fra norske domstoler har jeg funnet to saker om utsendte arbeidstakere fra EØS. Saken TOSLO-2009-46672 angikk rett til lønn i henhold til allmenngjort tariff for byggeplasser for to litauiske arbeidstakere. LA-2007-17477 gjaldt spørsmålet om verneting i Norge for et søksmål om oppsigelse fra en nederlandsk statsborger som var ansatt i et kanadisk konsern med arbeidsted blant annet i Norge og Skottland. Disse seks sakene kan gi et skjevt bilde, ettersom EU-domstolen behandler et begrenset antall saker og ikke all underrettspraksis fra norske domstoler er enkelt tilgjengelig. At det er få saker for domstolene sammenfaller med LOs erfaring om at de sakene løses gjennom forhandlinger, slik jeg fikk opplyst i møte med Jonas Bals, rådgiver i LO, 3. september 2020, Oslo.

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 with the objective of implementing this Directive and Directive 96/71/EC and/or enforcing the obligations under this Directive and Directive 96/71/EC.»

Håndhevingsdirektivet viser til at «third parties» kan engasjere seg. I Norge er det mest aktuelt at fagforeninger bistår, så den videre behandlingen vil begrenses til dette. Direktivet legger videre opp til at tredjeparter kan engasjere seg både for domstolene og i forvaltningen. En fagforening kan tipse Arbeidstilsynet, men dette er ikke gjenstand for særlig regulering. Den videre behandlingen begrenses derfor til fagforeningers mulighet til å engasjere seg i søksmål.

Håndhevingsdirektivets artikkel 11 (3) fastsetter to måter en fagforening kan engasjere seg på: «on behalf or in support of». I norsk sivilprosess kan fagforeninger ta ut to typer søksmål på vegne av andre: representative søksmål etter tvisteloven § 1-4 og gruppesøksmål etter tvisteloven kapittel 35. En fagforenings mulighet til å være partshjelp vil tilsvare det å engasjere seg til støtte for en utsendt arbeidstaker i en retts-sak. I tillegg til disse tre måtene å bistå i rettsaker, kan også fagforeninger bistå gjennom forhandlinger, ved å stille med prosessfullmektig, betale for saken eller selv ta ut søksmål.

I det følgende vil jeg i punkt 11.4.2 redegjøre for hvilke krav håndhevingsdirektivet stiller til at fagforeninger skal kunne engasjere seg. Norsk rett stiller krav til at fagforeninger må ha partsevne for å delta i rettslige prosesser og dette behandles i punkt 11.4.3. Så går jeg over til behandlingen av om norsk rett gir fagforeninger mulighet til å engasjere seg slik håndhevingsdirektivet krever. De tre aktuelle formene for engasjement er representative søksmål, gruppesøksmål og partshjelp, som vil behandles i henholdsvis punkt 11.4.4, punkt 11.4.5 og punkt 11.4.6.

11.4.2 Håndhevingsdirektivets krav til fagforeningers engasjement

Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3) viser til at fagforeningen, i tråd med nasjonal lovgivning, må ha en «legitimate interest» i å sikre overholdelsen av håndhevingsdirektivet og utsendingsdirektivet for å kunne engasjere seg i saken. Kravet tilsier at det må være en sammenheng mellom fagforeningens arbeid og overholdelsen av utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet. Ordet «legitimate» kan i tillegg bety dette må underbygges gjennom foreningens vedtekter eller arbeid. Henvisningen til «criteria laid down under national law» medfører at søksmålsadgangen beror på nasjonal rett. Medlemsstatene kan på denne måten begrense hvilke fagforeninger som ansees å ha en slik tilknytning til en sak at de kan engasjere seg i en rettslig prosess.

I Norge er fagforeningers mulighet til å engasjere seg i saker begrenset gjennom krav til partsevne og rettslig interesse etter henholdsvis tvisteloven § 2-1 og § 1-4. Sistnevnte bestemmelse henviser til tvisteloven § 1-3, hvoretter den som ønsker å anlegge søksmål også må ha tilstrekkelig tilknytning til kravet, et reelt behov for å få kravet avgjort og kravet må være et rettskrav. Vilkårene om rettskrav og reelt behov relaterer seg til kravet som fremmes og tidspunktet det fremmes på. Disse kravene vedrører ikke fagforeningens tilknytning til de utsendte arbeidstakerne og vil ikke behandles videre. Tilknytningskravet er noe ulikt for representative søksmål, gruppesøksmål og partshjelp, og vil derfor behandles i vurderingen av disse prosessformene.

Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3) krever at den utsendte arbeidstakeren gir en «approval» for at fagforeningen engasjerer seg. Det betyr at en fagforening bare kan engasjere seg om den utsendte arbeidstakeren ønsker det. Disposisjonsprinsippet, som blant annet innebærer at det er

parten i saken som skal bestemme om det skal anlegges søksmål og hva søksmålet skal omfatte, er derfor overholdt.³²¹

Etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3) er det to typer engasjement: «on behalf or in support the posted workers». Ordlyden «or» tilsier at de er alternative, slik at medlemsstatenes forpliktelse etter direktivet er oppfylt dersom ett av alternativene sikres. I artikkel 11 (4) bokstav c er det imidlertid inntatt et forbehold, slik at det i praksis ikke får betydning om de to engasjeringsmulighetene er alternative:

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

Forbeholdet tilsier at det er medlemsstatenes regler om deltakelse i rettsaker er avgjørende, noe som samsvarer med det EØS-rettslige utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi.³²² EU-domstolen fortolkningsdom *Sähköalojen ammattiliitto* trekker i samme retning. I saken, som riktig nok er fra før håndhevingsdirektivet, fant EU-domstolen at en finsk fagforening hadde adgang til å ta ut representative søksmål på vegne av utsendte arbeidstakere. Sakens resultat ble langt på vei avgjort ved at det i finsk rett forelå en slik mulighet. Saken angikk 186 polske arbeidstakere som var utsendt til Finland. De mente at arbeidsgiver ikke utbetalte minstelønnen de hadde krav på og samtlige overdro kravene sine til fagforeningen for at fagforeningen skulle inndrive kravene. Fagforeningen

³²¹ Disposisjonsprinsippet er et grunnleggende krav i norsk sivilprosess, se Backer (2015) side 91 og Hov (2019) side 53. Høyesterett behandler prinsippet forutsetningsvis i Rt-2001-1006 side 1015. ASD viste til disposisjonsprinsippet ved opphevingen av fagforeningers selvstendige søksmålsrett i innleietilfeller. Fagforeninger hadde mellom juli 2013 og 2015 rett til å ta ut søksmål i eget navn om lovligheten av innleie av arbeidstakere fra bemanningsforetak, se lov 14. juni 2013 nr. 32 til aml. § 17-1 (5). Regelen ga fagforeninger rett til å reise sak uavhengig av kravet til partstilknytning i tvisteloven § 1-4, jf. § 1-3. Bestemmelsen ble opphevet ved lov 24. april 2015 nr. 21 til aml. § 17-1 (5). Flere av de største fagforeningene var imot dette, men departementet la avgjørende vekt på at regelen brøt med de alminnelige reglene om søksmålsinteresse og av hensyn til grunnleggende sivilprosessuelle prinsipper om kontradiksjon, og disposisjon- og forhandlingsprinsippet, se Prop.48 L (2014–2015) side 60. Disse innsigelsene gjør seg derfor ikke gjeldende for denne avhandlingen.

³²² E-11/12 *Koch m.fl.* avsn. 121.

anla to søksmål med påstand om at arbeidsgiveren var pliktig til å betale dem beløpet de var skyldig arbeidstakerne. Arbeidsgiver påsto at sakene måtte avvises fordi det etter polsk rett var forbudt å overdra krav i arbeidsforhold og at fagforeningen derfor ikke hadde søksmålskompetanse på vegne av arbeidstakerne. EU-domstolen viste til at det er rettsreglene i staten hvor saken føres som skal anvendes, at fagforeninger etter finsk rett kunne ta ut søksmål på vegne av utsendte arbeidstakere, og at de kunne overta krav med henblikk på inndrivelse.³²³ EU-domstolen fant støtte for tolkningen i Charteret artikkel 47. Avgjørelsen samsvarer med utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi.

Det er tilsynelatende motstrid mellom artikkel 11 (1) tredje ledd og fjerde ledd. Forbeholdet i fjerde ledd tilsier at nasjonal prosessrett er førende og ikke skal påvirkes av håndhevingsdirektivet. I tredje ledd står det motsetningsvis at «[m]embers states *shall* ensure that trade unions» har muligheter for engasjement.³²⁴ For å avveie to tilsynelatende motstridende bestemmelser, er én mulig løsning å tolke forbeholdet i fjerde ledd innskrenkende. Håndhevingsdirektivets formål om å styrke rettighetene til utsendte arbeidstakere taler for å tolke forbeholdet innskrenkende.³²⁵ Det samme gjør Kommisjonens uttalelse i et forarbeid fra 2012, hvor det påpekes at utsendte arbeidstakers sårbarhet vis-à-vis arbeidsgiver kan avbøtes ved å involvere fagforeninger.³²⁶ Ettersom formålet til et direktiv har betydning ved fortolkningen,³²⁷ er det nærliggende å konkludere med at håndhevingsdirektivet krever at nasjonal rett gir fagforeninger en eller annen mulighet til å engasjere seg i rettssaker. Norsk rett muliggjør slikt engasjement gjennom retten til representative søksmål, gruppesøksmål og partshjelp, så betydningen av forbeholdet kommer ikke på spissen.

³²³ C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* avsn. 20 og 24.

³²⁴ Min kursivering

³²⁵ Håndhevingsdirektivets fortale punktene 16 og 34. EU-domstolen har uttalt at fortalene ikke kan benyttes for å tolke en bestemmelse «in a manner clearly contrary to their wording», jf. C-345/13 *Karen Millen Fashions* avsn. 31 og C-287/17 *Česká pojišťovna* avsn. 33. En innskrenkende tolkning dekkes av bestemmelsens ordlyd.

³²⁶ SWD(2012) 63 final side 33

³²⁷ Se f.eks. C-717/18 *X* avsn. 21 og Riesenhuber (2017) side 249 flg.

Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3) viser til at fagforeninger skal kunne engasjere seg i rettslige prosesser «with the objective of implementing this Directive and Directive 96/71/EC and/or enforcing the obligations under this Directive and Directive 96/71/EC.» Direktivet oppstiller dermed både et krav og en begrensning for hvilke saker en fagforening skal kunne engasjere seg i. I punkt 11.4.4 vil jeg vise at fagforeningers mulighet til å ta ut representative søksmål etter tvisteloven § 1-4 avhenger av innholdet av kravet som fremmes. Det samme er ikke tilfellet for gruppeprosess og partshjelp.

Utover de kravene som nå er gjennomgått oppstiller ikke håndhevingsdirektivet krav til hvordan fagforeninger skal kunne engasjere seg. Utgangspunktet for den videre vurderingen er derfor tvisteloven.³²⁸

11.4.3 Krav til partsevne

Norsk rett fastsetter som nevnt krav til hvilke fagforeninger som kan delta i rettslige prosesser gjennom krav til partsevne og rettslig interesse. I det følgende er tema hvilke fagforeninger som har partsevne, forholdet til den kollektive arbeidsrettens forståelse av fagforeninger, og forholdet til EMK og Charteret.

Arbeidstvistloven § 1 bokstav c definerer «fagforening» som «enhver sammenslutning av arbeidstakere eller av arbeidstakeres foreninger som har til formål å ivareta arbeidstakernes interesser overfor deres arbeidsgivere.» Legaldefinisjonen oppstiller ingen organisatoriske krav eller krav til antall medlemmer. Sammenslutninger som er små og/eller

³²⁸ Arbeidsmiljøloven har ikke egne regler om fagforeningers rett til å reise søksmål. I den kollektive arbeidsretten er det egne søksmålsregler i arbeidstvistloven hvor hovedregelen er at fagforeningen som er part i tariffavtalen kan gå til søksmål, jf. arbeidstvistloven § 35. Det gjelder også for Arbeidsretten et krav til rettslig interesse, men vurderingen er ikke nødvendigvis den samme som i tvisteloven, se ARD-1991-16 side 35–36.

løst organiserte kan være «fagforeninger»,³²⁹ selv om det vil være en nedre grense.³³⁰

Definisjonen i arbeidstvistloven tilsvarer langt på vei forståelsen lagt til grunn av EMD. Charteret artikkel 12 (1) tilsvarer EMK artikkel 11,³³¹ og skal minst gi samme vern.³³² EU-domstolen har ikke tatt stilling til hvilke type organisasjoner som kan være fagforeninger.³³³ En alminnelig ordlydsfortolkning av EMK artikkel 11 (1) tilsier at bestemmelsen omfatter organisasjoner som arbeider for arbeidstakernes felles interesser.³³⁴ EMD har ikke oppstilt en definisjon av «trade union»,³³⁵ men har i rettspraksis forstått foreningsfriheten som en del av organisasjonsretten.³³⁶ Sistnevnte omfatter retten til å etablere «a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest».³³⁷ Etter EMDs forståelse må en fagforening derfor bestå av mer enn én person.³³⁸

Vurderingen av om en fagforeninger har partsevne etter tvisteloven § 2-1 (2), gjøres etter en «samlet vurdering» hvor det særlig skal legges vekt på organisasjonsformen, utad representasjon, formalisering av medlemskap, egne midler, sammenslutningens formål og hva søksmålet

³²⁹ NOU 2001:14 punkt 4.7.2 og ARD-1953-81 side 83.

³³⁰ Arbeidsretten har uttalt at «det vil være en grense for hvor løst organisert en sammenslutning kan være for at den skal kunne anses som en fagforening i lovens forstand», jf. ARD-2011-206 avsn. 55. Sundet (2018) viser til at sammenslutningen må kunne ivareta arbeidstakernes interesser overfor arbeidsgiver, se Sundet (2018) side 120.

³³¹ Forklaringen side 22

³³² Charteret art. 52 (3)

³³³ Utgangspunktet er at EU ikke har kompetanse til å regulere kollektive arbeidsrettigheter, jf. TEUV art. 153 (5). Dette var også presumpsjonen ved inngåelsen av EØS-avtalen, se NOU 2012:2 side 443. Det er klart forutsatt i håndhevingsdirektivet art. 1 (2) at direktivet «shall not affect in any way» arbeidstakeres grunnleggende rettigheter som streik, forhandling, inngåelse av kollektive avtaler eller retten til å treffe kollektive tiltak etter nasjonal lovgivning/praksis, slik disse rettene følger av medlemsstatene og på unionsnivå. Tilsvarende fastsettes i nytt ledd i artikkel 1 i utsendingsdirektivet, jf. det reviderte utsendingsdirektivet art. 1 (b).

³³⁴ Se i samme retning Høstmælingen (2012) side 277.

³³⁵ Van Hiel (2013) side 288

³³⁶ *Sigurður A. Sigurjónsson mot Island* avsn. 32 og *Demir og Baykara mot Tyrkia* avsn. 109.

³³⁷ *Gorzelik and Others mot Polen* avsn. 88

³³⁸ Se i samme retning *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEF) mot Storbritannia* avsn. 39 og Tomuschat (1993) side 493.

gjelder. Hovedorganisasjonene og de enkelte fagforbund vil normalt ha partsevne, mens løseligere organiserte foreninger kan få problemer med å oppfylle kravet.³³⁹ Det er dermed ikke gitt at alle sammenslutninger som utgjør en «fagforening» i den kollektive arbeidsretten, og etter EMK og Charteret, har partsevne etter tvisteloven.

Utgangspunktet er at fagforeninger som omfattes av fagforeningsbegrepet i arbeidstvistloven har partsevne etter tvisteloven § 2-1,³⁴⁰ men forskjellene kommer på spissen i særlig to tilfeller. Det første tilfellet er at ad hoc-lignende sammenslutninger etter Arbeidsrettens praksis omfattes av fagforeningsbegrepet,³⁴¹ men som hovedregel ikke har partsevne etter tvisteloven § 2-1.³⁴² Forskjellen kan forklares med at Arbeidsretten har andre prosessregler enn tvistelovens fordi det som hovedregel bare er partene til tariffavtalen som har søksmålsrett.³⁴³ Dersom en ad hoc-forening er part i en tariffavtale, må denne foreningen kunne ta ut sak for Arbeidsretten i en rettsvist.

Det andre tilfellet er at husforeninger kan få problemer med å ha partsevne. Husforeninger er fagforeninger som ikke er tilknyttet større organisasjonsstrukturer.³⁴⁴ Problemet vil nok ikke oppstå i praksis, ettersom husforeninger antageligvis ikke har tilstrekkelige ressurser til å føre et søksmål for domstolene. Fagforeningenes styrke ligger nettopp i at medlemskontingenten fra mange medlemmer nyttes til å bistå de (få) som kommer i rettslige konflikter.

Tvistelovens krav til partsevne omfatter i praksis de fagforeningene som er aktuelle til å engasjere seg i rettslige prosesser. Likevel viser forskjellen i forståelsen mellom tvisteloven på den ene siden, og i den kollektive arbeidsretten, EMD og Charteret på den andre siden, at det kan finnes fagforeninger som ikke gis mulighet til å engasjere seg for

³³⁹ Rt-1998-1496 side 1501, HR-2010-381-U premiss 6 og Prop.83 L (2012–2013) side 13.

³⁴⁰ Prop.83 L (2012–2013) side 14.

³⁴¹ ARD-1953-81 side 83.

³⁴² Rt-1998-1496 og HR-2003-372-A («SRØ») premiss 29. Se også NOU 2001:32 B side 656.

³⁴³ Arbeidstvistloven § 35, og videre i Storeng m.fl. (2020) side 726 og Fougner m.fl. (2004) side 437–438. Arbeidstvistloven § 35 viderefører arbeidstvistloven 1927 § 8, jf. Prop.134 L (2010–2011), slik at presentasjonen i Fougner m.fl. fortsatt er dekkende.

³⁴⁴ Fougner m.fl. (2004) side 20

domstolene. Dette til tross for at medlemmene har valgt å beskytte sine interesser gjennom deltakelse i en slik forening. I verste fall fører skillet til at de aktuelle utsendte arbeidstakerne ikke får den bistanden de kunne fått.

11.4.4 Representative søksmål

Hovedregelen i norsk rett er at innehaveren av et krav kan gå til domstolene for å få dom for kravet.³⁴⁵ Det betyr at en fagforening kan ta ut søksmål om egne rettigheter og plikter,³⁴⁶ men at den ikke har generell adgang til å ta ut søksmål for medlemmenes krav. Vurderingen i det følgende er hvilken adgang fagforeninger har til å ta ut søksmål på vegne av sine medlemmer. Dette kalles representative søksmål, og reguleres av tvisteloven § 1-4.

Søksmål etter tvisteloven § 1-4 er kun bindende for partene i saken.³⁴⁷ Dersom en fagforening skulle fått dom for et krav på vegne av et eller flere medlemmer, så vil ikke denne dommen være rettskraftig for medlemmene. Dersom medlemmene går til søksmål mot samme arbeidsgiver og forsøker å få dom for samme krav, vil domstolen anse dette for å være et nytt krav fordi saken har andre parter. Den avsagte dommen får dermed ikke rettsvirkninger for den nye saken. I forarbeidene til tvisteloven heter det imidlertid at innsigelser vedrørende rettskraft vil være en formell heller enn en reell innvending ettersom «[e]n dom i organisasjonens favør vil en motpart vanskelig kunne se bort fra på den måten at han ikke respekterer dommen overfor de enkeltpersoner organisasjonen representerer.»³⁴⁸ En avsagt dom kan også lette forhandlingene i senere

³⁴⁵ Rt-1989-338 side 341 og HR-2006-393-U premiss 16. Avgjørelsen er avsagt etter lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål («*tvistemålsloven*»), men bestemmelsene om rettslig interesse i tvisteloven må forstås i lys av rettspraksis tilknyttet tvistemålsloven, jf. NOU 2001:32 B side 652 og Schei m.fl. (2013) til § 1-3, pkt. 1.1. Se også Robberstad (2018) side 109 og Backer (2015) side 229.

³⁴⁶ Robberstad (2018) side 115

³⁴⁷ Tvl. § 19-15 (1) 1.p, se omtale i Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 156 og Robberstad (2018) side 393.

³⁴⁸ NOU 2001:32 A side 489

saker. En fastsettelsesdom³⁴⁹ vil derfor i praksis kunne få betydning for andre enn partene.

Etter tvisteloven § 1-4 tar vurderingen av om en fagforening kan ta ut søksmål for krav på vegne av medlemmene utgangspunkt i foreningens formål. Spørsmålet er om fagforeningens virkeområde gjør det rimelig at nettopp denne organisasjonen engasjerer seg.³⁵⁰ Det avgjørende er gjerne om den aktuelle organisasjonen er tilstrekkelig representativ.³⁵¹ Tvisteloven § 1-4 viser til § 1-3, og vurderingene går ofte over i hverandre.³⁵² Et relevant eksempel på vurderingen fremgår av LB-2017-11661.³⁵³ Lagmannsretten uttalte at Norsk Tjenestemannslag (NTL) var den største fagforeningen i departementet og den ble ansett som «tilstrekkelig representativ til å ivareta de hensyn som søksmålet skal fremme». Såfremt den aktuelle fagforeningen har tilstrekkelig mengde medlemmer som berøres, vil antagelig fagforeningen oppfylle kravet i tvisteloven § 1-4 (1). Et krav om at fagforeningen organiserer de aktuelle arbeidstakerne fremgår også forutsetningsvis av Rt-2001-1505 («VAF»)³⁵⁴. Samme synspunkt er anlagt i juridisk teori.³⁵⁵ Det må derfor legges til grunn at de aktuelle utsendte

³⁴⁹ Formålet med slike saker er å få fastsatt at regelverket er brutt, derav betegnelsen «fastsettelsesdom». Se Robberstad (2018) side 51 og Backer (2015) side 75.

³⁵⁰ HR-2003-372-A («SRØ») premiss 43. Dommen er avgjort etter tvistemålsloven, men har fortsatt relevans, jf. NOU 2001:32 B side 652 og Schei m.fl. (2013) til § 1-3, pkt. 1.1.

³⁵¹ Rt-1990-874 side 879 («Fusa-dommen») og LG-2006-9077. Sakene har fortsatt relevans selv om de er avsagt etter tvistemålsloven, se over.

³⁵² Robberstad (2018) side 105, Schei m.fl. (2013) til § 1-3, pkt. 1.1 og Backer (1984) side 25 og 26.

³⁵³ Lagmannsrettens avgjørelser har ikke samme rettskildeværdi som Høyesteretts, se Eckhoff og Helgesen (2001) side 162. Anken i denne saken ble nektet fremmet for Høyesterett, jf. HR-2018-1370-U. Avgjørelsen fra Høyesteretts ankeutvalg er ubegrunnet, og ubegrunnede avgjørelser ankeutvalget har «begrenset rettskildeværdi», jf. HR-2009-1205-A avsn. 3. Lagmannsrettens avgjørelse i denne saken inngår imidlertid i fast og varig praksis fra domstolene, noe som medfører at det har noe mer vekt enn andre avgjørelser fra lagmannsrettene, se i denne retning Mestad (2019) side 94. Det er derfor relevant å se hen til avgjørelsen.

³⁵⁴ Se dommens side 1509: «VAF har ingen egen interesse i søksmålet, interessen er avledet av medlemmenes interesse. Jeg anser det imidlertid klart at foreningen i prinsippet må kunne håndheve medlemmenes felles interesser som arbeidstakere gjennom søksmål.»

³⁵⁵ Fremgår forutsetningsvis av Backer (2015) side 237 og 238 og Robberstad (2018) side 115–117.

arbeidstakerne må være medlemmer av fagforeningen for at søksmål etter tvisteloven § 1-4 skal være aktuelt.

Utsendte arbeidstakere, som alle andre arbeidstakere, har rett til å organisere seg i fagforeninger.³⁵⁶ Organisasjonsretten er vernet i Grunnloven § 101, EMK artikkel 11 og i Charteret artikkel 12.³⁵⁷ For utsendte arbeidstakere er det aktuelt å organisere seg både i hjemstaten og i vertsstaten. Normalt må den utsendte arbeidstakeren ha vært medlem før konflikten som utløste behovet for bistand inntraff.³⁵⁸ Prosessen og eventuelle vilkår for å bli medlem er ikke lovregulert, og beror i praksis på fagforeningenes vedtekter.³⁵⁹ Utsendte arbeidstakere er i liten grad organisert i Norge, noe som medfører at fagforeninger sjeldent vil kunne ta ut søksmål på vegne av dem etter tvisteloven § 1-4.

Etter EU-utvidelsen i 2004 har andelen uorganiserte foretak i Norge økt.³⁶⁰ Organisasjonsgraden er generelt lavere hos arbeidstakere som er nye på arbeidsplassen, blant midlertidig ansatte og for de som har deltidskontrakter.³⁶¹ Arbeidstakere fra øst- og sentraleuropeiske EU-medlemsstater, som er typiske avsenderstater, har ifølge Fafo den laveste organisasjonsgraden: 20 prosent i privat sektor i 2013.³⁶² Til sammenligning var den generelle fagforenings-

³⁵⁶ Om EMDs forbehold for tjenestemenn, se Van Drooghenbroech (2013) side 161 flg.

³⁵⁷ Retten fremgår også av andre internasjonale konvensjoner, herunder Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 22, Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter art. 8, Den reviderte europeiske sosialpakt art. 5 og Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) grunnleggende konvensjoner C087 og C098.

³⁵⁸ Bekreftes eksempelvis i LO (2020) side 1. En illustrerende omtale av fagforeningers bistand til ikke-medlemmer finnes i Alsos og Eldring (2014) side 21.

³⁵⁹ Sundet (2018) side 59

³⁶⁰ NOU 2012:2 side 445

³⁶¹ St.meld. nr. 29 (2010–2011) side 124 og Nergaard m.fl. (2015) side 103–104.

³⁶² Nergaard m.fl. (2015) side 102 og 103. Fafos undersøkelser av organisasjonsgraden i norsk arbeidsliv omfatter i hovedsak ikke utenlandske arbeidstakere med kort botid i Norge, se Nergaard (2018) side 23 og 24 og Nergaard (2020) side 20. Det som finnes av informasjon tilsier at utsendte arbeidstakere sjeldent organiserer seg i norsk fagbevegelse, se Weltzien (2016) side 185. Dette gjør at endelige tall er vanskelig å oppdrive.

dekningen i privat sektor i 2013 på 37 prosent.³⁶³ I Danmark var organisasjonsgraden på 2010-tallet på fem prosent for utenlandske og utsendte arbeidstakere.³⁶⁴

Det kan være flere grunner til at utsendte arbeidstakere ikke organiserer seg i Norge. En mulig årsak er at lønnsnivået i Norge oppleves som tilfredsstillende, selv om det er lavere enn minstelønna.³⁶⁵ En annen forklaring kan være at de mangler kunnskap om hvilke fagforeninger de kan organisere seg hos.³⁶⁶ Det er også mulig at noen utsendte arbeidstakere ikke organiserer seg av frykt for ugunstig behandling fra arbeidsgiver.³⁶⁷ Det må også tas i betraktning at de forutsetningsvis er i Norge i kort tid.

Det er imidlertid ikke nok at fagforeningen organiserer de aktuelle utsendte arbeidstakerne. Tvisteloven § 1-3 stiller krav til rettslig interesse, som er et krav til saksøkerens tilknytning til kravet. Det er hensiktsmessig å skille mellom to ulike kategorier av krav. Den første kategorien er krav som er i de utsendte arbeidstakernes felles interesse, for eksempel å få fastsettelsesdom for brudd på arbeidsmiljøregler. Den andre kategorien er individuelle krav, som kan være krav på lønn, feriepenger og eventuell erstatning for brudd på regelverket.

Som nevnt i punkt 11.4.2, krever håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3) at muligheten til å engasjere seg må foreligge i saker som angår utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet. For at håndhevingsdirektivet skal være riktig gjennomført, må fagforeninger kunne engasjere seg i alle søksmål som gjelder utsendte arbeidstakeres rettigheter. Vedrørende erstatningskrav, følger det allerede av forarbeidene til tvisteloven at slike

³⁶³ Nergaard (2014) side 12. Det er ikke nødvendigvis korrelasjon mellom reduksjonen i organisasjonsgrad i privatsektor og økt arbeidsinnvandring, se Nergaard m.fl. (2015) side 105–106. Jussbuss erfarer at mange av sine klienter ikke er fagorganiserte, enten fordi de ikke kjenner til hvilken fagforening de kan bli medlem av i Norge eller fordi de ikke ønsker å fagorganisere seg grunnet dårlig erfaring fra hjemstaten, se Jussbuss (2020) side 27.

³⁶⁴ SWD(2012) 63 final side 113

³⁶⁵ Ingelsrud (2019) side 13

³⁶⁶ Informasjonssituasjonen behandles i del II.

³⁶⁷ Blant de arbeidstakere som er ansatt av kriminelle aktører kan det forekomme grov og systematisk utnyttelse, se NTAES (2020) side 9 og 18.

krav ansees å være individuelle rettskrav som en fagforening ikke kan fremme.³⁶⁸

Sakene Rt-1986-1250 («*Diakonhjemmet Sosialhøgskole*») og LG-2006-9077 («*Norsk Fysioterapiforbund*») er eksempler på saker som gjelder krav som er i arbeidstakernes felles interesse. Resultatet i begge sakene var at de aktuelle fagforeningene hadde tilstrekkelig tilknytning for å få gå til søksmål. I *Diakonhjemmet Sosialhøgskole* gikk Norsk Tjenestemannslag og Norsk Sosionomforbund til sak for å få fastsatt om det var rettslig adgang til å spørre søkere til stillinger ved Diakonhjemmet Sosialhøgskole om deres trosforhold. Fagforbundene organiserte aktuelle søkere til fremtidige stillinger ved denne og andre livssynsinstitusjoner, og Høyesterett fant derfor at de hadde «berettiget interesse».³⁶⁹ I *Norsk Fysioterapiforbund* var spørsmålet om fagforeningen hadde den nødvendige tilknytning for å få fastsettelsesdom på at kommunens utlysning av driftstilskuddshjemler var i strid med avtaleverket mellom fagforeningen og Kommunenes Sentralforbund.³⁷⁰ Lagmannsretten vurderte om søksmålet «gjelder rettigheter og plikter for enkeltmedlemmer eller om søksmålet gjelder krav som er av mer generell karakter for organisasjonens medlemmer.»³⁷¹ Lagmannsretten anså saken for å ha en generell karakter, og la særlig vekt på at det var mer naturlig at søksmålet skulle skje gjennom en representativ organisasjon enn at den enkelte fysioterapeut først skulle inngå avtale med kommunen for så å bestride holdbarheten av avtalen. Begge sakene gjaldt altså krav som var i medlemmenes felles interesse.

Det er færre eksempler på saker hvor fagforeninger har prøvd å ta ut søksmål for å få dom for enkeltmedlemmers rettigheter og plikter, men to tilfeller er Rt-1989-218 («*Oljearbeidernes fellessammenslutning*») og

³⁶⁸ NOU 2001:32 A side 489. Uttalelsen knytter seg til tvistemålsloven, men har fortsatt relevant siden tvistemålslovens bestemmelser om rettslig interesse er ment videreført i tvisteloven §§1-3 og 1-4, se NOU 2001:32 B side 652 og Schei m.fl. (2013) til § 1-3, pkt. 1.1.

³⁶⁹ Rt-1986-1250 side 1258

³⁷⁰ Saken er fra lagmannsretten og har derfor mindre vekt enn Høyesterettsavgjørelser, se Eckhoff og Helgesen (2001) side 162. Ettersom lagmannsrettssaken trekker i samme retning som Høyesteretts, er det likevel relevant å se hen til saken, se Mestad (2019) side 94.

³⁷¹ LG-2006-9077

Rt-1999-319 («*Maskinentreprenørenes forbund*»). Førstnevnte sak angikk Oljearbeidernes fellessammenslutnings (OFS) mulighet til å få fastsettelsesdom for at et skattetrekk var ulovlig. Kjæremålsutvalget tok ikke endelig stilling til spørsmålet om rettslig interesse, men Lagmannsretten konkluderte med at OFS ikke hadde det, og begrunnet dette blant annet med at en dom ikke ville vært bindende for «de enkelte medlemmer av organisasjonen».³⁷² Det samme ville vært tilfellet i en sak om utestående betaling til en utsendt arbeidstaker. I sistnevnte sak tok Kjæremålsutvalget stilling til om Maskinentreprenørenes forbund hadde rettslig interesse til å få fastsettelsesdom for at staten var forpliktet til å betale rentegodtgjørelse til en gruppe av forbundets medlemmer. Kjæremålsutvalget fant at kravene var individuelle og tilfalt en bestemt krets av medlemmer, slik at fagforeningen ikke hadde rettslig interesse. Det påpekes i kjennelsen at det motsatte ville vært resultatet dersom kravene tilhørte en «ubestemt krets innenfor forbundets medlemsmasse».³⁷³ Dette tilsier at en fagforening ikke kan ta ut søksmål for medlemmenes individuelle krav. Begge kjennelsene trekker i retning av at fagforeninger ikke kan ta ut søksmål om krav som tilfaller enkeltmedlemmer,³⁷⁴ og tilsier at det må skilles mellom krav som er i medlemmenes generelle interesse og krav som tilfaller enkelte arbeidstakere.

I høringsnotatet viser ASD til Rt-2001-1006 («*KRL-dommen*») og *VAF*, og oppsummerer at fagforeninger etter norsk rett har «en ikke ubetydelig adgang til å ta ut representative fastsettelsessøksmål etter tvisteloven.»³⁷⁵ Det er derfor interessant å se litt nærmere på disse sakene.

KRL-dommen gjaldt gyldigheten av et vedtak hvor foreldre hadde fått avslag på søknad om at barna deres skulle få fritak fra grunnskolefaget kristendom, religion- og livssynskunnskap. Et av spørsmålene i saken var om Human-Etisk Forbund hadde rettslig interesse til å være part i saken. Høyesterett uttalte generelt at dersom et søksmål gjelder individuelle

³⁷² Rt-1989-218 side 221

³⁷³ Rt-1999-319 side 323

³⁷⁴ Se i same retning Backer (2015) side 238. Til støtte for standpunktet viser han også til at avgjørelsene ikke ville hatt rettsvirkning for medlemmene av fagforeningene.

³⁷⁵ ASD (2016) side 38

rettigheter og plikter, til tross for om saken har generell interesse, vil «organisasjonen normalt ikke kunne reise sak».³⁷⁶ Human-Etisk Forbund ble ikke ansett å ha rettslig interesse fordi klagevedtakene var av en så personlig art at bare dem vedtakene gjaldt kunne angripe det.³⁷⁷

VAF gjaldt Vegvesenets Arbeidsforening (VAF), som hadde tatt ut søksmål på vegne av medlemmenes arbeidsgiver (Oslo Vei) mot Oslo kommune, med påstand om at det var urettmessig å avvise et tilbud fra Oslo Vei i en anbudskonkurranse. Høyesterett konkluderte ikke endelig på spørsmålet om VAF kunne gå til søksmål,³⁷⁸ men trakk opp noen utgangspunkter for hva en fagforening kan gå til søksmål om på vegne av medlemmene. Utgangspunktet var at en fagforening «i prinsippet må kunne håndheve medlemmenes felles interesser som arbeidstakere gjennom søksmål».³⁷⁹ Saken må imidlertid forstås på bakgrunn av sitt noe spesielle faktum. På tidspunktet for anbudskonkurransen var Oslo Vei en forvaltningsbedrift eid av Oslo kommune. Oslo Vei, som var mest nærliggende til å ta ut søksmål for avvisning i en anbudskonkurranse, hadde derfor ikke søksmålskompetanse. Det forelå dermed et behov for at noen andre skulle kunne gå til søksmål. Høyesterett påpekte at dersom Oslo Vei selv kunne gått til søksmål, ville den «altoverveiende hovedregel» være at fagforeningen ikke kunne gått til søksmål på vegne av medlemmene.³⁸⁰

Høyesterett uttalte i VAF at en fagforening «i prinsippet» kan håndheve medlemmenes felles interesser gjennom søksmål. På grunn av sakens faktum og at Høyesterett ikke endelig konkluderte spørsmålet om fagforeningens søksmålsrett, kan imidlertid ikke saken benyttes for å si at fagforeninger generelt har en søksmålsrett på vegne av medlemmene.

³⁷⁶ Rt-2001-1006 side 1014

³⁷⁷ Rt-2001-1006 side 1015. Høyesterett nevner ikke disposisjonsprinsippet, men argumentasjonen på dommens side 1015 tilsvarende disposisjonsprinsippet: «Dersom andre som mener å ha en interesse i utfallet av saken skulle ha rett til klage og søksmålsrett, kunne dette innebære at vedtaket ble angrepet og overprøvd mot foreldre og barns ønske og vilje.»

³⁷⁸ Rt-2001-1505 side 1510

³⁷⁹ Rt-2001-1505 side 1509

³⁸⁰ Rt-2001-1505 side 1509. Dommen er fulgt opp i HR-2006-2015-U.

VAF gjaldt for øvrig et forhold som var i medlemmenes felles interesse. Motsetningsvis gjaldt *KRL-dommen* individuelle rettigheter, og i denne saken ble det ikke konstatert søksmålsinteresse. VAF og *KRL-dommen* tilsier samlet at fagforeninger ikke har adgang til å ta ut representative søksmål for saker som gjelder utsendte arbeidstakeres individuelle rettigheter og plikter. ASD har på denne måten ikke lagt opp til at fagforeninger skal ha mulighet til å engasjere seg i saker som omfatter alle kravene som dekkes av utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet.³⁸¹

Alle sakene jeg har funnet hvor fagforeninger tar ut representative søksmål etter tvisteloven § 1-4 angår grupper av arbeidstakere. Det kan også tenkes tilfeller hvor en fagforening har rettslig interesse i en enkeltsak, men i enkeltsaker er det nok mer nærliggende at fagforeningen bistår ved å betale for, eller stille med, prosessfullmektig. Slik bistand krever antageligvis også et forutgående medlemskap. Dessuten avhjelper ikke denne typen bistand de praktiske utfordringene ved å være part i saken, slik som personlig oppmøte under hovedforhandling.³⁸²

Høyesterett har i HR-2010-568-A («*Norsk Tillitsmann ASA*») og HR-2010-936-U («*Mediebedriftenes Klareringstjeneste AS*») etablert et unntak fra hovedregelen om at innehaver av et krav er den eneste som har rettslig interesse til å gå til søksmål.³⁸³ Disse sakene har ikke overføringsverdi til forholdet mellom fagforeninger og deres medlemmer. I avtalen mellom obligasjonseierne og tillitsmannen i *Norsk Tillitsmann ASA* fraskrev obligasjonseierne muligheten til å ta rettslige skritt overfor låntaker.³⁸⁴ I *Mediebedriftenes Klareringstjeneste AS* forelå det på tilsvarende måte en avtale om at Klareringstjenesten overtok ansvaret med å forvalte

³⁸¹ Mindretallet i arbeids- og sosialkomiteen var ved gjennomføringen av håndhevingsdirektivet «kritiske til at regjeringen har fjernet muligheten for kollektiv søksmålsrett», se Innst.172 L (2016–2017) side 6. Mindretallets uttalelse er antagelig en henvisning til opphevingen av fagforeningers søksmålsadgang for lovligheten av innleie av arbeidstakere fra bemanningsforetak, se lov 24. april 2015 nr. 21. Uansett tilsier uttalelsen at gjennomføringen av håndhevingsdirektivet ikke var ment å gi fagforeninger adgang til representative søksmål.

³⁸² Se videre i punkt 11.3.5. Som følge av COVID-19 har domstolene tatt i bruk fjernmøter. Det kan tenkes at fjernmøter også etter pandemien vil tillates i større grad enn tidligere.

³⁸³ HR-2010-568-A premiss 21 og HR-2010-936-U premiss 24.

³⁸⁴ HR-2010-568-A premiss 28

mediebedriftenes opphavsrettigheter ved digital rettighetsklarering.³⁸⁵ Fagforeningens rolle overfor arbeidstaker er ikke like vidtrekkende, ettersom bistand fra fagforeningen er et valgfritt tilbud arbeidstaker etter medlemsavtalen kan velge å benytte seg av. Fagforeninger tar ikke over medlemmenes krav i kraft av medlemskapet.

For å sammenfatte gir ikke norsk rett fagforeninger anledning til å ta ut søksmål på vegne av medlemmene når saken gjelder medlemmenes individuelle rettigheter og krav. En av begrunnelsene er at slike søksmål ikke ville fått rettsvirkninger for arbeidstakerne søksmålet er tatt ut på vegne av. En fagforening kan imidlertid ha søksmålsinteresse i å anlegge søksmål for å få fastsettelsesdom for saker som er i medlemmenes felles interesse. Domstolene kan i en konkret sak komme til et annet resultat.³⁸⁶ Konklusjonen er derfor at tvisteloven § 1-4 bare delvis gir rett til søksmål «on behalf (...) of» utsendte arbeidstakere for rettighetene som angis i utsendingsforskriften § 3.

11.4.5 Gruppesøksmål

Det andre alternativet etter norsk rett som kan utgjøre bistand «on behalf (...) of» utsendte arbeidstakere, er muligheten for at en fagforening er grupperepresentant i et gruppesøksmål. Utgangspunktet er at grupperepresentanten har ansvar for sakskostnadene.³⁸⁷ Slik avhjelper et gruppesøksmål utfordringene knyttet til å være part i saken. En av innsigelsene mot representative søksmål etter tvisteloven § 1-4 for individuelle rettigheter og plikter er at en dom ikke får rettsvirkninger

³⁸⁵ HR-2010-936-U premiss 25

³⁸⁶ Dette kan være tilfellet om det foreligger sterke hensyn for å få saken behandlet slik som i *Fusa-dommen*. I denne saken døde saksøker samme dag som ankeerklæring ble inngitt for Høyesterett. Høyesterett uttalte at selv om saken, som gjaldt gyldigheten av et forvaltningsvedtak, angikk avdøde personlig, reiste saken «viktige rettsspørsmål for store grupper funksjonshemmede», jf. side 879. Selv om saken gjaldt et individuelt krav, medførte de brede prinsipielle spørsmål et behov for avklaring, slik at Norges Handikapforbund ble derfor ansett å ha rettslig interesse. Det skal nok mye til for at så sterke hensyn foreligger, se Schei m.fl. (2013) til § 1-3, pkt. 3.3: «Ellers er det vanskelig å se at en organisasjon kan fremme slike krav på konkrete ytelser til en enkeltperson.»

³⁸⁷ Tvl. § 35-12 (1)

for de aktuelle arbeidstakerne. Dommen som avsies i et gruppesøksmål vil imidlertid være bindende for alle deltakerne. I det følgende vil jeg se nærmere på hvilken mulighet tvisteloven gir for at fagforeninger tar ut gruppesøksmål i saker som gjelder utsendte arbeidstakere, og om dette oppfylder kravene i håndhevingsdirektivet.

Gruppesøksmål reguleres i tvisteloven kapittel 35.³⁸⁸ Fire vilkår må være oppfylt: (1) flere rettssubjekter må ha krav eller forpliktelser på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag, (2) kravene kan behandles av retten med samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme saksbehandlingsregler, (3) gruppeprosess må være den beste behandlingsmåten, og (4) det må være grunnlag for å utpeke en grupprepresentant.³⁸⁹ Vilkår nummer to og fire reiser ikke særlige spørsmål i relasjon til problemstillingen. Vilkår en og tre henger sammen,³⁹⁰ og vil i det følgende behandles samlet.

Et gruppesøksmål må etter tvisteloven § 35-2 bokstav a gjelde flere rettssubjekter, altså må flere utsendte arbeidstakere ha utestående krav. Kravet til «vesentlig likt faktisk (...) grunnlag» tilsier at kravene må være tilstrekkelig like, og antagelig må det være mot samme arbeidsgiver. Det følger av forarbeidene at «dess mer fremtredende de individuelle forhold er, dess mer nærliggende vil det være at grunnvilkåret om «vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag» ikke er oppfylt.»³⁹¹ Det skal vektlegges om de dominerende sidene av saken gjelder fellesspørsmål.³⁹² Grunnlaget for kravet til den enkelte utsendte arbeidstaker vil være hans/hennes individuelle arbeidsavtale.

I HR-2010-393-U («*Løkkeåsen Boligsameie*») var de faktiske omstendighetene identiske for samtlige deltakere i gruppesøksmålet, men

³⁸⁸ For at en fagforening skal kunne reise gruppesøksmål, må også tvl. § 1-4 være oppfylt, jf. tvl. § 35-3 (1) b. Det finnes to typer gruppesøksmål i norsk rett: én som krever registrering av gruppemedlemmene («opt-in») og én som ikke krever registrering, men hvor de som ikke vil være med på søksmålet må melde seg ut («opt-out»), jd. tvl. § 35-6 og § 35-7. Skillet har ikke betydning for den følgende behandlingen.

³⁸⁹ Tv. § 35-2 (1) a–d

³⁹⁰ Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 492 og HR-2010-393-U premiss 13 og 14.

³⁹¹ NOU 2001:32 B side 991, og tilsvarende i Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 492.

³⁹² Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 492, LB-2013-169072 («*NFF*») og LB-2017-34099.

det rettslige grunnlaget var henholdsvis kontraktene med entreprenør, og kontraktene med den enkelte selger supplert av avhendingsloven. Ankeutvalget sluttet seg likevel til lagmannsrettens vurdering om at det rettslige grunnlaget likevel «i det vesentlige [var] det samme».³⁹³ På samme måte kan den individuelle arbeidsavtalen ha variasjoner. Det underliggende rettslige grunnlaget vil likevel være det samme: den delen av norsk arbeidsrett som skal gjøres gjeldende, utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet.

LB-2013-169072 («NFF») gjaldt fagforeningen Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening (NFF) som gikk til gruppesøksmål på vegne av forfattere som ikke hadde fått royalty for bøker som var overtatt i forbindelse med en konkurs. Lagmannsretten uttalte at kravet var det samme for alle forfatterne (royalty). Forlagsavtalene til gruppe medlemmene var imidlertid ikke identiske, noe som medførte ulikt rettslig grunnlag, samtidig som de faktiske forholdene var litt forskjellige. Sakene hadde «en felles prinsipiell kjerne» og enkelte forfatters prosesskostnader ved eventuelle individuelle søksmål ville ikke stå i forhold til royalty-kravet. Lagmannsretten fant likevel etter en totalvurdering at gruppeprosess ikke var den beste behandlingsmåten ettersom de faktiske og rettslige forskjellene ville medføre at en gruppeprosess ville være for omfattende.³⁹⁴ Saken går i motsatt retning enn *Løkkeåsen Boligsameie*, da den tilsier at mindre ulikheter i rettslig grunnlag kan medføre at gruppeprosess ikke tillates. I en gruppeprosess bestående av utsendte arbeidstakere er det derfor ikke gitt at sakene er like nok, hverken faktisk eller rettslig.

I LG-2013-138827 («SAFE») gjaldt spørsmål om fagforeningene SAFE og Industri Energi kunne anlegge gruppesøksmål for å få fastsettsedom om at nattillegg var et fast skifttillegg som skulle medregnes i pensjonsgrunnlaget til en gruppe arbeidstakere. Arbeidsgiver mente at arbeidstakernes ulike arbeidsavtaler og arbeidstidsordninger medførte for store rettslig og faktiske forskjeller. Lagmannsretten var ikke enig

³⁹³ HR-2010-393-U premiss 15 og 16.

³⁹⁴ Etter lagmannsrettens syn ville subjektiv kumulasjon med NFF som partshjelp være en mer egnet fremgangsmåte. Vilårene for dette følger av tvl. §§15-2 og 15-7.

med arbeidsgivers anførsler, og fant vilkårene for gruppesøksmål var oppfylt. Følgende uttalelse er av interesse:

«(...) 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.»

SAFE trekker derfor i motsatt retning av *NFF*, og tilsier at arbeidsavtaler kan anses som tilstrekkelig likt rettslig og faktisk grunnlag. Forskjellen kan kanskje forklares ved at den underliggende saken i *SAFE* måtte løses på grunnlag av standardavtaler, tariffavtale og lovverk. Motsetningsvis gjaldt *NFF* ulike avtaler, inngått mellom forfatterne og forlaget. De tre avgjørelsene viser likevel at det kan være glidende overganger mellom når avtaler som rettslig grunnlag ansees å være likt nok til å kunne anlegge et gruppesøksmål og når det ikke er det.

Gruppesøksmål kan derfor være aktuelt om flere utsendte arbeidstakere har sammenfallende krav mot samme arbeidsgiver på tilstrekkelig likt rettslig grunnlag. Vurderingen vil imidlertid bero på en konkret helhetsvurdering. Det er ikke mulig å endelig konkludere på om gruppesøksmål til enhver tid vil være den mest hensiktsmessige behandlingsformen.

I alle tilfeller kan ikke gruppesøksmålsordningen fullt ut oppfylle kravet til søksmål «on behalf (...) of» utsendte arbeidstakere etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3). Det er fordi gruppesøksmål som prosessform forutsetter at det foreligger mer enn én sak. For at fagforeningers engasjement skal oppfylle håndhevingsdirektivets krav, må også fagforeninger kunne engasjere seg i enkeltsaker på en måte som avhjelper utfordringene med å være part i saken.

11.4.6 Partshjelp

Ordlyden «in support of» i håndhevingsdirektivet artikkel 11 (3), tilsier engasjement til støtte for, men ikke på vegne av. I norsk prosesslovgivning er det reglene om partshjelp i tvisteloven § 15-7 som ligger nærmest,

ettersom en partshjelper fungerer som støtte til fordel for en av partene i saken.³⁹⁵ I det følgende vil jeg redegjøre for når en fagforening kan være partshjelper og om adgangen oppfyller håndhevingsdirektivets krav.

Fagforeninger kan være partshjelp,³⁹⁶ men det kreves at spørsmålet saken gjelder ligger innenfor fagforeningens «formål og naturlige virkeområde etter § 1-4.»³⁹⁷ I rettspraksis er vurderingstema formulert som et krav om at «utfallet av saken berører organisasjonen eller medlemmene, og den interesse som ivaretas, naturlig faller innenfor organisasjonens formål og virkefelt».³⁹⁸ Etter rettspraksis er «en ren prejudikatsinteresse» tilstrekkelig for å tillate partshjelp.³⁹⁹ En fagforening som organiserer de utsendte arbeidstakerne som er part i saken, vil antagelig kunne være partshjelp.

Dersom fagforeningen ikke organiserer de utsendte arbeidstakerne som er part i saken, må det vurderes om spørsmålet saken gjelder berører fagforeningen eller andre medlemmer og om interessene saken gjelder faller innenfor fagforeningens formål og naturlige virkeområde. Dersom fagforeningen overhodet ikke organiserer noen utsendte arbeidstakere, må det kunne vises til at fagforeningen likevel arbeider for å fremme utsendte arbeidstakers interesser. I HR-2012-1282-A var Norges Bondelag partshjelp i sak som angikk fire utmarks kommuners plikt til å holde gjerder. I HR-2012-1349-U tillot Høyesteretts ankeutvalg at Ensliges landsforbund var partshjelp i sak om en enslig persons betaling av vann- og avløpsgebyr. Det ble ikke bemerket i noen av sakene om partene var medlemmer i organisasjonene. Dersom partshjelp ikke bestrides av

³⁹⁵ Hov (2019) side 291

³⁹⁶ Et nylig eksempel er HR-2020-1339-A, hvor Norsk Tjenestemannslag erklærte partshjelp for arbeidstakerne, mens både NHO og Arbeidsgiverforeningen Spekter erklærte partshjelp til fordel for arbeidsgiver.

³⁹⁷ Tvl. § 15-7 (1) b. En partshjelp må oppfylle kravene til partsevne og prosessdyktighet, se HR-2010-381-U, avsn. 3.

³⁹⁸ HR-2007-1152-U premiss 14, og tilsvarende i HR-2009-1742-U premiss 3 og HR-2009-1742-U premiss 4. HR-2007-1152-U er avgjort etter tvistemålsloven § 75, men bestemmelsen tilsvarende i det vesentlige tvisteloven § 15-7, se NOU 2001:32 B side 822 og Ot.prp.nr.51 (2004–2005) side 242. Det er derfor relevant å se hen til praksis etter tvistemålsloven for forståelsen av tvistelovens tilsvarende bestemmelser.

³⁹⁹ HR-2009-294-U premiss 3, HR-2009-955-U premiss 3, HR-2009-1742-U premiss 3 og HR-2012-1653-U.

motparten, skal det for øvrig legges til grunn at vilkårene for partshjelp er oppfylt.⁴⁰⁰

Så lenge fagforeningen kan vise til at den arbeider for å fremme utsendte arbeidstakeres interesser, vil den etter rettspraksis tillates å være partshjelp. De norske reglene om partshjelp oppfyller derfor håndhevingsdirektivets krav til at fagforeninger skal kunne engasjere seg i rettssaker «in support of» utsendte arbeidstakere. Dersom fagforeningen stiller som partshjelp, må den utsendte arbeidstakeren være part i saken. Den utsendte arbeidstakeren vil antagelig måtte møte personlig i rettsmøte⁴⁰¹ og ha ansvar for sakskostnadene. Rettssaken vil derfor medføre praktiske hindre og økonomiske kostnader, i motsetning til det som er tilfellet ved representative søksmål.

⁴⁰⁰ HR-2013-265-U premiss 4 og HR-2018-1099-U. Eneste utfordring kan være partsevalueringen for små og løst organiserte forbund, se vurderingen av dette i punkt 11.4.3 .

⁴⁰¹ En part i saken kan ha plikt til å møte i rettsmøter, jf. tvl. § 23-1 (1). Se videre i punkt 11.3.5.

IV Solidaransvar

12 Hovedregelen

Håndhevingsdirektivet artikkel 11 (6) fastsetter at medlemsstatene skal sikre at arbeidsgiver er «liable for any due entitlements» som springer ut av kontraktsforholdet med de utsendte arbeidstakerne. Dette tilsvarer hovedregelen i norsk rett og følger av at arbeidsgiver og arbeidstaker er gjensidig forpliktet etter arbeidsavtalen.⁴⁰²

I to tilfeller kan arbeidstaker også rette krav på utestående lønn mot andre en arbeidsgiver. Det første er at arbeidstakere kan rette krav på lønn og feriepenger mot staten i henhold til lønnsgarantiloven dersom det åpnes konkurs hos arbeidsgiver.⁴⁰³ Det andre tilfellet er at leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere etter er solidarisk ansvarlige med arbeidstakernes arbeidsgiver for allmenngjort lønn og feriepenger allmenngjøringsloven § 13.⁴⁰⁴ Ansvar er utformet som et kausjonistansvar, hvor kausjonisten har frasagt seg retten til å kreve at arbeidstaker (kreditor) først må gå til tvangsinnrivelse hos arbeidsgiver (hoveddebitor), altså en selvskyldnerkausjon.⁴⁰⁵

Håndhevingsdirektivet artikkel 12 (1) pålegger også at det innføres solidarisk ansvar for direkte ovenstående i kontraktskjeden for utestående

⁴⁰² ASD (2016) side 43 og Storeng m.fl. (2020) side 193. Dette er et utslag av det alminnelige avtalerettslige prinsipp om avtalers bindende virkning, se Giertsen (2014) side 8, Woxholth (2017) side 23–24 og Skjønberg m.fl. (2017) side 227.

⁴⁰³ Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. («lønnsgarantiloven») § 1. Lønnsgarantiloven implementerer deler av Norges forpliktelser etter direktiv 2008/94/EF («*insolvensdirektivet*»), se Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 46 og 47. Arbeids- og inkluderingsdepartementet har konstatert at utsendte arbeidstakere har rett til å kreve lønnsgaranti, se Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 62.

⁴⁰⁴ Allmenngjøringsloven gjelder for utsendte arbeidstakere, jf. utsendingsforskriften § 3 (2). Solidaransvaret ble innført ved lov 19. juni 2009 nr. 42 om endringer i allmenngjøringsloven m.m. (solidaransvar m.v.).

⁴⁰⁵ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 50

minstelønn⁴⁰⁶ i deler av bygge- og anleggssektoren.⁴⁰⁷ Etter håndhevingsdirektivet kan ansvaret gjelde i stedet for, eller i tillegg til, arbeidsgivernes ansvar for utestående krav.

ASD har vurdert at allmenngjøringsloven § 13 oppfyller håndhevingsdirektivets krav.⁴⁰⁸ Den overordnede problemstillingen for denne delen av avhandlingen er om dette faktisk er tilfelle. I kapittel 13 behandles hvilke sektorer det kan pålegges solidaransvar. I Norge er det gjort for alle sektorer som omfattes av allmenngjøringsloven. Videre dekker det norske solidaransvaret hele kontraktskjeden og i kapittel 14 vil jeg vurdere lovligheten av denne rekkevidden. I kapittel 15 vil jeg redegjøre for hvilke materielle krav solidaransvaret skal, og kan, omfatte. Her vil jeg særlig behandle forskjellen mellom et solidaransvar som dekker allmenngjort minstelønn og et ansvar som dekker avtalt lønn. Fristen for å fremme krav mot en solidaransvarlig er tre måneder, og dette behandles i kapittel 16. Etter allmenngjøringsloven slipper de solidarisk ansvarlige å betale dersom den utsendte arbeidstakeren og arbeidsgiveren har samarbeidet om å konstruere en situasjon hvor solidaransvaret kommer til anvendelse. Lovligheten av dette unntaket behandles i kapittel 17.

13 Sektorer som omfattes

Det norske solidaransvaret gjelder etter allmenngjøringsloven i alle bransjer med allmenngjøringsforskrifter, og har derfor et videre anvendelsesområde enn håndhevingsdirektivet krever. Ettersom hånd-

⁴⁰⁶ Ansvaret skal også omfatte «contributions due to common funds or institutions of social partners in so far as covered by Article 3 of Directive 96/71/EC», men det er ikke relevant i en norsk kontekst. I Danmark er til sammenligning en slik løsning er valgt, se Lov om arbejdsmarkedets fond for udstationerende. Se også Beskæftigelsesministeriet (2016).

⁴⁰⁷ Dette gjelder virksomheter som driver konstruksjon, reparasjon, vedlikehold, endringer og rivning av bygninger, se håndhevingsdirektivet art. 12 (2), jf. Vedlegg til utsendingsdirektivet.

⁴⁰⁸ ASD (2016) side 47 og Prop.5 L (2016–2017) side 6.

hevingsdirektivet ikke er totalharmoniserende,⁴⁰⁹ har medlemsstatene sin reguleringskompetanse i behold – innenfor EU/EØS-rettens rammer. Håndhevingsdirektivet artikkel 12 (4) presiserer denne adgangen til å fastsette et strengere solidaransvaret:

«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. Member States may also, in conformity with Union law, provide for such liability in sectors other than those referred to in the Annex to Directive 96/71/EC.»

Bestemmelsen viser til at solidaransvaret kan utvides til andre sektorer («sectors»), gis en større rekkevidde («range») og/eller et videre omfang («scope»). Jeg vil behandle rekkevidden i kontraktskjeden i kapittel 14, det beløpsmessige omfanget i kapittel 15 og utvidelse til andre sektorer i dette kapittelet.

Artikkel 12 (4) knytter tilsynelatende ulike vilkår til ulike måter å utvide solidaransvaret på. En utvidelse av rekkevidde og/eller omfang må være i overenstemmelse med EU-retten, ikke-diskriminerende og forholdsmessig, mens en utvidelse til andre sektorer bare må være i overenstemmelse med EU-retten. Det er usikkert hvilken realitet dette skillet medfører, særlig ettersom både ikke-diskriminering og forholdsmessighet er grunnleggende prinsipper i EU- og EØS-retten.⁴¹⁰

Med grunnlag i direktivets ordlyd er det rettslige spørsmålet om en utvidelse av det norske solidaransvaret til alle sektorer med allmenngjort minstelønn er «in conformity with Union law». Ordlyden omfatter både EUs primær- og sekundærrett. Etter mitt skjønn er det mest nærliggende

⁴⁰⁹ For øvrig uttalte Kommissjonen i forarbeidet at medlemsstatene kan utvide anvendelsesområdet for solidaransvaret «if they so wish», jf. COM(2012) 131 final side 20. Kommissjonens forslag til artikkel 12 (4) ble vedtatt, slik at uttalelsen har relevans for forståelsen av bestemmelsen.

⁴¹⁰ Ikke-diskrimineringsprinsippet fremkommer av TEUV art. 18 (1) og EØS-avtalen art. 4. Forholdsmessighetsprinsippet fremgår av TEU art. 5 (4) og er også et generelt EØS-rettslig prinsipp, se Sejersted m.fl. (2011) side 295.

hinderet at en utvidelse kan gjøre det mindre attraktivt å tilby tjenester i Norge, altså at utvidelsen utgjør en restriksjon i tjenestefriheten.

En restriksjon kan opprettholdes dersom den ivaretar et tvingende allment hensyn, er egnet, nødvendig,⁴¹¹ og forholdsmessig i snever forstand.⁴¹² Fra både EU og norsk side er solidaransvaret gitt for å styrke arbeidstakerens mulighet til å få dekket utestående krav.⁴¹³ EU-domstolen uttalte i *Wolff & Müller*, som gjaldt utsendingsdirektivet artikkel 5, at et solidaransvar sikrer beskyttelse av utsendte arbeidstakere.⁴¹⁴ Beskyttelse av arbeidstakere er etter fast praksis fra EU-domstolen ansett å være et tvingende allment hensyn.⁴¹⁵

Vedrørende kravene til nødvendighet og forholdsmessig i snever forstand, så kan jeg vanskelig å se at mindre inngripende tiltak skal kunne gi en tilsvarende beskyttelse som et solidaransvar – dette kommer jeg tilbake til i kapittel 14. Videre tilsier håndhevingsdirektivets krav til solidaransvar i deler av bygge- og anleggssektoren at et slikt ansvar treffer den riktige balansen mellom interessene til de næringsdrivende og de utsendte arbeidstakerne. Unntaket ville vært om utsendte arbeidstakerne i en eller flere konkrete sektor ikke ble ansett å være like sårbare som i bygge- og anleggssektoren. Ettersom en utsendingssituasjonen som sådan medfører en viss sårbarhet for arbeidstakerne, anser jeg ikke det for å være tilfellet.

En innføring av solidaransvar i andre sektorer er derfor i tråd med EU-retten. Utvidelse av solidaransvaret til alle bransjer med allmenngjort lønn er således i tråd med håndhevingsdirektivet artikkel 12 (4).⁴¹⁶

⁴¹¹ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.* avsn. 35 og C-33/17 *Čepelnik* avsn. 42.

⁴¹² Se f.eks. Fredriksen og Mathisen (2018) side 119.

⁴¹³ For EUs argumentasjon, se COM(2012) 131 final side 18 og 19. For norsk argumentasjon, se St.meld. nr. 2 (2008–2009) side 59 og Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 55 og 56.

⁴¹⁴ C-60/03 *Wolff & Müller* avsn. 40. EU-domstolen har også avsagt C-433/04 *Kommissjonen mot Belgia*, men denne saken gjaldt solidaransvar for skatteforpliktelser.

⁴¹⁵ Se f.eks. C-279/80 *Webb* avsn. 19.

⁴¹⁶ ESA har for øvrig konkludert med at allmenngjøringsloven § 13 er i tråd med EØS-avtalen artikkel 36 og utsendingsdirektivet, se ESA (2011). Vurderingen ble gjort mot de vilkårene som i dag fremgår av håndhevingsdirektivet art. 12 (1).

14 Rekkevidde i kontraktskjeden

Etter håndhevingsdirektivet artikkel 12 (1) og (2) er det den direkte overstående i kontraktskjeden som kan holdes solidarisk ansvarlig. Etter allmenngjøringsloven § 13 har arbeidstaker rett til å fremme kravet mot valgfri leverandør oppover i kontraktskjeden. For større kontrakter vil ansvaret omfatte to ledd, mens det for mindre kontrakter kan være flere ledd i kontraktskjeden.⁴¹⁷ Ansvaret etter allmenngjøringsloven går derfor lengre enn håndhevingsdirektivets utgangspunkt.

Det norske solidaransvaret omfatter ikke byggherre/bestiller,⁴¹⁸ noe som medfører en viss risiko for omgåelse ved tilpassing av organiseringen av oppdraget.⁴¹⁹ Fafos informanter mener det er en ulempe at ikke bestiller omfattes av solidaransvaret.⁴²⁰ I høringsrunden forut for innføring av solidaransvar i allmenngjøringsstillingene argumenterte hverken Arbeidstilsynet, arbeidsgiver- eller arbeidstakersiden for å utvide ansvaret til å omfatte bestiller. I de rene omgåelsestilfeller vil arbeidstaker kunne gjøre solidaransvaret gjeldende overfor det foretaket som reelt sett er hovedleverandør, noe Arbeids- og inkluderingsdepartementet har omtalt som en «gjennomskjæring basert på de reelle forholdene».⁴²¹

⁴¹⁷ Hovedregelen er at leverandører som skal utføre bygge- og anleggsarbeider i kontrakter med anslått verdi lik eller over 1,3 millioner kroner for statlige oppdragsgiver og 2,05 millioner kroner for andre oppdragsgivere, bare kan ha to ledd i leverandørkjeden under seg, jf. forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser («*anskaffelsesforskriften*») § 8-13 (1). ESA har underrettet Nærings- og fiskeridepartementet om at de anser at begrensingen er i strid med utsendingsregelverket, se ESA (2020) side 10.

⁴¹⁸ Allmenngjøringsloven § 13, med videre redegjørelse i Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 58. I Sverige er dette løst ved at oppdragsgiver også omfattes av solidaransvaret, se Lag (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar § 7 og videre i SOU 2015:38 side 113 flg.

⁴¹⁹ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 50

⁴²⁰ Eldring m.fl. (2011) side 99 og 100

⁴²¹ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 58. Bestiller har imidlertid en plikt til å informere entreprenører eller leverandører som de inngår kontrakt med, at arbeidstakerne minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter. Dersom det ikke benyttes underleverandører, har bestiller en plikt til å påse at lønns- og arbeidsvilkår hos leverandører er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter. Påseplikten kan oppfylles ved at det inntas kontraktsklausuler og at det innhentes dokumentasjon, jf. forskrift om informasjon- og påseplikt § 5 og § 6.

Etter håndhevingsdirektivet artikkel 12 (4) kan medlemsstatene fastsette en større rekkevidde for solidaransvaret, altså at flere ledd i kontraktskjeden dekkes, dersom en slik utvidelse er i tråd med EU-retten, ikke-diskriminerende og forholdsmessig. Kravet til ikke-diskriminering viser til at regelen ikke kan forskjellsbehandle på grunnlag av nasjonalitet. Ettersom det norske solidaransvarsreglene ikke skiller mellom norske og utenlandske aktører,⁴²² er vilkåret oppfylt.

Det mest nærliggende utslaget av kravet om å være i tråd med EU-retten er, som vurdert i kapittel 13, at en utvidelse kan utgjøre en restriksjon i tjenestefriheten som ikke kan begrunnes. Kravet til forholdsmessighet krever at nasjonale tiltak er egnet til å nå det påberopte formålet, ikke går lengre enn nødvendig og er forholdsmessig i snever forstand.⁴²³ Ettersom det inngår en forholdsmessighetsvurdering i restriksjonsvurderingen, er det hensiktsmessig å behandle de to vilkårene samlet.

I vurderingen i kapittel 13 ble det også konstatert at beskyttelse av arbeidstakere er et tvingende allment hensyn⁴²⁴ og at et solidaransvar ansees å være egnet til å beskytte utsendte arbeidstakere.⁴²⁵ I tillegg vil flere debitorer for samme krav være bedre enn én. Solidaransvar i hele kontraktskjeden må derfor anses å være egnet til å nå formålet om å sikre at utsendte arbeidstakere får utbetalt lønn og feriepenger.

Neste vilkår er at inngrepet ikke kan gå lengre enn nødvendig, altså om samme mål kan nås med mindre inngripende midler. For hoved-entreprenørene betyr et utvidet solidaransvar en større risiko: Det må tas hensyn til flere ledd av underleverandører. Et solidaransvar kan virke avskrekkende for å bruke underleverandører. Organisasjonene på arbeidsgiversiden argumenterte i høringsrunden for at et solidaransvar ville påføre foretakene økonomiske og administrative byrder.⁴²⁶ Om dette faktisk har blitt tilfelle er usikkert.⁴²⁷

⁴²² ESA har kommet til samme forståelse, se ESA (2009) side 2.

⁴²³ Fredriksen og Mathisen (2018) side 119

⁴²⁴ Se f.eks. C-279/80 *Webb* avsn. 19.

⁴²⁵ C-60/03 *Wolff & Müller* avsn. 40

⁴²⁶ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 51 og NHO (2016) side 4.

⁴²⁷ I Prop.74 L (2011–2012) på side 82 viste Arbeidsdepartementet til at et per 2012 ikke var «registrert sterke negative reaksjoner fra næringslivet» på det innførte solidaransvaret.

Det kan tenkes alternativer til et solidarisk ansvar i hele kontraktskjeden, men det kreves at disse alternativene gir tilsvarende beskyttelse av utsendte arbeidstakeres rett til utestående lønn og feriepenger.⁴²⁸ Et alternativ er en påseplikt, noe alle hovedleverandører som omfattes av solidaransvaret allerede har for at lønnsvilkårene hos underleverandørene er i tråd med allmenngjøringsforskriftene.⁴²⁹ Dette innebærer at det må «iverksettes systemer og rutiner» for å undersøke og eventuelt følge opp at underleverandørene.⁴³⁰ Påseplikten medfører imidlertid ikke et ansvar for lønn,⁴³¹ og et solidarisk ansvar for lønn vil derfor i større grad sikre lønnsutbetaling i de konkrete tilfellene.⁴³²

Et annet mindre inngripende tiltak kan være å fastsette erstatnings- eller straffeansvar for arbeidsgiverne ved manglende utbetaling. Dette vil i praksis kreve at arbeidstakerne går til søksmål mot arbeidsgiver og vil derfor være mindre effektivt for de utsendte arbeidstakerne. Et annet alternativ kan være å etablere et offentlig fond hvor utsendte arbeidstakere kan søke dekning for utestående krav.⁴³³ Dette vil kreve en offentlig finansiering eller et bidrag fra bransjen. Dersom fondet skal finansieres av bidrag fra bransjen, vil også foretak som betaler lønn ende opp med å bidra, slik at de belastes dobbelt. Det fremstår som mer rimelig å plassere ansvaret i kontraktskjeden hvor lønn og feriepenger tilbakeholdes. Etter min vurdering går derfor ikke et solidarisk ansvar i hele kontraktskjeden lengre enn nødvendig for å sikre utsendte arbeidstakeres krav på utestående lønn og feriepenger.

Siste vilkår er at inngrepet er forholdsmessig i snever forstand. I snever forholdsmessighet ligger et krav til at tiltaket treffer en balanse mellom de

⁴²⁸ Se videre om kravet i Fredriksen og Mathisen (2018) side 121.

⁴²⁹ Forskrift om informasjons- og påseplikt § 6 (1)

⁴³⁰ Forskrift om informasjons- og påseplikt § 6 (4) 1.p.

⁴³¹ Ot.prp.nr.56 (2006–2007) side 31

⁴³² Lignende argumentasjon ble anført i forarbeidet til arbeidsmiljøloven § 14-12 c om solidaransvar i innleietilfeller. Arbeidsdepartementet vurderte å innføre informasjons- og påseplikt i stedet for solidaransvar, men fant at et solidaransvar ville være mer «treffsikkert og effektivt», se Prop.74 L (2011–2012) side 84 og 85.

⁴³³ Det er i Danmark ikke innført solidaransvar, men heller et fond hvor de utsendte arbeidstakerne skal kunne innmelde krav om de ikke mottar sin lønn, se Lov om Arbejdsmarkedets Fond for Udstationerende. Se også Beskæftigelsesministeriet (2016).

motstående hensyn. Ansvar i hele kontraktskjeden fremmer tilsynelatende i større grad behovet til beskyttelse av de utsendte arbeidstakerne, enn ivaretagelse av interessene til tjenestetilbyderne. Her må det tas i betraktning at friheten til å drive næringsvirksomhet er en grunnleggende rett i EU etter Charteret artikkel 16.⁴³⁴

Det må imidlertid også tas i betraktning at det kan kreves regress fra arbeidsgiver dersom det betales ut lønn- og feriepengene gjennom solidaransvaret.⁴³⁵ Regresskravet kan i siste rekke fremmes for domstolene. Sammenlignet med den utsendte arbeidstakeren som står igjen uten lønn, vil en profesjonell kontraktspart ha bedre forutsetninger for å ta ut et søksmål. Dersom pengene skulle gå tapt, vil antageligvis også overstående i kontraktskjeden ha bedre forutsetninger for å tåle det økonomiske tapet enn den utsendte arbeidstakeren. Dette blir et spørsmål om hvor lovgiver vil plassere den økonomiske risikoen.

Sterke hensyn taler også for å tilgodese de utsendte arbeidstakerne gjennom et solidaransvar i hele kontraktskjeden. Solidaransvaret er viktig tiltak for de utsendte arbeidstakerne, særlig fordi søksmål er dyrt og tidkrevende. I tillegg sender solidaransvar i hele kontraktskjeden et signal til næringen om at det ikke skal lønne seg å spekulere i lønnsutbetaling.⁴³⁶

Avveiingen er vanskelig, og politisk, men jeg finner at hensynet til de utsendte arbeidstakerne må veie tyngst. Å ha et solidaransvar i hele kontraktskjeden (unntatt bestiller) er dermed i tråd med håndhevingsdirektivet.

⁴³⁴ Bestemmelsen har ingen parallell i EMK, slik at betydningen i EØS-sammenheng er usikker.

⁴³⁵ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 68

⁴³⁶ NTAES viser i sin situasjonsbeskrivelse til at noen arbeidsgivere spekulerer i å bevist underbetale arbeidstakere for å tjene penger, og at de heller sier opp arbeidstakerne dersom lønnskriminalitet avdekkes eller hvis arbeidstakerne krever rettmessig lønn, se NTAES (2020) side 24. Som ledd i arbeidet mot arbeidslivskriminalitet, ønsker ASD å innføre strengere straffer for lønnsstyveri, se ASD c (2020).

15 Beløpsmessig omfang

Et neste spørsmål er hva et krav mot den solidaransvarlige skal og kan omfatte. Etter håndhevingsdirektivet artikkel 11 (6) er medlemsstatene forpliktet til å fastsette «the necessary mechanisms» for at utsendte arbeidstakere skal sikres utestående nettolønn (bokstav a), tilbakebetaling av lønn, skatt eller trygdebidrag dersom dette har vært ulovlig tilbakeholdt fra deres lønn (bokstav b), tilbakebetaling av for høye satser til losji dersom arbeidsgiver har krevd dette (bokstav c), og tilbakeholdt innbetaling til fond eller institusjoner som i fellesskap forvaltes av partene i arbeidslivet (bokstav d). I alle tilfeller må kravet bygge på den individuelle arbeidsavtalen mellom utsendt arbeidstaker og arbeidsgiver.⁴³⁷

ASD la ved gjennomføringen til grunn at kravene etter bokstav a, b og d er anerkjente krav en utsendt arbeidstaker kan fremme ved søksmål mot arbeidsgiver.⁴³⁸ Krav etter bokstav c ble gjennomført ved ny hjemmel i utsendingsforskriften § 11.⁴³⁹

Det norske solidaransvaret er begrenset til allmenngjort lønn for faktisk utført arbeid.⁴⁴⁰ Begrensningene får to konsekvenser. For det første kan ikke utsendte arbeidstakere kreve lønnsnivået i arbeidsavtalen dersom det er høyere enn allmenngjort lønn. For det andre kan ikke utsendte arbeidstakere kreve lønn i henhold til arbeidsmengden som arbeidsavtalen fastsetter.

Etter håndhevingsdirektivet artikkel 12 (4) kan omfanget («scope») av solidaransvaret fastsettes til å være strengere enn det som følger av direktivet, dersom det er i tråd med EU-retten, ikke-diskriminerende og

⁴³⁷ Håndhevingsdirektivet art. 11 (6) og art. 12 (3) viser begge til «the contractual relationship» mellom arbeidsgiver og utsendt arbeidstaker.

⁴³⁸ ASD (2016) side 43. Om retten til lønn, se Skjønberg m.fl. (2017) side 227 og 228. Eksempler på pliktig innbetaling til fond i norsk rett er lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd § 23-2 (arbeidsgiveravgift) og lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenstepensjon.

⁴³⁹ Forskrift 28. juni 2017 nr. 1055 om endring i forskrift om utsendte arbeidstakere

⁴⁴⁰ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 58. Etter forskrift om arbeidsvilkår i off. kontrakter skal oppdragsgivere, på nærmere vilkår, stille krav om allmenngjort lønn i bygge- og anleggskontrakter, jf. §§ 3–5.

forholdsmessig. I det følgende vil jeg først vurdere om solidaransvaret kan utvides til å dekke avtalt lønn som går utover minstelønn, og så om det kan omfatte lønn for ikke-utført arbeid. Det norske solidaransvaret er ikke-diskriminerende, men det må vurderes om en utvidelse av solidaransvaret på disse to måtene utgjør restriksjoner i tjenestefriheten som kan begrunnes og om utvidelsen er forholdsmessig. Det er også i dette henseende hensiktsmessig å gjøre disse to vurderingene samlet. Jeg vil derfor vurdere om en utvidelse av solidaransvaret på disse to måtene er egnet til å nå det påberopte formålet, ikke gå lengre enn nødvendig og være forholdsmessig i snever forstand.⁴⁴¹

Flertallet av EUs medlemsstater har fastsatt et ansvar som dekker mer enn allmenngjort minstelønn.⁴⁴² Formålet med solidaransvaret i håndhevingsdirektivet artikkel 12 er etter fortalens punkt 36 å sikre overholdelse av utsendingsreglene og «effective protection of workers rights». Artikkel 12 viser til at solidaransvaret kan innføres «to tackle fraud and abuse». Disse hensynene åpner for å beskytte de utsendte arbeidstakernes avtalefestede lønn gjennom solidaransvaret. Det norske solidaransvaret synes derimot å være knyttet til behovet for utbetaling av allmenngjort minstelønn.⁴⁴³ For å utvide det norske solidaransvaret til å omfatte avtalt lønn, må derfor formålet med allmenngjøringsloven § 13 utvides. Fra EUs side er det ikke problematisk å utvide ansvaret, etter som det vil sikre en effektiv beskyttelse av de utsendte arbeidstakernes rettigheter og motvirke bedrageri.⁴⁴⁴ En utvidelse av solidaransvaret til å omfatte avtalt lønn vil være egnet til å beskytte de utsendte arbeidstakerne og jeg kan ikke se at dette kan sikres på mindre inngripende måter. Spørsmålet er om en slik utvidelse er forholdsmessig i snever forstand, noe som beror på en avveing av behovet de utsendte arbeidstakerne har for at solidaransvaret skal dekke avtalt lønn utover minstelønn og det økte økonomiske ansvaret på pålegges de solidarisk ansvarlige.

⁴⁴¹ Fredriksen og Mathisen (2018) side 119

⁴⁴² COM(2019) 426 final side 16

⁴⁴³ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 55 og 56

⁴⁴⁴ Det er vedtatt en ny bestemmelse i straffeloven som gjør arbeidsgivers unndragelse av lønn i henhold til avtale med arbeidstaker straffbart med bot eller fengsel inntil 2 år, jf. straffeloven §§ 295 og 296, se også se ASD c (2020) side 30.

Som nevnt i kapittel 14, har alle hovedleverandører som omfattes av solidaransvaret en påseplikt for at underleverandørene gir sine ansatte lønn i henhold til allmenngjøringsforskrifter.⁴⁴⁵ Dersom hovedleverandør følger forskriftens utgangspunkt om å rutinemessig innhente lønnsdokumentasjon, vil hovedleverandør allerede ha kunnskap om lønnsnivået til arbeidstakerne. De økte lønnskostnadene kan derfor innberegnes i kontraktsforholdet mellom leverandørene. Ettersom det kan være flere ledd under en hovedleverandør, vil det imidlertid kunne være underleverandører mellom hovedleverandør og arbeidsgiver som omfattes av solidaransvaret, men som ikke har påseplikt. Et solidaransvar som dekker lønn utover minstelønn vil derfor være uforutsigbart for disse underleverandørene, i tillegg til at det generelt utvider den økonomiske byrden for leverandørene.

Utsendte arbeidstakere er allerede beskyttet gjennom retten til allmenngjort lønn. Videre utgjør solidaransvaret allerede et inngrep i tjenestefriheten. Jeg finner det derfor avgjørende at solidaransvar for allmenngjort lønn allerede treffer den riktige balansen mellom hensynet til de utsendte arbeidstakerne og foretakene. En utvidelse av solidaransvaret til å omfatte avtalt lønn er derfor ikke forholdsmessig i snever forstand, og kan ikke gjøres etter håndhevingsdirektivet artikkel 12 (4).

Den andre aktuelle utvidelsen av solidaransvarets omfang, er å utvide det til lønn for ikke-utført arbeid. Dette behovet er basert på at de utsendte arbeidstakerne i henhold til arbeidsavtalen kan ha rett til å jobbe, men at arbeidsgiveren ikke gir dem oppdrag eller vakter som tilsvarer angivelsen i arbeidsavtalen. Et annet tilfelle kan være at arbeidsgiver jukser med timelistene slik at de ikke reflekterer de reelle forholdene. Det kan argumenteres avtale- og arbeidsrettslig for at den avtalefestede forpliktelsen til å tilby arbeid i henhold til arbeidsavtalen bør gå foran dersom arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til disposisjon.⁴⁴⁶

Å utvide solidaransvaret til å omfatte lønn i henhold til arbeidsavtalen, gitt at de utsendte arbeidstakerne har stilt sin arbeidskraft til disposisjon, vil være egnet til å beskytte dem. Et slikt utvidet solidaransvar vil imid-

⁴⁴⁵ Forskrift om informasjons- og påseplikt § 6 (4) 1.p.

⁴⁴⁶ Giertsen (2014) side 8 og Skjønberg m.fl. (2017) side 227.

lertid medføre økt administrasjon og kostnader for de solidaransvarlige. En utvidelse medfører at de må utbetale krav de per i dag ikke er forpliktet til og at de må vurdere holdbarheten av de utsendte arbeidstakernes lønnskrav. Avveilingen mellom de utsendte arbeidstakernes avtale- og arbeidsrettslige forpliktelser må veies opp mot en utvidelse av inngrepet i tjenestefriheten. Jeg finner avveilingen vanskelig, men at det avgjørende også her må være at solidaransvaret allerede utgjør et inngrep i tjenestefriheten, og at solidaransvaret fastsatt i allmenngjøringsloven § 13 allerede treffer den riktige balansen mellom de motstående hensyn. Solidaransvaret kan derfor ikke utvides til å omfatte lønn for ikke-utført arbeid.

16 Tidsfrist for å fremme krav

Etter allmenngjøringsloven § 13 (2) er utsendte arbeidstakere gitt en frist på tre måneder fra lønnen er forfalt for å fremme et skriftlig krav til solidaransvarlig, ellers går kravet tapt.⁴⁴⁷ Håndhevingsdirektivet fastsetter ingen tidsfrister for når krav mot solidaransvarlig skal fremmes. I fravær av EØS-rettslige regler kan det, i henhold til utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi, fastsettes regler for søksmålsadgangen for nasjonale domstoler. Dette begrenses av EØS-rettens prinsipper om ekvivalens og effektivitet.⁴⁴⁸ Jeg vil først vurdere tre måneders-fristens holdbarhet i lys av disse prinsippene, og så om det kan innføres en lengre frist.

Ekvivalensprinsippet krever at reglene som får anvendelse på søksmål for å kreve rettigheter etter EØS-retten ikke skal være mindre gunstige enn dem som gjelder for tilsvarende søksmål etter nasjonal rett.⁴⁴⁹ Arbeidstaker har etter norsk rett ingen tidsfrist for å fremme krav mot arbeidsgiver, annet enn at kravet må anlegges innen foreldelsesfristen for

⁴⁴⁷ Fristen er ikke en søksmålsfrist, så det er ikke relevant å vurdere forholdet til EMK artikkel 6 (1). Tilsvarende tidsfrist gjelder for solidaransvar for innleietilfellene, jf. aml. § 14-12 c (2).

⁴⁴⁸ E-11/12 *Koch m.fl.* avsn. 121 og E-16/16 *Fosen* avsn. 70.

⁴⁴⁹ C-62/00 *Marks & Spencer* avsn. 34

å kunne få dom på kravet. Etter EU-domstolens praksis er vurderingen om solidaransvaret og arbeidsgivers forpliktelser etter arbeidsavtalen er «similar as regards their purpose, cause of action and essential characteristics».⁴⁵⁰

Solidaransvaret er et tillegg til arbeidsgivers ansvar, har andre vilkår og begrensninger, og er begrunnet i andre hensyn. Reglene om solidaransvar kan derfor ikke anses å være «similar» til andre materielle rettigheter som kan kreves i et arbeidsforhold. Ekvivalensprinsippet stenger derfor ikke for tidsfrister for å fremme krav mot solidaransvarlige.

Effektivitetsprinsippet krever at nasjonal rett ikke må utformes slik at det i praksis blir umulig eller unødvendig vanskelig å utøve rettigheter utledet av EØS-retten.⁴⁵¹ Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at tidsfrister som sådan ikke er i strid med prinsippet om effektivitet.⁴⁵² Rimelige tidsfrister vil ivareta effektivitetsprinsippet så vel som prinsippet om rettslig forutberegnelighet.⁴⁵³ Dette til tross for at tidsfrister kan forhindre at personer får tilkjent sine rettigheter.⁴⁵⁴ Den endelige vurderingen overlates til nasjonale domstoler.⁴⁵⁵ Spørsmålet er derfor om fristen på tre måneder i praksis gjør det umulig eller unødvendig vanskelig å gjøre solidaransvaret gjeldende.

I saken *Virginie Pontin* var en gravid kvinne gitt 15 dager på å bestride en avskjedigelse. EU-domstolen antydte at den korte fristen gjorde det «excessively difficult» å gjøre gjeldende rettighetene etter direktiv 92/85/EØF («*graviditetsdirektivet*»)⁴⁵⁶ Domstolen viste til at det bør gis tilstrekkelig tid til å vurdere saken og å inngi kravet.⁴⁵⁷ Denne dommen viser at det går en nedre grense for hvor korte frister som aksepteres.

⁴⁵⁰ C-63/08 *Virginie Pontin* avsn. 45

⁴⁵¹ E-11/12 *Koch m.fl.* avsn. 121

⁴⁵² C-326/96 *Levez* avsn. 20, C-78/98 *Shirley Preston* avsn. 33 og C-125/01 *Pflücke* avsn. 35.

⁴⁵³ C-125/01 *Pflücke* avsn. 36

⁴⁵⁴ C-78/98 *Shirley Preston* avsn. 34, C-125/01 *Pflücke* avsn. 35 og C-572/16 *INEOS Köln* avsn. 53.

⁴⁵⁵ C-125/01 *Pflücke* avsn. 39, C-63/08 *Virginie Pontin* avsn. 67 og C-69/08 *Raffaello Visciano* avsn. 50.

⁴⁵⁶ C-63/08 *Virginie Pontin* avsn. 67

⁴⁵⁷ C-63/08 *Virginie Pontin* avsn. 65

I saken *Shirley Preston*, som gjaldt tilbakebetaling av pensjon, var det fastsatt en frist på seks måneder, regnet fra avsluttet arbeidsforhold, for å fremme krav. EU-domstolen fant at denne tidsfristen ikke var i strid med effektivitetsprinsippet.⁴⁵⁸

Pflücke illustrerer grensdragningen imellom disse ytterpunktene. Saken gjaldt en tysk frist på to måneder for å fremme krav om utestående lønn fra garantiinstitusjonen når (tidligere) arbeidsgiver var tatt under insolvensbehandling etter direktiv 80/987/EØF.⁴⁵⁹ EU-domstolen viste til at arbeidstakers krav på lønn var av stor betydning for vedkommende. Korte tidsfrister «should not have the result that the individual concerned does not in practice succeed in complying with that time-limit».⁴⁶⁰ Tilfeller hvor arbeidsgiver er insolvent kan imidlertid ikke sammenlignes med solidaransvarstilfellene. Dersom arbeidsgiver er insolvent vil kravet på utestående lønn og feriepenger i praksis enten ikke utbetales fordi det ikke er penger i boet, eller bare utbetales som en liten andel. Det samme gjør seg ikke gjeldende ved tap av mulighet til å rette solidaransvarskrav, ettersom arbeidstaker i et slikt tilfelle fortsatt kan rette kravet mot arbeidsgiver. Arbeidstakers behov for beskyttelse er derfor mindre enn i insolvenstilfellene.

En tidsfrist på seks måneder er derfor tilstrekkelig tid, mens 15 dager er for kort. En tidsfrist på to måneder kan etter sakens konkrete forhold også være for kort tid. Den norske fristen på tre måneder ligger midt imellom disse utgangspunktene.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet viste ved forberedelsen av allmenngjøringsloven til at søksmålsfristen skal sikre aktivitet fra arbeidstaker og begrense lønnskravet overfor oppdragsgiver ved at oppdragsgiver raskt får mulighet til å ta skritt overfor arbeidsgiver.⁴⁶¹ Språkvansker og manglende kunnskap om regelverket gjør at det vanskelig kan forventes en slik aktivitetsplikt. Dersom arbeidstaker også blir feilinformert av

⁴⁵⁸ C-78/98 *Shirley Preston* avsn. 32–34

⁴⁵⁹ C-125/01 *Pflücke* avsn. 12. Direktiv 80/987/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens fra 22. oktober 2008 er erstattet av insolvensdirektivet, jf. insolvensdirektivet art. 16.

⁴⁶⁰ C-125/01 *Pflücke* avsn. 37

⁴⁶¹ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 59

arbeidsgiver om at lønnen vil utbetales,⁴⁶² er det strengt å forvente at arbeidstaker selv skal ta tak i situasjonen. Videre er regelverket vanskelig tilgjengelig. Det står eksempelvis ikke noe om solidaransvar på de aktuelle norske nettsidene.⁴⁶³ Derfor kan en frist på tre måneder være for kort til at utsendte arbeidstakere i praksis rekker å fremme kravet, noe fagbevegelsen påpekte i høringsrunden.⁴⁶⁴

Det avgjørende må likevel være at kravet på lønn og feriepenger ikke tapes dersom tre måneders-fristen oversittes. De utsendte arbeidstakerne er da henvist til å følge normal prosess for lønnsinndrivelse. Tidsfristen på tre måneder kan derfor ikke ansees å gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å fremme krav mot solidaransvarlig, og er således ikke i strid med effektivitetsprinsippet.

Fagbevegelsen ønsket altså en lengre tidsfrist. Jeg går derfor over til vurderingen av om det kan innføres en tidsfrist på mer enn tre måneder. Det kan være i oppdragsgivers interesse å ha en kort frist, slik at foretaket relativt raskt gjøres oppmerksom på betalingsmisligholdet. Foretaket kan da iverksette tiltak eller oppfordre arbeidsgiveren til å betale lønn, og kanskje unngå fremtidig betalingsmislighold. En lengre tidsfrist kan gjøre at de andre partene i kontraktskjeden blir krevd for lønn- og feriepenger etter at kontraktsforholdet til arbeidsgiver er avsluttet, og slik sett svekke forutberegneligheten. En lengre tidsfrist kan derfor være et tiltak som gjør det mindre attraktivt å bruke tjenestefriheten i Norge. Etter fast praksis fra EU-domstolen ansees tiltak som kan gjøre det mindre attraktivt å bruke tjenestefriheten som restriksjoner i tjenestefriheten.⁴⁶⁵ Spørsmålet er om en slik restriksjon kan opprettholdes.

En restriksjon kan opprettholdes dersom den ivaretar et tvingende allment hensyn, er egnet for å oppnå dette hensynet, ikke går lengre

⁴⁶² Jonas Bals, rådgiver i LO, informerte om at dette er noe de utsendte arbeidstakere de er i kontakt med ofte blir fortalt av sine arbeidsgivere. Møte 3. september 2020, Oslo.

⁴⁶³ Se Arbeidstilsynet d (u.å.), Arbeidstilsynet a (u.å.) og Arbeidstilsynet b (u.å.).

⁴⁶⁴ Departementets opprinnelige forslag var en frist på fire uker. Både LO og Oslo Byggingarbeiderforening ønsket en frist på seks måneder. Fristen på tre måneder er et kompromiss, se Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 59 og 60.

⁴⁶⁵ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.* avsn. 33 og C-33/17 *Čepelnik* avsn. 37.

enn nødvendig,⁴⁶⁶ og er forholdsmessig i snever forstand.⁴⁶⁷ Beskyttelse av arbeidstakere ansees etter fast praksis å være et tvingende allment hensyn.⁴⁶⁸ Gitt at det finnes tilstrekkelig empiri som underbygger at tre måneder er for kort, vil en lengre tidsfrist gjøre det enklere for de utsendte arbeidstakerne å fremme sine krav og slik sett være til å beskytte dem.

I vurderingen av om tiltaket går lengre enn nødvendig, er det avgjørende om tilsvarende formål kan nås med mindre inngripende midler.⁴⁶⁹ Et alternativ kan være å sette en grense på antall måneder med lønn solidaransvaret skal omfatte.⁴⁷⁰ En nedre grense vil på den ene siden beskytte de utsendte arbeidstakerne ved at de ikke uvitende taper sine krav. På den andre siden kan utfallet bli urimelig: Etter dagens løsning kan utsendte arbeidstakers krav på utestående lønn og feriepenger mot solidaransvarlig omfatte hele utsendingsperioden, så fremt det fortløpende meldes innen tre måneders-fristen. Et annet alternativ er å lage en passivitetsregel, slik at det avgrenses mot de tilfellene hvor utsendte arbeidstakere vet om solidaransvaret, men uten rimelig grunn lar være å forfølge kravet. Ulempen er at en passivitetsregel legger opp til en konkret og skjønsmessig vurdering som både kan bli vanskelig å foreta og som kan bli prosessdrivende. Nødvendighetsvilkåret er dermed oppfylt.

Inngrepet må også være forholdsmessig i snever forstand. I dette tilfellet står tjenestefriheten opp mot beskyttelsen av de utsendte arbeidstakerne. Den påkrevde balanseringen er i realiteten en politisk vurdering som grenser opp mot en prinsipiell vurdering av om EU er ment å ha et økonomisk eller sosialt formål. Det er vanskelig å ta et endelig standpunkt til dette.⁴⁷¹ Så lenge hensyn på begge sider tas i betraktning og vektas

⁴⁶⁶ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.* avsn. 35 og C-33/17 *Čepelnik* avsn. 42.

⁴⁶⁷ Se f.eks. Fredriksen og Mathisen (2018) side 119.

⁴⁶⁸ Se f.eks. C-279/80 *Webb* avsn. 19.

⁴⁶⁹ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.* avsn. 39

⁴⁷⁰ Tilsvaret den svenske løsningen, se Lag (2018:1472) om entreprenørsansvar för lönefordringar § 14. Avveingen i svensk rett er gjort mellom arbeidstakers interesse i å ha en viss tid til å områ seg og arbeidsgiversidens interesse i å ikke måtte svare økonomisk for «gamla løneskulder», se Ds 2017:30 side 79 og 140.

⁴⁷¹ Se for eksempel Barnard (2014) og Garben (2017) for en diskusjon om forholdet mellom EUs sosiale og økonomiske målsettinger. Det reviderte utsendingsdirektivet kan medføre at de utsendte arbeidstakerne i større grad må beskyttes, se fortalens punkt 4.

tilbørlig, vil kravet til snever forholdsmessighet være overholdt. Ettersom de utsendte arbeidstakerne ikke taper sine krav og fristen på tre måneder er fastsatt etter en avveining av partenes interesser og behov, bør hensynet til arbeidsgiver gå foran. Konklusjonen er derfor at en lengre frist utgjør en restriksjon i arbeidsgivers tjenestefrihet som ikke kan begrunnes. Det kan dermed ikke fastsettes en lengre frist enn tre måneder for å fremme krav mot en solidarisk ansvarlig.

17 Begrensninger

Etter håndhevingsdirektivet artikkel 12 (5) kan medlemsstatene begrense solidaransvaret slik at en leverandør ikke blir solidarisk ansvarlig dersom det er gjennomført «due diligence obligations» i henhold til nasjonal rett. En «due diligence»-vurdering er en vurdering forut for kontraktsinngåelse av en potensiell kontraktspart som eksempelvis kan omfatte økonomi og aktivitet. En slik undersøkelse er etter Kommisjonens forståelse risikobasert, men skal ikke medføre at leverandøren «assume the responsibilities of public authorities to verify the application of labour laws by other companies.»⁴⁷² Slik sett er det begrenset hvor omfattende en «due diligence»-vurdering er ment å være.

Det er i norsk rett ikke fastsatt et slikt «due diligence»-unntak. Allmenngjøringsloven § 13 (3) oppstiller i stedet et annet unntak:

«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.»

Unntaket i allmenngjøringsloven følger ikke håndhevingsdirektivets modell, men knytter i stedet vurderingen til den utsendte arbeidstake-

⁴⁷² COM(2012) 131 final side 20

rens kunnskap og intensjon.⁴⁷³ Ordlyden «visste» tilsier at den utsendte arbeidstakeren må ha hatt kunnskap om at lønn ikke skulle dekkes av egen arbeidsgiver. Dessuten tilsier «forutsetning for arbeidsoppdraget» at det må ha vært en felles enighet mellom den utsendte arbeidstakeren og arbeidsgiveren. I forarbeidet vises det til to eksempler på når unntaket får anvendelse:

«der arbeidstakeren har tatt arbeid hos en arbeidsgiver han eller hun *visste* var ute av stand til å utbetale lønn etter allmenngjøringsforskrifter i den hensikt å motta lønn fra solidaransvarlig, eller der det er avtalt ulønnet arbeid hos arbeidsgiver.»⁴⁷⁴

Det første eksempelet, at utsendte arbeidstakere visste at deres arbeidsgiver ikke kunne betale lønn, men likevel tok arbeid med hensikt mot å motta lønn fra en solidaransvarlig, kan ikke være veiledende for forståelsen av loven. For det første går forarbeidet på dette punktet utover lovens ordlyd, da det peker på en ensidig forutsetning fra de utsendte arbeidstakernes side. Lovens ordlyd tilsier som nevnt at det må ha vært en felles forståelse mellom de utsendte arbeidstakerne og deres arbeidsgiver om at lønn skulle dekkes av solidaransvarlig. For det andre pålegger en slik forståelse de utsendte arbeidstakerne en aktsomhetsplikt i valget av arbeidsoppdrag eller arbeidsgiver.⁴⁷⁵ Det kan spørres hvilke forutsetninger utsendte arbeidstakere har for å kjenne til arbeidsgivers økonomi, og om det er rimelig at de skal lastes for at arbeidsgiver ikke betaler lønn

⁴⁷³ Etter arbeidsmiljøloven § 14-12 c (1) er virksomheter som leier inn arbeidstakere solidarisk ansvarlige med arbeidsgiver for lønn og feriepenger for de innleide. Etter bestemmelsens tredje ledd gjelder et tilsvarende unntak som i allmenngjøringsloven § 13 (3). Unntaket er vedtatt med allmenngjøringsloven som modell, skal tolkes snevert og reserveres for de åpenbare misbrukstilfellene, se Prop.74 L (2011–2012) side 87 og 107.

⁴⁷⁴ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 62

⁴⁷⁵ Arbeidstakere har ingen generell plikt til å forhindre at deres arbeidsgiver begår lovbrudd. Medvirkningsplikten etter arbeidsmiljøloven er begrenset, og omfatter blant annet en meldeplikt ved fare for liv og helse og ved trakassering og diskriminering, jf. Aml. § 2-3 (2) b, d og e. Arbeidsmiljøloven § 2-3 er ikke gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere, jf. utsendingsforskriften § 3. Medvirkningsplikten kan imidlertid foreligge i den enkelte arbeidsavtale eller i etiske retningslinjer. Se eksempelvis Etiske retningslinjer for statstjenesten pkt. 2.2. som oppstiller en rapporteringsplikt ved «tap eller skade».

eller feriepenger.⁴⁷⁶ Denne forståelsen av allmenngjøringsloven § 13 (3) kan derfor ikke opprettholdes.⁴⁷⁷ I tillegg er det ikke sikkert at utsendte arbeidstakere kjenner til det norske solidaransvaret – tatt i betraktning kunnskaps- og informasjonsnivået som del II redegjorde for.

Det andre tilfellet forarbeidet viser til, at utsendte arbeidstakere og deres arbeidsgivere med hensikt går inn for å utnytte solidaransvaret, kan for eksempel foreligge om det er avtalt ulønnet arbeid. Denne forståelsen har forankring i lovens ordlyd. Unntaket forutsetter en form for avtale og denne avtalen medfører et tap for tredjemann (den solidaransvarlige). Å inngå en avtale som medfører et økonomisk tap for en tredjeperson er ikke nødvendigvis ulovlig.⁴⁷⁸ En slik avtale fremstår likevel som en utnyttelse av solidaransvarsordningen, og kan for arbeidsgivers del utgjøre et brudd på lojalitetsforpliktelsen i kontraktsforholdet med oppdragsgiver.⁴⁷⁹

Håndhevingsdirektivet artikkel 12 åpner ikke for å begrense solidaransvaret på andre måter enn ved en «due diligence»-vurdering. Allmenngjøringsloven § 13 går derfor utover håndhevingsdirektivet. Etter forarbeidet til allmenngjøringsloven skal unntaket bare anvendes i «rene misbrukstilfeller.»⁴⁸⁰ I EU-retten, og antagelig i EØS-retten, gjelder et prinsipp om at EU-retten «cannot be relied on for abusive or fraudulent ends».⁴⁸¹ Dette prinsippet, som oppstiller et om forbud mot misbruk, inneholder et objektivt og et subjektivt element. Det objektive er at vil-

⁴⁷⁶ NTAES viser i sin situasjonsbeskrivelse til gråsoner mellom utnyttelse, medvirkning og deltagelse i arbeidslivskriminaliteten. De viser til at noen arbeidstakere «opplyser at de ikke er klar over at arbeidsgiveren gjør noe ulovlig. Andre er innforstått med at regler blir brutt, men er mer opptatt av å beholde arbeid og inntekt. En siste gruppe er de som aktivt samarbeider med ledelsen om å utøve kriminaliteten, både med eller uten ekstra økonomisk kompensasjon.», se NTAES (2020) side 17.

⁴⁷⁷ Se videre om forarbeidets betydning når de står i motstrid til lovens ordlyd i Eckhoff og Helgesen (2001) side 83 flg. og Mestad (2019) side 77.

⁴⁷⁸ Utgangspunktet er at ugyldighetsinnsigelser er forbehold avtalepartene, se Giertsen (2014) side 146.

⁴⁷⁹ Om lojalitetsforpliktelsen i kontraktsforhold, se Rt-1988-1078 side 1084 og Giertsen (2014) side 11.

⁴⁸⁰ Ot.prp.nr.88 (2008–2009) side 62

⁴⁸¹ Forente saker C-116/16 og C-117/16 *T Danmark* avsn. 70. Det legges til grunn i Fredriksen og Mathisen (2018) at dette også er et EØS-rettslig prinsipp, se Fredriksen og Mathisen (2018) side 97. EFTA-domstolen har gitt tilslutning til dette, se E-1/20 *Kerim* avsn. 36.

kårene etter EU-regelen tilsynelatende er oppfylt, men at formålet med regelen ikke oppnås. Det subjektive er at det må foreligge en intensjon om å oppnå en fordel fra EU-regelen ved å lage en situasjon hvor vilkårene er oppfylt.⁴⁸² Spørsmålet er så om unntaket i allmenngjøringsloven tjener til å oppfylle dette prinsippet, slik at unntaket er lovlig til tross for at håndhevingsdirektivet ikke tilsier en slik begrensning i solidaransvaret.

Prinsippet om forbud mot misbruk er, så vidt jeg kan finne, kun anvendt i vertikale tilfeller, altså når en privat part forsøker å få rettigheter utledet av EU-retten overfor staten eller EU-organer. Allmenngjøringsloven § 13 (3) oppstiller et horisontalt tilfelle, ettersom det er private parter som forsøker å få en fordel av en EU-rettighet på bekostning av en annen privat part. EU-domstolen har angitt at prinsippet er «a general principle of EU law which individuals must comply with.»⁴⁸³ Dette tilsier at prinsippet om forbud mot misbruk ikke er begrenset til vertikale tilfeller.⁴⁸⁴

Gitt at prinsippet får anvendelse, synes unntaket i allmenngjøringsloven § 13 (3) å oppfylle prinsippets to vilkår. Angående det objektive, så skaper arbeidsgiver og den utsendte arbeidstakeren en situasjon hvor det tilsynelatende foreligger en rett til utbetaling av lønn og feriepengene fra den solidarisk ansvarlige. Det subjektive vilkåret også oppfylt: Partene har en intensjon å oppnå en fordel (utbetaling fra en tredjepart) som de egentlig ikke hadde rett til.

Allmenngjøringslovens unntak i § 13 (3) er dermed i tråd med EØS-retten, selv om håndhevingsdirektivet ikke åpner for et slikt unntak. Dette er betinget av at unntaket begrenses til tilfellene hvor arbeidsgiver og de utsendte arbeidstakerne sammen skaper misbrukssituasjonen.

Denne delen av avhandlingen har vist at solidaransvaret er egnet til å beskytte utsendte arbeidstakere. Solidaransvaret gir et viktig supplement til arbeidsgivers ansvar for lønn og feriepengene, ettersom utsendte arbeidstakere presumptivt sjeldent har forutsetninger for å gå til

⁴⁸² C-110/99 *Emsland-Stärke* avsn. 52–53 og forente saker C-116/16 og C-117/16 *T Danmark* avsn. 97.

⁴⁸³ C-356/15 *Kommisjonen mot Beliga* avsn. 99 og C-359/16 *Altun m.fl.* avsn. 49.

⁴⁸⁴ Dette står i motsetning til de fleste av EU-rettens øvrige prinsipper, se Dougan (2013) side 81.

søksmål for å inndrive slike krav. Samtidig er det viktig at utformingen av solidaransvaret treffer den riktige balansen mellom arbeidsgivers og de utsendte arbeidstakernes interesser.

V Avslutning

Formålet med avhandlingen har vært å finne ut om utsendte arbeidstakere har reelle muligheter til å håndheve sine rettigheter i Norge. Overordnet er konklusjonen at de utsendte arbeidstakerne på papiret har tilgjengelige håndhevingsmuligheter, men at økonomiske og sosiale forhold gjør at de i praksis ikke benytter dem. På denne måten har avhandlingen illustrert det samme som rettshjelpsforskning har gjort: det kan være en forskjell mellom rettighetene du har på papiret og rettighetene du har i praksis.⁴⁸⁵ Det må imidlertid tas i betraktning at hver enkelt utsendt arbeidstaker kan ha sine egne grunner til å ikke håndheve sine rettigheter. Til grunn for avhandlingen lå en hypotese om at utsendte arbeidstakere er mer sårbare enn andre arbeidstakere og gjennom avhandlingen er denne hypotesen styrket. Utsendte arbeidstakere fra tredjeland kan være særlig sårbare ettersom de mangler en sterk tilknytning til staten de utsendes fra.⁴⁸⁶

Jeg vil i det følgende oppsummere funnene og presentere forslag til forbedringer for å avhjelpe utsendte arbeidstakeres sårbarhet i håndhevings situasjoner. I tillegg vil jeg avslutningsvis komme med noen overordnede betraktninger om regelverket.

I del II av avhandlingen fremkom det at utsendte arbeidstakere ikke har enkel tilgang til forståelig og dekkende rettighetsinformasjon. For å avbøte på dette må norske myndigheter korrigere og supplere informasjonen på nettsiden. I tillegg kan det gjennomføres målrettede informasjonskampanjer på internett, dele ut brosjyrer på arbeidsplasser og drive målrettede tilsyn. Dette kan gjerne kombineres med innsats fra arbeidslivets parter, men det forutsetter at de får informasjon om hvor de utsendte arbeidstakerne befinner seg. For at Arbeidstilsynet, som det aktuelle tilsynsorgan, skal få informasjon om de utsendte arbeidstakerne, må det rettslig og praktisk legges til rette for informasjonsutveksling mellom offentlige myndigheter.

⁴⁸⁵ Mathisen (2011) side 70 og 71

⁴⁸⁶ Se i denne retning NTAES (2020) side 19.

Avhandlingens del III viste at søksmål den eneste reelle håndhevingsmuligheten utsendte arbeidstakere har i Norge, men at det kan være utfordrende å benytte søksmålsretten i praksis. For det første kan de bli utsatt for ugunstig behandling. I realiteten består beskyttelsen av en rett på oppreisning og/eller erstatning, som i siste rekke må håndheves for domstolene. Dersom utsendte arbeidstakere skal ha en reell beskyttelse, må det fastsettes krav til arbeidsgivers behandling av klager og innkomne krav, i tillegg til at erstatning/oppreisning må utmåles slik at den virker preventivt. Ideelt sett bør det foreligge et eksternt varslingsorgan med kompetanse til å fastsette erstatnings- eller oppreisningskrav.

For det andre er det dyrt å gå til domstolene. Kostnadsnivået illustreres ved at sakskostnadene for tingretten nesten har doblet seg siden vedtakelsen av tvisteloven i 2008.⁴⁸⁷ Ved uteblitt lønn kan selv rettsgebyret for Forlikrådet være et hinder. Sakene som utsendte arbeidstakere kan fremme i Norge dekkes som hovedregel ikke fri rettshjelpsordningen. Videre tar den norske rettshjelpsordningen ikke i betraktning de særlige utgiftene som oppstår i en grensekryssende tvist, eksempelvis kostnadene for oversettelse av dokumenter og reise i forbindelse med rettssaken. Rettshjelpsutvalget har foreslått at rettshjelp også skal gis i saker om lønnsinndrivelse.⁴⁸⁸ Utvalget konkluderer slik, noe jeg også finner treffende for situasjonen til utsendte arbeidstakere:

«Vi kan konkludere med at samfunnets økende kompleksitet og rettsliggjøringen har gjort det betydelig vanskeligere for den enkelte å bli kjent med sine rettigheter og plikter, og enda mer komplisert å hevde sine rettigheter. (...) Den enkelte har som et følge av samfunnsendringene et større behov for rettshjelp og annen form for bistand enn tidligere. I særlig grad gjelder dette marginaliserte grupper.»⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ NOU 2020:11 side 246

⁴⁸⁸ NOU 2020:5 side 14 og 160. Det samme gjør Advokatforeningen, se Advokatforeningen (2019) side 7 og 34. En annen diskusjon er om inntekts- og formuesgrensen til fri rettshjelp også bør endres. Rettshjelpsutvalget foreslår å heve inntekts- og formuesgrensen slik at 25 prosent av befolkningen omfattes av ordningen, kontra dagens 9 prosent, se NOU 2020:5 side 16.

⁴⁸⁹ NOU 2020:5 side 29

Utfordringene med individuell søksmålsadgang kunne vært avhjulpet ved å gi fagforeninger en mulighet til å ta ut representative søksmål på utsendte arbeidstakers vegne. En underliggende utfordring er imidlertid at utsendte arbeidstakere etter alt å dømme i liten grad er organiserte. Avhandlingen illustrerer derfor behovet for søster-medlemskap i fagforeninger, altså at et medlemskap i en stat også gir medlemskap i en tilsvarende fagforening i en annet stat, og internasjonale fagforeninger. I praksis er solidaransvaret et viktig hjelpemiddel for å sikre de utsendte arbeidstakernes krav på utestående lønn- og feriepenger. Krav må fremmes mot solidaransvarlig innen tre måneders, noe som i praksis kan være vanskelig å overholde. Videre er ansvaret begrenset til allmenngjort minstelønn og faktisk utført arbeid, noe som kan være mindre enn det arbeidsavtalen gir de utsendte arbeidstakerne krav på.

Avhandlingen har derfor, ved en gjennomgang av den norske implementeringen av håndhevingsdirektivet, vist at regelverket ikke avbøter sårbarheten til de utsendte arbeidstakerne. Som ledd i et eventuelt arbeid med å gi de utsendte arbeidstakerne bedre beskyttelse, må det tas stilling til om det er offentlige myndigheter, kontraktspartene eller arbeidslivets parter som skal ha ansvaret for å følge opp og bistå de utsendte arbeidstakerne. Å pålegge kontraktspartene å gi de utsendte informasjon og bistand, vil antagelig utgjøre et inngrep i deres tjenestefrihet som ikke kan forsvares. Alternativt kan arbeidslivets parter få en større rolle. Arbeidstakersiden har frivillige arbeidsplassinspektører og ulike prøveprosjekter for å nå ut til ikke-organiserte utenlandske arbeidstakere.⁴⁹⁰ Det er imidlertid betenkelig å forvente at private parter skal sikre overholdelse av offentligrettslige regler. Etter min mening er det ideelle å sikre bistand gjennom offentlige rettshjelpsordninger, supplert med å styrke Arbeidstilsynets oppsøkende virksomhet.

Utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet balanserer mellom ivaretagelse av arbeidstakers tjenestefrihet og beskyttelse av de utsendte arbeidstakerne. I hvilken grad regelverket ansees å oppnå en rimelig balanse, vil bero på perspektivet til den som foretar vurderingen. Selv anser jeg at håndhevingsdirektivet i første rekke sikrer aktiv og

⁴⁹⁰ Møte med Jonas Bals, rådgiver i LO, 3. september 2020, Oslo.

grensekryssende næringsvirksomhet, mens behovene til de utsendte arbeidstakerne havner i andre rekke: artikkel 11 er formulert for vidt, det foreligger ingen registreringsplikt og bøtenivået har liten preventiv effekt. Avhandlingen har derfor illustrert den politiske spenningen mellom økonomisk vekst og sosial beskyttelse i EU. Ideelt sett bør forholdet mellom disse to hensynene avklares på et overordnet nivå,⁴⁹¹ men dette vil nok være en krevende politisk øvelse. Så lenge spenningsforholdet ikke avklares, vil resultatet av forholdsmessighetsvurderingen være uforutsigbart – særlig vurderingen av forholdsmessighet i snever forstand. Dersom vurderingen overlates til domstolene, slik dagens rettstilstand gjør, kan dette også medføre et demokratisk problem.⁴⁹²

I tillegg har avhandlingen illustrert dynamikken mellom EU-rettens tjenestefrihet og medlemsstatenes arbeidsrett. Det er de nasjonale tiltakene, vedtatt for å beskytte de utsendte arbeidstakere, som må begrunnes, ikke den EU/EØS-rettslige hovedregelen.⁴⁹³ Det foreligger også et spenningsforhold mellom interessene til typiske avsenderstater og typiske mottakerstater. Førstnevnte er gjerne østeuropeiske stater, som ønsker å benytte sitt kostnadsfortrinn, mens sistnevnte kan være vest- og nordeuropeiske stater som ønsker å motvirke sosial dumping og negativ konkurranse.

Avslutningsvis vil jeg påpeke at gjennomføringen av håndhevingsdirektivet som sådan i norsk rett kan kritiseres. Fragmentert gjennomføring med ulike lovgivningsteknikker gjør regelverket ufremkommelig, særlig for de antatte leserne av regelverket: utenlandske arbeidsgiverne og utsendte arbeidstakere. Utilgjengelig lovgivning bidrar dessverre også til utilgjengelige håndhevingsmuligheter.

⁴⁹¹ Se i denne retning Garben (2020) side 386 og 387. Nytt ledd 1a i art. 1 i det reviderte utsendingsdirektivet viser til at direktivet ikke skal gripe inn i grunnleggende rettigheter.

⁴⁹² Garben (2020) side 386–387

⁴⁹³ Se i denne retning Barnard (2009) side 579 og Garben (2020) side 383 og 385.

Litteraturliste

Lovgivning mv.

Norske lover og forskrifter

- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene
(domstolloven)
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål
(tvistemålsloven). [opphevet]
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
(forvaltningsloven)
- 1973 Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav
ved konkurs m.v.
(lønnsgarantiloven)
- 1979 Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
(foreldelsesloven)
- 1980 Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp
(rettshjelploven)
- 1982 Lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr
(rettsgebyrloven)
- 1983 Forskrift 15. februar 1983 nr. 86 etter rettsgebyrloven m.m.
(«rettsgebyrforskriften»)
- 1992 Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett
av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
(EØS-loven)

- 1993 Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven)
- 1997 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) («mrl.»)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) («strl.»)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) («aml.»)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) («tvL.»)
- 2005 Forskrift 12. desember 2005 nr. 1443 til lov om fri rettshjelp («rettshjelpforskriften»)
- 2005 Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere («utsendingsforskriften»)
- 2005 Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenestepensjon
- 2008 Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om arbeidsvilkår i offentlige kontrakter («forskrift om arbeidsvilkår i off. kontrakter»)
- 2008 Forskrift 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt mv. («forskrift om informasjon- og påseplikt»)
- 2008 Forskrift 18. august 2008 nr. 942 om arbeidsgiver- og arbeidstakerregisteret
- 2009 Lov 19. juni 2009 nr. 42 om endringer i allmenngjøringsloven m.m. (solidaransvar mv.)
- 2012 Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

- 2013 Lov 14. juni 2013 nr. 32 om endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid)
- 2015 Lov 24. april 2015 nr. 21 om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)
- 2016 Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning
- 2016 forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser («anskaffelsesforskriften»)
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)
- 2017 Forskrift 28. juni 2017 nr. 1055 om endring i forskrift om utsendte arbeidstakere
- 2018 Lov 15. juni 2018 nr. 38 om personopplysninger (personopplysningsloven)
- 2018 Forskrift 11. oktober 2018 nr. 1684 om delvis allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Norge

Internasjonalt

- 1999 Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare
- 2016 LOV nr. 613 af 8. juni 2016. Lov om arbejdsmarkedets fond for udstationerende
- 2018 Lag (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar

- 2018 LBK nr. 1144 af 14. september 2018. Bekendtgørelse af lov om udstationering af lønmodtagere m.v. (Udstationeringsloven)
- 2019 BEK nr. 627 af 24. juni 2019. Bekendtgørelse om register for udenlandske tjenesteydere (RUT-registeret)

Traktater og konvensjoner

- ILO-konvensjon nr. 87 International Labour Organization convention No. 87 – Freedom of association and protection of the right to organise, San Fransisco 1948.
- ILO-konvensjon nr. 98 International Labour Organization convention No. 98 – Right to organise and collective bargaining, Genève 1949.
- EMK Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 1950.
- SP International Covenant on Civil and Political rights, New York City 1966.
- ØSK International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York City 1966.
- EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992.
- RevESP European Social Charter (revised), Strasbourg 1996
- Århus-konvensjonen Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, Århus 1998

TEU	Treaty on European union [kodifisert versjon 2016], OJ C 202, 7. juni 2016.
TEUV	Treaty on the functioning of the European union [kodifisert versjon 2016], OJ C 202, 7. juni 2016.
Charteret	Charter of fundamental rights of the European union (2016), OJ C 202, 7. juni 2016.
Den sosial pilar	European pillar of social rights. Tilgjengelig fra: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-boo-klet_en.pdf , hentet 24. november 2020.

Direktiver og forordninger

Direktiver som ikke er inntatt i EØS-avtalen er angitt på engelsk.

Direktiv 80/987/EØF	Rådsdirektiv 80/987/EØF av 20. oktober 1980 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens [ikke lengre i kraft]
Direktiv 85/337/EØF	Rådsdirektiv 85/337/EØF av 27. juni 1985 om vurdering av visse offentlige og private prosjekters miljøvirkninger [kodifisert utgave] [ikke lengre i kraft]
Direktiv 92/85/EØF	Rådsdirektiv 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født, eller som ammer («graviditetsdirektivet»)

- Direktiv 91/533/EØF Rådskdirektiv 91/533/EØF av 14. oktober 1991 om arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet [kodifisert utgave]
- Direktiv 96/71/EF Europaparlamentets- og Rådskdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting («utsendingsdirektivet»)
- Direktiv 2000/78/EF Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation
- Direktiv 2003/8/EF Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes [kodifisert utgave] («rettshjelpsdirektivet»)
- Forordning (EF) nr. 883/2004 Europaparlamentets- og Rådskforordning (EF) nr. 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger («trygderettsforordningen»)
- Direktiv 2006/54/EF Europaparlamentets- og Rådskdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik hand-saming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve («likestillingsdirektivet»)

- Forordning (EF) nr. 593/2008 Europaparlaments- og Rådsforordning (EF) nr. 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalsregler for kontraktlige forpliktelser («roma-I forordningen»)
- Direktiv 2008/94/EF Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2008/94/EF av 22. oktober 2008 om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens («insolvensdirektivet»)
- Direktiv 2008/104/EF Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid («vikarbyrådirektivet»)
- Forordning (EU) nr. 987/2009 Europaparlaments- og Rådsforordning (EF) nr. 987/2009 av 16. september 2009 om fastsettelse av nærmere regler for gjennomføring av forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering av trygdeordninger
- Direktiv 2011/92/EU Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2011/92/EU av 13. desember 2011 om vurdering av visse offentlige og private prosjekters miljøvirkninger [kodifisert utgave] («miljøvirkningsdirektivet»)
- Direktiv 2014/54/EU Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2014/54/EU av 16. april 2014 om tiltak for å lette utøvelsen av arbeidstakeres rettigheter i forbindelse med fri bevegelighet for arbeidstakere

Direktiv 2014/67/EU	Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2014/67/EU av 15. mai 2014 om håndheving av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, og om endring av forordning (EU) nr. 1024/2012 om forvaltningssamarbeid gjennom informasjonssystemet for det indre marked («IMI-forordningen») («håndhevingsdirektivet»)
Forordning (EU) 2016/679	Europaparlaments- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF («GDPR»)
Direktiv (EU) 2018/957	Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services
Direktiv (EU) 2019/1937	Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law («varslingsdirektivet»)
Direktiv (EU) 2020/1057	Directive (EU) 2020/1057 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2020 laying down specific rules with respect to Directive 96/71/EC and Directive 2014/67/EU for posting drivers in the road transport sector and amending Directive 2006/22/EC as regards enforcement requirements and Regulation (EU) No 1024/2012

Annet

- G-1988-113 Justis- og politidepartementet. *Rundskriv fra Justis- og politidepartementet*. (Forskrift 24. juni 1988 nr. 498)
- SRF-1/2017 Statens sivilrettsforvaltning. *Rundskriv om fri rettshjelp*.
- Etiske retningslinjer for statstjenesten Kommunal- og moderniseringsdepartementet. *Etiske retningslinjer for statstjenesten*. Revidert juni 2017.
- Kommisjonens rekommandasjon (EU) 2017/761 Kommissionens henstilling af 26. april 2017 om den europæiske søjle for sociale rettigheder. EUT L 113 av 29.04.2017, s. 56–61.
- EØS-komiteens beslutning nr. 215/2018 EØS-komiteens beslutning av 26. oktober 2018 (2018D0215) Upublisert. Tilgjengelig fra: <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2018%20-%20English/215-2018.pdf>, hentet 24. november 2020.
- EØS-tillegget til Den europeiske unions tidende,
31. januar 2019, nr. 8/93.

Rettspraksis m.v.

Rettspraksis fra Høyesterett

Rt-1986-1250 «*Diakonhjemmet Sosialhøgskole*»

Rt-1988-1078

Rt-1989-218 «*Oljearbeidernes fellessammenslutning*»

Rt-1989-338

Rt-1990-874 «*Fusa-dommen*»

Rt-1998-1496

Rt-1999-319 «*Maskinentreprenørenes forbund*»

Rt-2001-1006 «*KRL-dommen*»

Rt-2001-1505 «*VAF*»

HR-2003-372-A «*SRØ*»

HR-2006-393-U

HR-2006-2015-U

HR-2007-1152-U

HR-2009-294-U

HR-2009-955-U

HR-2009-1205-A

HR-2009-1742-U

HR-2010-381-U

HR-2010-393-U

HR-2010-568-A «*Norsk Tillitsmann ASA*»
HR-2010-936-U «*Mediebedriftenes Klareringstjeneste AS*»
HR-2010-2082-A
HR-2011-850-U
HR-2012-308-U
HR-2012-1282-A
HR-2012-1349-U
HR-2012-1653-U
HR-2013-265-U
HR-2015-2195-U
HR-2018-1370-U
HR-2018-1099-U
HR-2018-1887-U
HR-2020-1193-A
HR-2020-1339-A

Underrettspraksis

LG-2006-9077 «*Norsk Fysioterapiforbund*»
LA-2007-17477
LG-2013-138827 «*SAFE*»
LB-2013-169072 «*NFF*»
LB-2017-11661 «*Norsk Tjenestemannslag*»

LB-2017-34099

TOSLO-2009-46672

Arbeidsretten

ARD-1953-81

ARD-1991-16

ARD-2011-206

EU-domstolen

<i>C-61/65 Vaassen-Göbbels</i>	ECLI:EU:C:1966:39
<i>C-279/80 Webb</i>	ECLI:EU:C:1981:314
<i>C-283/81 CILFIT m.fl.</i>	ECLI:EU:C:1982:335
<i>C-199/82 San Giorgio</i>	ECLI:EU:C:1983:318
<i>C-327/82 Ekro BV</i>	ECLI:EU:C:1982:425
<i>C-222/84 Johnston</i>	ECLI:EU:C:1986:206
<i>C-49/89 Corsica Ferries France</i>	ECLI:EU:C:1989:649
<i>C-113/89 Rush Portuguesa</i>	ECLI:EU:C:1990:142
<i>C-76/90 Säger</i>	ECLI:EU:C:1991:331
<i>C-208/90 Emmott</i>	ECLI:EU:C:1991:333
<i>C-54/96 Dorsch</i>	ECLI:EU:C:1997:413
<i>C-228/96 Aprile</i>	ECLI:EU:C:1998:544
<i>C-326/96 Levez</i>	ECLI:EU:C:1998:577

<i>C-343/96 Dilexport</i>	ECLI:EU:C:1999:59
Forente saker <i>C-369/96</i> og <i>C-376/94 Arblade m.fl.</i>	ECLI:EU:C:1999:575
Forente saker <i>C-49/98</i> , <i>C-50/98</i> , <i>C-52/98</i> til <i>C-54/98</i> og <i>C-68/98</i> til <i>C-71/98 Finalarte</i>	ECLI:EU:C:2001:564
<i>C-78/98 Shirley Preston</i>	ECLI:EU:C:2000:247
<i>C-165/98 Mazzoleni og ISA</i>	ECLI:EU:C:2001:162
<i>C-110/99 Emsland-Stärke</i>	ECLI:EU:C:2000:695
<i>C-17/00 De Coster</i>	ECLI:EU:C:2001:651
<i>C-62/00 Marks & Spencer</i>	ECLI:EU:C:2002:435
<i>C-125/01 Pflücke</i>	ECLI:EU:C:2003:477
<i>C-60/03 Wolff & Müller</i>	ECLI:EU:C:2004:610
<i>C-433/04 Kommisjonen mot Belgia</i>	ECLI:EU:C:2006:702
<i>C-490/04 Kommisjonen mot Tyskland</i>	ECLI:EU:C:2007:430
<i>C-341/05 Laval</i>	ECLI:EU:C:2007:809
<i>C-438/05 Viking</i>	ECLI:EU:C:2007:772
<i>C-319/06 Kommisjonen mot Luxembourg</i>	ECLI:EU:C:2008:350
Forente saker <i>C-402/07</i> og <i>C-432/07 Sturgeon</i>	ECLI:EU:C:2009:716
<i>C-279/09 DEB</i>	ECLI:EU:C:2010:489
<i>C-63/08 Virginie Pontin</i>	ECLI:EU:C:2009:666
<i>C-69/08 Raffaello Visciano</i>	ECLI:EU:C:2009:468

Forente saker T-147/09 og T-148/09 <i>Trelleborg Industrie SAS m.fl.</i>	ECLI:EU:T:2013:259
C-211/08 <i>Kommisjonen mot Spania</i>	ECLI:EU:C:2010:340
C-452/09 <i>Tonina Enza Iaia m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2011:323
C-498/10 <i>NV</i>	ECLI:EU:C:2012:3808
C-202/11 <i>Anton Las</i>	ECLI:EU:C:2013:239
C-260/11 <i>Edwards</i>	ECLI:EU:C:2013:221
C-583/11 <i>P Inuit Tapiriit Kanatami</i>	ECLI:EU:C:2013:625
C-345/13 <i>Karen Millen Fashions</i>	ECLI:EU:C:2014:2013
C-156/12 <i>GREP</i>	ECLI:EU:C:2012:342
C-176/12 <i>Association de médiation sociale</i>	ECLI:EU:C:2014:2
C-362/12 <i>Test Claimants</i>	ECLI:EU:C:2013:834
C-396/13 <i>Sähköalojen ammattiliitto</i>	ECLI:EU:C:2015:86
C-356/15 <i>Kommisjonen mot Belgia</i>	ECLI:EU:C:2018:555
C-632/15 <i>Costin Popescu</i>	ECLI:EU:C:2017:303
C-670/15 <i>Jan Salplachta</i>	ECLI:EU:C:2017:594
C-38/16 <i>Compass Contract Services Limited</i>	ECLI:EU:C:2017:454
C-64/16 <i>Associação Sindical dos Juizes Portugueses</i>	ECLI:EU:C:2018:117
Forente saker C-116/16 og C-117/16 <i>T Danmark</i>	ECLI:EU:C:2019:135
C-214/16 <i>King</i>	ECLI:EU:C:2017:914

C-359/16 <i>Altun m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2018:63
C-470/16 <i>Maura Sheehy m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2018:185
C-572/16 <i>INESO Köln</i>	ECLI:EU:C:2017:688
C-670/16 <i>Tsegezab Mengesteab</i>	ECLI:EU:C:2017:587
C-684/16 <i>Max-Planck-Gesellschaft</i>	ECLI:EU:C:2018:874
C-18/17 <i>Danieli m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2018:904
C-33/17 <i>Čepelnik</i>	ECLI:EU:C:2018:896
C-167/17 <i>Volkmar Klohn</i>	ECLI:EU:C:2018:833
C-287/17 <i>Česká pojišťovna</i>	ECLI:EU:C:2018:707
C-55/18 <i>CCOO</i>	ECLI:EU:C:2019:402
Forente saker C-64/18, C-140/18, C-146/18 og C-148/18 <i>Maksimovic m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2019:723
C-311/18 <i>Schrems II</i>	ECLI:EU:C:2020:559
C-645/18 <i>NE</i>	ECLI:EU:C:2019:1108
C-717/18 <i>X</i>	ECLI:EU:C:2020:142
C-815/18 <i>FNV</i>	ECLI:EU:C:2020:976
C-367/19 <i>Tax-Fin-Lex</i>	ECLI:EU:C:2020:685
Forente saker C-140/19, C-141/19, C-492/19 til C-494/19 <i>EX m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2019:1103

Anmodning til EU-domstolen om prejudisiell avgjørelse

Forente saker C-789/18 ECLI:EU:C:2019:417
og C-790/18 *AQ and ZQ*

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

C-33/17 *Čepelnik* ECLI:EU:C:2018:311

EFTA-domstolen

E-2/03 *Åsgersson*
E-4/04 *Pedical*
Forente saker *L'Oreal*
E-9/7 og E-10/07
E-12/10 *ESA mot Island*
E-15/10 *Posten Norge AS*
E-4/11 *Clauder*
E-11/12 *Koch m.fl.*
E-10/14 *Deveci*
E-11/14 *Schenker I*
E-14/15 *Holship*
Forente saker *Franz-Josef Hagedorn m.fl*
E-15/15 og E-16/15
E-28/15 *Jabbi*
E-16/16 *Fosen*
E-10/17 *Nye Kystlink AS*

E-4/19 *Cambell*

E-/20 *Kerim*

Den europeiske menneskerettighetsdomstol

- 6289/73 *Airey mot Irland*, avsagt. 9. oktober 1979
- 7759/77 *Buchholz mot Tyskland*, avsagt 6. mai 1981
- 8225/78 *Ashingdane mot Storbritannia*, avsagt 28. mai 1985
- 11761/85 *Obermeier mot Østerrike*, avsagt 28. juni 1990
- 16130/90 *Sigurður A. Sigurjónsson mot Island*, avsagt 30. juni 1993
- 28249/95 *Kreuz mot Polen*, avsagt 19. juni 2001
- 34503/97 *Demir and Baykara mot Tyrkia*, avsagt 12. november 2008
- 44158/98 *Gorzelik og andre mot Polen*
- 46311/99 *McVicar mot Storbritannia*, avsagt 7. mai 2002
- 59519/00 *Staroszczyk mot Polen*, avsagt 22. mars 2007
- 63945/00 *Weissman og andre mot Romania*, avsagt 24. mai 2006
- 68416/01 *Steel and Morris mot Storbritannia*, avsagt
- 68490/01 *Stankov mot Bulgaria*, avsagt 12. juli 2007
- 75218/01 *Melox et Mox mot Frankrike*, avsagt 12. juni 2007
- 77765/01 *Laskowska mot Polen*, avsagt 13. mars 2007
- 2917/05 *Huseyin Ozel mot Tyrkia*, avsagt 10. januar 2012
- 8932/05 *Sialkowska mot Polen*, avsagt 22. mars 2007

- 11002/05 *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEF) mot Storbritannia*, avsagt 27. februar 2007
- 18176/05 *Wieczorek mot Poland*, avsagt 8. desember 2009
- 35123/05 *Urbanek mot Østerrike*, avsagt 9. desember 2010
- 22840/07 *Harrison McKee mot Ungarn*, avsagt 3. juni 2014
- 23321/09 *Kiran mot Tyrkia*, avsagt 10. januar 2012
- 56778/10 *Foltis mot Tyskland*, avsagt 30. juni 2016
- 20261/12 *Baka mot Ungarn*, avsagt 23. juni 2016
- 45611/13 *Greguric mot Kroatia*, avsagt 15. mars 2018

Forarbeider mv.

Norske forarbeider

- Ot.prp.nr.13 (1999–2000) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven)
- NOU 2001:14 Vårens vakreste eventyr...?
- NOU 2001:32 A Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
- NOU 2001:32 B Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
- Ot.prp.nr.51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Ot.prp.nr.84 (2005–2006) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
- Ot.prp.nr.56 (2006–2007) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)

- St.meld. nr. 18 Arbeidsinnvandring
(2007–2008)
- St.meld. nr. 2 Revidert nasjonalbudsjett 2009
(2008–2009)
- St.meld. nr. 26 Om offentlig rettshjelp – Rett hjelp
(2008–2009)
- Ot.prp.nr.88 Om lov om endringer i allmenngjøringsloven m.m.
(2008–2009) (solidaransvar mv.)
- Prop.134 L Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) og lov om
(2010–2011) lønnsnemnd i arbeidstvister (lønnsnemndloven)
m.m.
- St.meld. nr. 29 Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv.
(2010–2011) Arbeidsforhold, arbeidsmiljø og sikkerheit.
- Prop.74 L Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemanns-
(2011–2012) loven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstake-
re og tiltak i den forbindelse mv.)
- Dokument 16 Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menne-
(2011–2012) skerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember
2011.
- NOU 2012:2 Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU
- Prop.83 L Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for
(2012–2013) fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig
deltid)
- Prop.48 L Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjørings-
(2014–2015) loven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)
- Prop.5 L Endringer i arbeidsmiljøloven (gjennomføring av
(2016–2017) håndhevingsdirektivet mv.)

Prop.80 L (2016–2017)	Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)
Innst.172 L (2016–2017)	Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om Endringer i arbeidsmiljøloven (gjennomføring av håndhevingsdirektivet mv.)
Prop.74 L (2018–2019)	Prop.74 L (2018–2019) Endringer i arbeidsmiljøloven (varsling)
NOU 2020:5	Likhet for loven – Lov om støtte til retts hjelp (retts- hjelpsloven)
NOU 2020:11	Den tredje statsmakt – Domstolene i endring

Internasjonalt

SOU 2015:13	Tillämpningsdirektivet till utstationerings- direktivet – Del I
SOU 2015:38	Tillämpningsdirektivet till utstationerings- direktivet – Del II
Lovforslag L nr. 178 (2015–16)	Forslag til lov om ændring af lov om ud- stationering af lønmodtagere m.v., lov om Arbejdsretten og faglige voldgiftsretter og lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension.
Prop. 2016/17:107	Nya utstationeringsregler
Ds 2017:30	Ett entreprenöransvar i bygg- och anläg- gingsbranschen

Forarbeider fra EU

- A7-0249/2013 Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. Tilgjengelig fra: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0249_EN.html, hentet 5. januar 2021.
- COM(2006) 159 final Communication from the Commission. Guidance on the posting of workers in the framework of the provision of services
- COM(2007) 304 final Communication from the Commission to the Council, the European parliament, the European economic and social committee and the Committee of the regions. Posting of workers in the framework of the provision of services: maximising its benefits and potential while guaranteeing the protection of workers
- COM(2012) 131 final Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on the enforcement of directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services
- COM(2017) 250 final Communication from the Commission to the European parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions. Establishing a European Pillar of Social Rights

- COM(2019) 426 final Report from the Commission to the European parliament, the Council and the European economic and social committee on the application and implementation of Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) 1024/2012 on administrative co-operation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation')
- Forklaringen Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights.
EUT C 303 av 14.12.2007, s. 17–35
- SWD(2012) 63 final Commission staff working document impact assessment. Revision of the legislative framework on the posting of workers in the context of provision of services
- SWD(2016) 52 final Proposal for a directive of the European parliament and the Council amending directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services

Litteratur

- Adams-Prassl (2020) Adams-Prassl, Jeremias. «Article 47 CFR and the effective enforcement of EU labour law: Teeth for paper tigers?» *European Labour Law Journal*, volum 11, nr. 4 (2020) s. 391–402.

- Advokatforeningen (2019) Advokatforeningen. *Rapport om fremtidens fri rettshjelpsordning*. Oslo: Advokatforeningen, 2018. Tilgjengelig fra: https://www.advokatforeningen.no/globalassets/17265/rapport_fremtidens_fri_rettshjelpsordning_web.pdf, hentet 21. desember 2020.
- Alsos og Eldring (2014) Alsos, Kristin og Line Eldring. *Solidaransvar for lønn*. Oslo: Fafo, 2014 (Fafo-rapport 2014:15).
- Aranguiz (2018) Aranguiz, Ane. «Social mainstreaming through the European pillar of social rights: Shielding 'the social' from 'the economic' in EU policymaking.» *European Journal of Social Security*. Volum 20, nr. 4 (2018), s. 341–363.
- Arbeidstilsynet a (u.å.) Arbeidstilsynet. *When the employer will not pay*. u.å. Tilgjengelig fra: <https://www.arbeidstilsynet.no/en/working-conditions/pay-and-minimum-rates-of-pay/lack-of-payment/when-the-employer-will-not-pay/>, hentet 14. juni 2022.
- Arbeidstilsynet b (u.å.) Arbeidstilsynet. *When the employer cannot pay*. u.å. Tilgjengelig fra: <https://www.arbeidstilsynet.no/en/working-conditions/pay-and-minimum-rates-of-pay/lack-of-payment/when-the-employer-cannot-pay/>, hentet 14. juni 2022.
- Arbeidstilsynet c (u.å.) Arbeidstilsynet. *Minimum wage*. u.å. Tilgjengelig fra: <https://www.arbeidstilsynet.no/en/working-conditions/pay-and-minimum-rates-of-pay/minimum-wage/>, hentet 14. juni 2022.

- Arbeidstilsynet d (u.å.) Arbeidstilsynet. *Have you been posted to Norway?* u.å. Tilgjengelig fra: <https://www.arbeidstilsynet.no/en/safety-and-health/posted-workers/>, hentet 14. juni 2022.
- Arbeidstilsynet (2016) Arbeidstilsynet. *Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett.* 18.04.2016. (Høringssvar) Tilgjengelig fra: https://www.regjeringen.no/contentassets/e7de5e46c0e546689363b491d1a7615f/m_arbeidstilsynet_handhevingsdirektivet.pdf?uid=Arbeidstilsynet, hentet 4. juli 2020.
- Arbeidstilsynet (2019) Arbeidstilsynet. *Årsrapport for 2019. Et godt arbeidsliv for alle.* (2019) Tilgjengelig fra: <https://www.arbeidstilsynet.no/contentassets/7ec576afb75a45b69f8a74705ebe9c18/arsrapport---2019.pdf>, hentet 29. november 2020.
- Arbeidstilsynet m.fl. (2019) Arbeidstilsynet, NAV, Politiet og Skatteetaten. *Felles årsrapport for etatenes innsats mot arbeidslivskriminalitet.* (2019) Tilgjengelig fra: <https://www.politiet.no/globalassets/04-aktuelt-tall-og-fakta/arbeidslivskriminalitet/felles-arsrapport-2019---arbeidslivskriminalitet.pdf>, hentet 4. desember 2020.
- Arnesen (2019) Arnesen, Finn. «EU- og EØS-retten.» Harald Irgens-Jensen (red.) *Knophs oversikt over Norges rett.* 15. utg. Oslo: Universitetsforlaget (2019), s. 79–109.
- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode.* 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

- ASD (2016) Arbeids- og sosialdepartementet. *Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett*. 13. januar 2016. (Høringsnotat) Tilgjengelig fra: https://www.regjeringen.no/contentassets/90acc7bcb2794d428f0bded1558e90b8/hoeringsnotat_130116_-if.pdf, hentet 4. juli 2020.
- ASD (2018) Arbeids- og sosialdepartementet. *Instruks om virksomhets- og økonomistyring for Arbeidstilsynet*. 24. mai 2018. Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/052f7f772897495cb32afc2980b6898d/instruks-for-arbeidstilsynet---sist-revidert-240518.pdf>, hentet 2. september 2020.
- ASD a (2020) Arbeids- og sosialdepartementet. *Endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven*. 2. juli 2020. (Høringsnotat) Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/9a57245aabaf407d9b893ae303a2e727/endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljolo-ven.pdf>, hentet 19. oktober 2020.
- ASD b (2020) Arbeids- og sosialdepartementet. *Høringsnotat. Gjennomføring av Direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet*. 6. juli 2020. (Høringsnotat) Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/080420c98237449abf90408712a75328/hoeringsnotat-juli-2020.pdf>, hentet 12. desember 2020.

- ASD c (2020) Arbeids- og sosialdepartementet. *Høringsnotat. Straffeansvar for lønnstyveri og økt strafferamme ved brudd på bestemmelser i arbeidsmiljøloven mv.* 1. oktober 2020. (Høringsnotat) Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/01ac50bc97f94958b42d405bddb24a2e/horingsnotat-1-straffeansvar-for-lonnstyveri-og-okt-strafferamme.pdf>, hentet 25. november 2020.
- ASD og KUD (2020) Arbeids- og sosialdepartementet og Kulturdepartementet. *Høringsnotat. Endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven.* 2. juli 2020. (Høringsnotat) Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/contentassets/9a57245aabaf407d9b893ae303a2e727/endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljoloen.pdf>, hentet 21. desember 2020.
- Backer (1984) Backer, Inge Lorange. *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage.* Oslo: Universitetsforlaget, 1984.
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange. *Norsk sivilprosess.* Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Barnard (2009) Barnard, Catherine. «Restricting restrictions: lessons for the EU from the US?» *Cambridge Law Journal*, volum 68 nr. 3 (2009), s. 575–606.
- Barnard (2012) Barnard, Catherine. *EU Employment Law.* 4. utg. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- Barnard (2014) Barnard, Catherine. «EU employment law and the European social model: the past, the present and the future.» *Current Legal problems*, volum 67, nr. 1 (2014), s. 199–237.
- Barnard (2020) Barnard, Catherine. «Are social ‘rights’ rights?» *European Labour Law Journal*, volum 11, nr. 4 (2020) s. 351–363.
- Beskæftigelsesministeriet (2016) Beskæftigelsesministeriet. *Ny fond skal sikre udstationerende mod snyd med løn*. Pressemelding. 12. februar 2016. Tilgjengelig fra: <https://bm.dk/nyheder-presse/pressemeddelelser/2016/02/ny-fond-skal-sikre-udstationerede-mod-snyd-med-loen/>, hentet 24. november 2020.
- Crauk m.fl. (2010) Crauk, Damien, Déborah Teboul og Audrey Zahm. *Information provided on the posting of workers*. Strasbourg: Institut du travail, University of Strasbourg, 2010.
- Dougan (2013) Michael Dougan. «The impact of the general principles of Union law upon private relationships.» Dore Leczykiewicz og Stephen Weatherill (red.) *The involvement of EU law in private law relationships*. Oxford/Portland: Hart Publishing (2013), s. 71–88.
- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

- EFTA a (u.å.) EFTA. *Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union*. u.å. Tilgjengelig fra: <https://www.efta.int/eea-lex/32019L1152>, hentet 28. desember 2020.
- EFTA b (u.å.) EFTA. *Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*. u.å. <https://www.efta.int/eea-lex/32018L0957>, hentet 28. desember 2020.
- Eide og Stavang (2018) Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*. 2. utg. Oslo: Cappelen Damm akademisk, 2018.
- Eldring m.fl. (2011) Eldring, Line m.fl. *Evaluering av tiltak mot sosial dumping*. Oslo: Fafo, 2011 (Fafo-rapport 2011:09).
- ESA (2009) ESA, 15. juli 2009. 320/09/COL. (brev om avslutning av sak om minstelønn)
- ESA (2011) ESA, 2. mars 2011. 47/11/COL. (brev om avslutning av sak om solidaransvar)
- ESA (2018) ESA, 5. desember 2018. 104/18/COL. (grunnlagt uttalelse om registreringsplikten)
- ESA (2020) ESA, 10. juli 2020. 052/20/COL. (åpningsbrev om endringer i anskaffelsesforskriften)

- EU-domstolen (2019) EU-domstolen. *The year in review. Annual report 2019*. Luxembourg: EU-domstolen, 2020. Tilgjengelig fra: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/ra_pan_2019_interieur_en_final.pdf, hentet 29. desember 2020.
- Eur-Lex (u.å.) Eur-Lex. *Glossary of summaries. Social partners*. u.å. Tilgjengelig fra: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/social_partners.html, hentet 28. desember 2020.
- Europarådet (2020) Europarådet. *Chart of signatures and ratifications of Treaty 005*. u.å. Ajourført til 11. desember 2020. Tilgjengelig fra: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=LMsUK4Rv, hentet 28. desember 2020.
- FIN (2016) Finansdepartementet. *Høringsnotat – forslag om endring av reglene om rapportering av utenlandske oppdragstakere og arbeidstakere til Sentralskattekontoret for utenlandssaker*. 11. oktober 2016. (Høringsnotat) Tilgjengelig fra: https://www.regjeringen.no/contentassets/044eb6c4d6fc4d5dafdfa6c1f6f4d654/hly_horingsnotat.pdf, hentet 24. november 2020.
- Fontecha (2017) Fontecha, Leyre Maiso. «The European pillar of social rights.» *ERA Forum* Volum 18, nr. 2 (2017), s. 149–153.
- Fougner m.fl. (2004) Fougner, Jan m.fl. *Kollektiv arbeidsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

- FRA (2016) European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) og Europarådet. *Handbook on European law relation to access to justice*. Luxembourg: Publications office of the European Union, 2016. Tilgjengelig fra: https://www.echr.coe.int/documents/handbook_access_justice_eng.pdf, hentet 21. desember 2020.
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland. «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten.» *Jussens Venner* nr. 6 (2013), s. 371–399.
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland. «EEA law in and beyond the text of the main part of the EEA agreement.» Finn Arnesen m.fl. (red.) *Agreement on the European Economic Area. A Commentary*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft (2018), s. 124–144.
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 3. utg. Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Friberg m.fl. (2007) Friberg, Jon Horgen og Guri Tyldum. *Polonia i Oslo. En studie av arbeids- og levekår blant polakker i hovedstadsområdet*. Oslo: Fafo, 2007 (Fafo-rapport 2007:27).
- Friberg m.fl. (2011) Friberg, Jon Horgen og Line Eldring. *Polonia i Oslo. Mobilitet, arbeid og levekår blant polakker i hovedstaden*. Oslo: Fafo, 2011 (Fafo-rapport 2011:27).

- Fri rettshjelp – Oslo kommune (2020) Roli, Bente Oftedal. *Høringssvar fra Fri rettshjelp-Oslo kommune*. 23. november 2020. (Høringssvar) Oslo: Fri rettshjelp – Oslo kommune. Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---rettshjelpsutvalgets-utredning-nou-20205/id2705307/?uid=22c5af91-1c95-4e91-bde0-129117882e04>, hentet 28. november 2020.
- Garben (2017) Garben, Sacha. «The constitutional (im) balance between the market and the social in the European union.» *European Constitutional Law Review* Volum 13, nr. 1 (2017), s. 23–61
- Garben (2020) Garben, Sacha. «Balancing social and economic fundamental rights in the EU legal order» *European Labour Law Journal*, volum 11, nr. 4 (2020) s. 364–390.
- Garden (2018) Garden, Sacha. «The European pillar of social rights: effectively addressing displacement?» *European Constitutional Law Review* Volum 14, nr. 1 (2018), s. 210–230.
- Giertsen (2014) Giertsen, Johan. *Avtaler*. 3.utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Hagstrøm og Stenvik (2019) Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik. *Erstatningsrett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

- Hofmann (2014) Hofmann, Herwig CH. «Specific provisions (meaning).» Steve Peers m.fl. (red.) *The EU charter of fundamental rights. A commentary*. Oxford/Oregon: Hart Publishing (2014), s. 1211–1228
- Holopainen (2014) Holopainen, Liisa. «Article 47(3): Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.» Steve Peers m.fl. (red.) *The EU charter of fundamental rights. A commentary*. Oxford/Oregon: Hart Publishing (2014), s. 1269–1272.
- Hov (2019) Hov, Jo. *Rettergang i sivile saker*. 4.utg. Oslo: Papinian, 2019.
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Rettens kilder og anvendelse.» Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.) *Juridisk metode og tenkemåte*. Oslo: Universitetsforlaget (2019), s. 77–112.
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Ingelsrud (2019) Ingelsrud, Mari Holm og Arild H. Steen. *Norsk arbeidsliv 2019. Kompetanse i det digitale arbeidslivet*. (YS Arbeidslivsbarometer 2019) Oslo: Arbeidsforskningsinstituttet AFI, OsloMet – Storbyuniversitetet, 2019.

- JURK (2020) Jonassen, Bjørk Gudmundsdottir. *Årsrapport 2019*. Oslo: JURK, 2020. Tilgjengelig fra: <https://foreninger.uio.no/jurk/publikasjoner/arsrapporter/%C3%85rsrapport%202019.pdf>, hentet 24. november 2020.
- Jussbuss (2020) Tønnesen, Ida. *Årsrapport for Jussbuss 2019*. Stensilserie nr. 145. Oslo: Institutt for kriminologi og rettssosiologi, Universitetet i Oslo, 2020.
- Jusshjelpa i Nord-Norge (2020) Wilhelmsen, Eirin. *Årsrapport 2019*. Tromsø: Jusshjelpa i Nord-Norge, 2020. Tilgjengelig fra: <https://jusshjelpa.no/wp-content/uploads/2020/03/Arsrapport2019.pdf> , hentet 24. november 2020.
- Kjørven m.fl. (2011) Kjørven, Marte Eidsand m.fl. *Foreldelse av fordringer*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Kommisjonen (2013) Kommisjonen. *Employment: Commission welcomes Council agreement on enforcement of posted workers safeguards*. Brussel: Pressemelding. 9. desember 2013. Tilgjengelig fra: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_13_1230 , hentet 24. november 2020.
- Kommisjonen (2016) Kommisjonen. *Revision of the Posting of Workers Directive – frequently asked questions**. (MEMO/16/467) Strasbourg: Faktaark. 8. mars 2016. Tilgjengelig fra: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_467 , hentet 4. desember 2020.

- Langberg (2017) Langberg, Øystein Kløvstad. «EU vil stramme inn regler for arbeidsinnvandrere. «Et viktig skritt i riktig retning,» sier LO.» *Aftenposten*, 25. oktober 2017. Tilgjengelig fra <https://www.aftenposten.no/verden/i/0w3W6/eu-vil-stramme-inn-regler-for-arbeidsinnvandrere-et-viktig-skritt-i-riktig-retning-sier-lo>, lest 4. desember 2020.
- LO (2020) Heimli, Roger og Anne-Lise H. Rolland. *Høring – Rettshjelpsutvalgets utredning NOU 2020:5. 02. November 2020. (Hørings svar)* Oslo: Landsorganisasjonen i Norge. Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---rettshjelpsutvalgets-utredning-nou-20205/id2705307/Download/?vedleggId=8a69adfb-fda4-4e02-b419-75fd18f2fd96>, hentet 28. november 2020.
- Lörcher (2019) Lörcher, Klaus. «Article 47 – Right to an effective remedy and to a fair trial.» Filip Dorsse-mont m.fl. (red.) *The charter of fundamental rights of the European union and the employment relation*. Oxford: Hart Publishing (2019), s. 609–631.
- Lødrup (2009) Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. ved Morten Kjelland. Oslo: Gyldendal Akademisk, 2009.
- Mathisen (2011) Mathisen, Thomas. *Retten i samfunnet: en innføring i retts sosiologi*. 6. utg. Oslo: Pax Forlag, 2011.

- Nergaard (2014) Nergaard, Kristine. *Organisasjonsgrader, tariffavtaledekning og arbeidskonflikter 2013*. Oslo: Fafo, 2014 (Fafo-notat 2014:14).
- Nergaard m.fl. (2015) Nergaard, Kristine, Erling Barth og Harald Dale-Olsen. «Lavere organisasjonsgrad, et spørsmål om nykommere?» *Søkelys på arbeidslivet* Årg. 32, nr. 1-2 (2015), s. 91-110.
- Nergaard (2018) Nergaard, Kristine. *Organisasjonsgrader, tariffavtaledekning og arbeidskonflikter 2016/2017*. Oslo: Fafo, 2018 (Fafo-notat 2018:20).
- Nergaard (2020) Nergaard, Kristine. *Organisasjonsgrader, tariffavtaledekning og arbeidskonflikter 2017/2018*. Oslo: Fafo, 2020 (Fafo-notat 2020:02).
- NHO (2016) Næringslivets Hovedorganisasjon. *Høring – Gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett*. 18. april 2016. (Høringssvar) Tilgjengelig fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-gjennomforing-av-handhevingsdirektivet-i-norsk-rett/id2470247/?uid=92f423a5-cb4c-47b2-9204-8a91d37dbcf4>, hentet 24. november 2020.
- NTAES (2020) Nasjonalt tverrfaglig analyse- og etterretningssenter (NTAES). *Situasjonsbeskrivelse 2020 arbeidslivskriminalitet*. Oslo: NTAES, 2020.

- Pech (2014) Pech, Leurent. «Article 47(2): Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.» Steve Peers m.fl. (red.) *The EU charter of fundamental rights – A commentary*. Oxford/Oregon: Hart Publishing (2014), s. 1250–1258.
- Riesenhuber (2017) Riesenhuber, Karl. «§10. Interpretation of EU secondary law» Karl Reisenhuber (red.) *European legal methodology*. Ius Communitatis Series, Volume 7, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia (2017), s. 231–260
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 4. utg. Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Rådet (2017) Rådet. *European Pillar of Social Rights: Proclamation and signing*. Pressemelding. 17. november 2017. Tilgjengelig fra: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/11/17/european-pillar-of-social-rights-proclamation-and-signing/>, hentet 24. november 2020.
- Schei m.fl. (2013) Schei m.fl. *Tvisteloven. Kommentartutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013. Ajourført til 1. desember 2019. Hentet fra *Juridika.no*.
- Sejerstedt m.fl. (1995) Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-rett*. 1. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 1995.
- Sejerstedt m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-rett*. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

- Skjønberg m.fl. (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt. *Individuell Arbeidsrett*. 2. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017.
- Statsforvalteren (2021) Statsforvalteren. *Vi har fått nytt namn*. 2. januar 2021. Tilgjengelig fra: <https://www.fylkesmannen.no/portal/Nyheter/2021/01/vi-har-fatt-nytt-namn2/>, hentet 5. januar 2021.
- Storeng m.fl. (2020) Storeng, Nils H m.fl. *Arbeidslivets spilleregler*. 5. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Streinz (2017) Streinz, Rudolf «§7. Interpretation and development of EU primary law.» Karl Reisenhuber (red.) *European Legal Methodology*. Ius Communitatis Series, Volume 7, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia (2017), s. 151–170
- Sundet (2018) Sundet, Tron Løkken. *Kollektiv arbeidsrett – en innføring*. Oslo: Cappelen Damm AS, 2018.
- Tomuschat (1993) Tomuschat, Christian. «Freedom of association.» Herbert Petzold, Franz Matscher og Ronald St. J Macdonald (red.) *The European system for the protection of human rights*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers (1993), s. 693–513.

- Van Drooghenbroech (2013) Van Drooghenbroech, Sébastien «Labour law litigation and fair trial under article 6 ECHR.» Filip Dorssemont, Klaus Lörcher og Isabelle Schömann (red.) *The European convention on human rights and the employment relation*. Oxford and Portland: Hart Publishing (2013) s. 159–182.
- Van Hiel (2013) Van Hiel, Isabelle. «The right to form and join trade unions.» Filip Dorssemont, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann (red.) *The European convention on human rights and the employment relation*. Oxford/Portland: Hart Publishing (2013) s. 287–308.
- Vitkauskas og Dikov (2017) Vitkauskas, Dovydas og Grigoriy Dikov. *Protecting the right to a fair trial under the European convention on human rights – a handbook for legal practitioners*. 2. utg. Strasbourg: Europarådet, 2017.
- Wagner (2018) Wagner, Ines. *Workers without borders*. Ithaca/London: Cornell University Press, 2018.
- Ward (2014) Ward, Angela. «Text of explanatory note on article 47.» Steve Peers m.fl. (red.) *The EU charter of fundamental rights – A commentary*. Oxford/Oregon: Hart Publishing (2014), s. 1197–1200.
- Weltzien (2016) Weltzien, Kurt. *Boikott i arbeidskampssammenheng*. Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo: Oslo, 2016.

- Workplace Denmark (u.å) Workplace Denmark. *Pay and working hours for posted workers*. u.å. Tilgjengelig fra: <https://workplacedenmark.dk/working-conditions/pay-and-working-hours/>, hentet 28. desember 2020.
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 10. utg. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2017.

Andre kilder

- Workinnorway.no, hentet 14. januar 2021
- Arbeidstilsynet.no/pl, hentet 14. januar 2021
- Sua.no, hentet 14. januar 2021
- E-post fra Heidi Fjeldstad, kontormedarbeider i JURK, 16. juni 2020.
- E-post fra Per Olav Hernes, senior kommunikasjonsrådgiver i Arbeidstilsynet, 18. august 2020.
- E-post fra Magne Djup, fagdirektør hos Fylkesmannen i Innlandet, 21. september 2020.
- E-post fra Anita Rist, faggruppeleder hos Fylkesmannen i Agder, 22. september 2020.
- E-post fra Heidi Pedersen, seniorrådgiver juridisk hos Fylkesmannen i Troms og Finnmark, 22. september 2020.
- E-post fra Anne Mari Hermannstad, rådgiver hos Fylkesmannen i Trøndelag, 30. september 2020.
- E-post fra Tove Røberg, fagleder hos Fylkesmannen i Møre og Romsdal, 26. oktober 2020.
- E-post fra Anna Karin Hauge, fagsjef hos Statsforvalteren i Vestfold og Telemark, 5. januar 2021.

E-post fra Odd Geir Aarrestad, seniorrådgiver hos Statsforvalteren i Rogaland, 23. mars 2021.

Møte med Jonas Bals, rådgiver i LO, 3. september 2020.

Telefonsamtale med N.N., Arbeidstilsynets Svartjeneste, 10. november 2020.

Telefonsamtale med N.N., Arbeidstilsynets Svartjeneste, 14. juni 2022.

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

