

Høringsnotat

Gjennomføring av Direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet

6. juli 2020

Innhold

1 Innledning.....	4
2 Endringsdirektivet i hovedtrekk – bakgrunn, formål og innhold	5
2.1 Bakgrunn og formål.....	5
2.2 Begrepsavklaring.....	6
2.3 Hovedtrekkene i endringsdirektivet – kort om de enkelte elementene.....	7
2.4 Gjennomføringen av endringsdirektivet i EU	9
3 Sammenhengen mellom utsendingsdirektivet og andre relevante EU-rettsakter som gjelder arbeidsvilkår for mobile arbeidstakere	9
3.1 Forholdet til håndhevingsdirektivet.....	9
3.2 Forholdet til vikarbyrådirektivet.....	10
3.3 Forholdet til European Labour Authority.....	11
3.4 Forholdet til nye regler for vegtransportsektoren (Mobilitetspakken).	11
4 Gjennomføring av endringsdirektivet i norsk rett – overordnede betraktninger	12
5 Formål og virkeområde. Endringsdirektivet artikkel 1(1) a og b	12
5.1 Gjeldende rett	12
5.1.1 Utsendingsdirektivet.....	12
5.1.2 Utsendingsforskriften	13
5.2 Hva innebærer endringsdirektivet?.....	13
5.3 Departementets vurderinger og forslag	14
6 Utsending av arbeidstakere fra vikarbyrå. Endringsdirektivet artikkel 1 (1) c og (2) b (1b)	14
6.1 Gjeldende rett	14
6.1.1 Utsendingsdirektivet.....	14
6.1.2 Norsk rett.....	14
6.2 Hva innebærer endringsdirektivet?.....	15
6.2.1 Kobling til vikarbyrådirektivet	15
6.2.2 "Dobbel utsending"	16
6.3 Departementets vurdering og forslag	17
6.3.1 Kobling til vikarbyrådirektivet	17
6.3.2 "Dobbel utsending"	17
7 Endringer i listen over arbeids- og ansettelsesvilkår. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) a.....	18
7.1 Gjeldende rett	19
7.1.1 Utsendingsdirektivet.....	19
7.1.2 Norsk rett - utsendingsforskriften mv.....	19
7.2 Hva innebærer endringsdirektivet?.....	20

7.2.1	Nytt lønnsbegrep	20
7.2.2	Dekning av utgifter til reise, kost og losji	21
7.2.3	Innkvartering som arbeidsgiver stiller til rådighet	21
7.3	Gjennomføring i norsk rett - departementets vurderinger og forslag	21
7.3.1	Nytt lønnsbegrep - godtgjørelse	21
7.3.2	Dekning av utgifter til reise, kost og losji	22
7.3.3	Innkvartering som arbeidsgiver stiller til rådighet	23
8	Beregning av ytelser knyttet til utsending. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) c.....	23
8.1	Gjeldende rett	23
8.1.1	Utsendingsdirektivet.....	23
8.1.2	Norsk rett.....	24
8.2	Hva innebærer endringsdirektivet?.....	24
8.3	Departementets vurderinger og forslag	25
9	Arbeids- og ansettelsesvilkår ved langvarig utsending. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) b.....	25
9.1	Innledende kommentarer	25
9.2	Gjeldende rett	26
9.2.1	Utsendingens varighet	26
9.2.2	Nasjonale regler om arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere i dag	27
9.2.3	Praktisk gjennomføring av dagens regler, tilsyn, dokumentasjonskrav mv.	27
9.3	Hva innebærer endringsdirektivet?.....	28
9.3.1	Ny regulering om utvidet vern ved langvarig utsending	28
9.3.2	Nærmere om beregning av utsendingens varighet	28
9.3.3	Nærmere om kravet til begrunnet melding.....	29
9.3.4	Nærmere om hva som inngår i det utvidede vernet: alle vertslandets regler om arbeids- og ansettelsesvilkår.....	30
9.3.5	Unntakene.....	30
9.4	Departementets vurderinger og forslag	31
9.4.1	Innledning.....	31
9.4.2	Hvilke regler i norsk rett skal inngå i det utvidede vernet ved langvarig utsending?.....	31
9.4.3	Kontroll med at reglene ved langvarig utsending etterleves	33
10	Allmenngyldige tariffavtaler. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) d.....	34
10.1	Gjeldende rett – utsendingsdirektivet og norsk rett.....	34
10.2	Hva innebærer endringsdirektivet?.....	35
10.3	Departementets vurdering og forslag	35

11 Informasjon - myndighetssamarbeid	36
11.1 Gjeldende rett – utsendingsdirektivet, håndhevingsdirektivet og norsk rett	36
11.2 Hva innebærer endringsdirektivet?.....	37
11.3 Departementets vurderinger og forslag	37
12 Tilsyn, kontroll og håndheving. Endringsdirektivet artikkel 1 (4)	37
12.1 Gjeldende rett	37
12.2 Hva innebærer endringsdirektivet?.....	38
12.2.1 Ny artikkel 5	38
12.2.2 Forholdsmessighetskrav ved sanksjoner – mangelfull informasjon.....	39
12.3 Departementets vurderinger og forslag	40
13 Vern ved varsling for utsendte arbeidstakere	40
13.1 Innledning.....	40
13.2 Gjeldende rett	41
13.3 Departementets vurdering	41
14 Andre endringer i utsendingsforskriften.....	42
14.1 Utsendingsforskriften § 3 først ledd bokstav c – henvisning til arbeidsmarkedsloven	42
14.2 Utsendingsforskriften § 1 om virkeområdet - presisering	43
14.3 Utsendingsforskriften § 5 om informasjon og samarbeid - harmonisering	43
15 Økonomiske og administrative konsekvenser	43
15.1 Generelt	43
15.2 Konsekvenser for tilsynsmyndighetene.....	43
15.3 Konsekvenser for virksomheter og arbeidsgivere	44
16 Forslag til endringer i utsendingsforskriften	44

1 Innledning

Dette høringsbrevet omhandler forslag til endringer i reglene om utsendte arbeidstakere i forskrift om utsendte arbeidstakere (utsendingsforskriften)¹. Formålet er å gjennomføre Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/957 om endring av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteytelser (heretter kalt "endringsdirektivet") i norsk rett.

Utsendingsdirektivet ble vedtatt i 1996 og er gjennomført i norsk rett gjennom arbeidsmiljøloven og utsendingsforskriften. Med utsending av arbeidstakere menes situasjonen der en arbeidstaker sendes av sin arbeidsgiver fra en medlemsstat til en annen i forbindelse med en midlertidig tjenesteytelse.

¹ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566, gitt med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 1-7.

Utsendingsdirektivet regulerer hvilke av vertslandets regler om lønns- og arbeidsvilkår som skal gjelde for utsendte arbeidstakere i forbindelse med tjenesteytelsen. Direktivet pålegger ikke medlemsstatene å innføre bestemte regler om arbeids- og ansettelsesvilkår, men det krever at reglene om lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for medlemsstatens nasjonale arbeidstakere, også skal gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere. Samtidig kan ikke medlemsstatene gjøre gjeldende andre arbeids- og ansettelsesvilkår enn dem som er listet opp i direktivet.

Direktivet angir tre ulike situasjoner der det kan være snakk om utsending av arbeidstakere:

- a) når en virksomhet etter avtale med en mottaker av tjenesteytelser i et annet medlemsland, sender en arbeidstaker dit for egen regning og risiko og under egen ledelse, eller
- b) når en virksomhet sender en arbeidstaker til et forretningssted eller virksomhet i et annet medlemsland som inngår i konsernet, eller
- c) når en virksomhet i egenskap av å være vikarbyrå eller annen virksomhet som stiller arbeidstakere til rådighet, sender arbeidstakere til en virksomhet i et annet medlemsland.

Det må være et ansettelsesforhold mellom arbeidstakeren og virksomheten i utsendingsperioden. Det forutsettes også at det finnes en avtale mellom tjenesteyteren og en tjenestemottaker i det landet tjenesten skal utføres (i vertslandet).

I norsk kontekst er reglene om utsending av arbeidstakere helt sentralt i arbeidet for å motvirke arbeidslivskriminalitet og forskjellsbehandling mellom utenlandske arbeidstakere og norske arbeidstakere. Direktivet setter blant annet rammene for hvilke lønns- og arbeidsvilkår Tariffnemnda kan bestemme at skal gjelde for alle i en bransje gjennom allmenngjøring av tariffavtaler.

Utgangspunktet her er at det bare er de lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtalen som ligger innenfor de typer av vilkår som er opplistet i direktivet, som kan allmenngjøres.

Hvilke norske regler om arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere følger av utsendingsforskriften. Disse reglene håndheves av Arbeidstilsynet.

Høringsbrevet er lagt opp slik at det først gis en omtale av hovedtrekkene i og bakgrunnen for endringsdirektivet (kapittel 2) og om sammenhengen mellom utsendingsdirektivet og øvrige relevante EU-rettsakter om arbeidsvilkår for mobile arbeidstakere (kapittel 3). Deretter gjennomgås de ulike artiklene og vurderinger opp mot norsk rett (kapittel 5 til 12). Høringsbrevet omfatter også forslag til enkelte andre endringer i utsendingsforskriften som ikke springer ut av endringsdirektivet (kapittel 13 og 14).

Endringsdirektivet er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Denne prosessen pågår parallelt med arbeidet med å forberede endringer i nasjonal lovgivning, i samarbeid med de øvrige EØS-landene. Departementets vurdering er at endringsdirektivet er EØS-relevant, og kan innlemmes i EØS-avtalen uten annet enn tekniske tilpasninger. Det vises til omtale i kapittel 4 nedenfor.

2 Endringsdirektivet i hovedtrekk – bakgrunn, formål og innhold

2.1 Bakgrunn og formål

Forslaget til endringsdirektiv ble lagt frem av EU-kommisjonen i 2018, etter at det noen tid hadde vært varslet en "målrettet gjennomgang" av utsendingsdirektivet. Bakgrunnen for at man anså at det var et

behov for en gjennomgang og eventuelt en revisjon av direktivet var en kombinasjon av flere forhold; både tvil om tolkningen av reglene, herunder flere saker for EU-domstolen, og utfordringer med manglende gjennomføring og etterlevelse. Utsendingsdirektivet har dessuten vært gjenstand for debatt og en viss uro over mange år. Dette skyldes blant annet motstridende interesser mellom ulike medlemsland, hvor en tydelig skillelinje går mellom typiske avsenderland i Øst-Europa, og typiske mottakerland i Vest- og Nord-Europa.

For å bøte på mangelfull gjennomføring og etterlevelse av reglene i utsendingsdirektivet, vedtok EU i 2014 et eget håndhevingdirektiv² til utsendingsdirektivet. Dette direktivet hadde gjennomføringsfrist i EUs medlemsstater i juni 2016. Direktivet ble gjennomført i norsk rett ved endringer i regelverket som trådte i kraft i 2017. Det vises også til nærmere omtale av håndhevingsdirektivet i punkt 3.1. I 2019 la Kommisjonen frem en rapport om hvordan håndhevingsdirektivet er gjennomført i medlemsstatene³. I 2019 publiserte Kommisjonen også en veiledning til reglene om utsendte arbeidstakere: Practical Guide on posting of workers⁴. Veiledningen dekker både utsendingsdirektivet, håndhevingsdirektivet og endringsdirektivet. Den retter seg mot både arbeidstakere, arbeidsgivere og nasjonale myndigheter og intensjonen er å bidra til bedre forståelse av reglene, og med det korrekt og konsistent anvendelse av reglene. Dokumentet er først og fremst ment som en praktisk veiledning til reglene, og ikke en rettslig bindende tolkning av direktivene.

Endringsdirektivet ble vedtatt i EU i juni 2018, og fastsetter en rekke endringer i utsendingsdirektivet, og presiserer og utfyller dessuten mange av bestemmelsene i håndhevingsdirektivet. Kommisjonen uttalte i forbindelse med forslaget at en revisjon av direktivet var nødvendig for å sikre at reglene fortsatt oppfyller sitt formål.

Endringsdirektivets overordnede formål er å sørge for større grad av likebehandling mellom utsendte arbeidstakere og vertslandets egne arbeidstakere ("lik lønn for likt arbeid på samme sted"⁵). Dette står i en viss kontrast til det som hittil har vært rådende for utsendte arbeidstakere, nemlig at arbeidsforholdet som hovedregel er regulert av hjemlandet/etableringslandets rett, men at visse "kjernevilkår" i vertslandets rett likevel gjelder for arbeidsforholdet. I tillegg tydeliggjøres statenes forpliktelse til å sørge for at relevant og nødvendig informasjon om nasjonale regler om arbeids- og ansettelsesvilkår for utsendte arbeidstakere gjøres tilgjengelig på en transparent og brukervennlig måte.

2.2 Begrepsavklaring

Endringsdirektivet er fragmentert og ikke så leservennlig. Det finnes foreløpig ikke noen konsolidert versjon av utsendingsdirektivet med de nå vedtatte endringene. De to direktivene må derfor leses i nær sammenheng med hverandre.

Begrepsbruken i endringsdirektivet følger i hovedtrekk det som gjelder for utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet, og slik disse direktivene er gjennomført i norsk rett. Det er imidlertid grunn til

² Direktiv 2014/67/EU om håndhevingen av Direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere innenfor rammen av tjenesteytelser, og om endring av Forordning (EU) nr. 1024/2012 om administrativt samarbeid gjennom Indre marked Informasjonssystem (IMI-forordningen).

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2019:426:FIN>

⁴ file:///C:/Users/asd1739/Downloads/Practical-guide-posting-workers_EN.pdf

⁵ Uttalt av EU-kommisjonens president Juncker da Kommisjonen fremmet forslaget til endringer i utsendingsdirektivet 8. mars 2016

å knytte noen bemerkninger til bruken av begrepene "arbeids- og ansettelsesvilkår" og "lønns- og arbeidsvilkår".

Både utsendingsdirektivet, håndhevingsdirektivet og endringsdirektivet bruker "arbeids- og ansettelsesvilkår". Samme begrep er brukt i utsendingsforskriften. På den annen side, i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven er "lønns- og arbeidsvilkår" et innarbeidet begrep. Denne divergensen var et tema i forbindelse med gjennomføringen av håndhevingsdirektivet, og ble omtalt på følgende måte i Prop. 5 L (2016-2017) punkt 5.3.2:

5.3.2 Endring i ordlyd

Lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere i Norge følger av flere lover enn bare arbeidsmiljøloven. Ordlyden i forskriftshjemmelen i arbeidsmiljøloven § 1-7 fjerde ledd kan fremstå som noe uklar, og departementet foreslår derfor å endre ordlyden slik at det uttrykkelig fremgår at det kan gis forskrift om «hvilke lønns- og arbeidsvilkår» som skal gjelde for utsendte arbeidstakere. Utsendingsforskriften § 2, som regulerer hvilke bestemmelser som gjelder for utsendte arbeidstakere til Norge, bruker begrepet «arbeids- og ansettelsesvilkår». Imidlertid brukes begrepet «lønns- og arbeidsvilkår» andre steder i arbeidsmiljøloven. Det taler for at «lønns- og arbeidsvilkår» også brukes i § 1-7. I tillegg vises det til at dette er et innarbeidet begrep i annen lovgivning på arbeidslivsområdet. Departementet foreslår derfor å bruke begrepet «lønns- og arbeidsvilkår» i § 1-7, men presiserer at begrepet skal forstås på tilsvarende måte som begrepet «arbeids- og ansettelsesvilkår» i utsendingsforskriften § 2.

Departementet legger tilsvarende til grunn også i dette høringsbrevet. Det vil si at begrepet "arbeids- og ansettelsesvilkår" benyttes i omtalen av direktivene, og utsendingsforskriften.

2.3 Hovedtrekkene i endringsdirektivet – kort om de enkelte elementene

Endringsdirektivet introduserer for det første en ny formålsbestemmelse, se artikkel 1 (1) (b). Det er her to sentrale elementer. Det er nå uttrykkelig sagt at beskyttelse av arbeidstakerne inngår blant direktivets formål. Videre er det tatt inn en bestemmelse som tydeliggjør at direktivet ikke griper inn i utøvelsen av grunnleggende rettigheter som er anerkjent på EU-nivå og i medlemsstatene, herunder streikeretten, eller til å ta andre skritt i henhold til medlemsstatenes arbeidsmarkedsmodeller.

Endringsdirektivet erstatte utsendingsdirektivets begrep "minstelønn" med begrepet "godtgjørelse" i den uttømmende listen som angir hvilke type arbeids- og ansettelsesvilkår i vertslandets lovgivning som skal gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere. Det er presisert at det (som før) er medlemsstatenes nasjonale lønnsbegrep som skal legges til grunn. Alle lønns-elementer som er obligatoriske etter nasjonal rett, skal også gjelde for utsendte arbeidstakere.

Videre legger endringsdirektivet til to nye vilkår i listen over arbeids- og ansettelsesvilkår som skal gjelde for utsendte arbeidstakere; nemlig dekning av utgifter til reise, kost og losji (ny bokstav i), og krav til innkvartering som arbeidsgiver stiller til rådighet (ny bokstav h). Direktivet pålegger ikke statene å innføre nasjonale regler om dette, men der statene har regler som er obligatoriske for "egne" arbeidstakere, skal de gjelde tilsvarende for utsendte arbeidstakere.

Det er presisert at den nye bestemmelsen om dekning av utgifter til reise, kost og losji kun gjelder for utgifter i forbindelse med reiser som pålegges under utsendingen, det vil si *i vertslandet*. Det kan enten være når en utsendt arbeidstaker pålegges å reise til og fra det alminnelige arbeidsstedet internt i vertslandet (det vil si reise mellom bostedet i vertslandet og arbeidsstedet i vertslandet), *eller* når en utsendt arbeidstaker sendes midlertidig fra det alminnelige arbeidsstedet i vertslandet til et annet arbeidssted (enten i vertslandet eller i et annet land).

Et sentralt nytt element i endringsdirektivet gjelder langvarig utsending. I en ny bestemmelse slås det fast at i tilfeller der utsendingsperiodens faktiske varighet overstiger 12 måneder, skal de arbeidstakerne som utfører tjenesten omfattes av all arbeidsrettslig lovgivning i vertslandet – med unntak av regler om inngåelse og opphør av ansettelsesforholdet, regler om supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger, og regler om konkurransebegrensende avtaler. Dersom utsendingsvirksomheten leverer en såkalt grunnlagt melding ("begrunnet meddelelse") til myndighetene i vertslandet, kan perioden forlenges fra 12 til 18 måneder før det utvidede vernet slår inn.

Endringsdirektivet har to nye bestemmelser om utsending fra bemanningsforetak. For det første presiseres det i artikkel 1 (2) (b) 1b) at arbeidstakere som sendes ut fra bemanningsforetak skal ha de samme arbeids- og ansettelsesvilkårene som arbeidstakere i bemanningsforetak etablert i vertslandet har krav på etter nasjonal lovgivning som gjennomfører vikarbyrådirektivet (direktiv 2008/104/EF). I utsendingsdirektivet er det i dag valgfritt for medlemsstatene å kreve dette. Videre har endringsdirektivet en bestemmelse om "dobbeltsending", også kalt "kjedeutsending" ("chain posting"), jf. artikkel 1 (1) (c) (ii). Denne bestemmelsen tar sikte på å klargjøre ansvarsforholdene mellom bemanningsforetaket og innleievirksomheten, der en innleievirksomhet sender en innleid (ansatt i bemanningsforetak) videre på oppdrag i forbindelse med midlertidig tjenesteyting. I denne situasjonen er det bemanningsforetaket (arbeidsgiveren), og ikke innleievirksomheten, som skal anses som utsendervirksomheten og dermed har ansvaret for at kravene til arbeids- og ansettelsesvilkår oppfylles. For å sette bemanningsforetaket bedre i stand til å sørge for riktige arbeids- og ansettelsesvilkår, pålegges innleievirksomheten å i rimelig tid før oppdraget starter, underrette bemanningsforetaket om at arbeidstakeren sende på oppdrag i en annen medlemsstat.

Videre fastslår endringsdirektivet at vertslandets regler som følger av allmenngjorte tariffavtaler skal gjelde for utsendte arbeidstakere i alle bransjer. I utsendingsdirektivet er dette kun obligatorisk i bygg- og anleggsbransjen. Endringsdirektivet åpner også for at medlemsstater som har systemer for allmenngjøring av tariffavtaler, kan velge å gjøre gjeldende andre tariffavtaler enn de som er allmenngjort etter det nasjonale systemet. Forutsetningen er enten at tariffavtalen gjelder allment, dvs. for alle lignende virksomheter innenfor det aktuelle geografiske området/bransjen, eller at det er tale om en landsomfattende tariffavtale som er inngått av de mest representative arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene.

I endringsdirektivet forsterkes informasjonsansvaret som følger av utsendingsdirektivet, ved at det blant annet knyttes rettsvirkninger til manglende informasjon. Av endringsdirektivet artikkel 1 (2) siste avsnitt følger det at i en situasjon der nasjonale myndigheter i strid med håndhevingsdirektivet artikkel 5 ikke har gjort tilgjengelig adekvat informasjon om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder, skal dette forholdet tillegges vekt ved eventuell sanksjonering av brudd på reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår, så langt det er nødvendig for at sanksjonen skal være forholdsmessig.

Endringsdirektivet følger opp problematikken knyttet til vurderingen av om det er tale om reell utsending i utsendingsdirektivets forstand. I håndhevingsdirektivet artikkel 4 er det oppstilt en rekke kriterier som skal inngå i en konkret helhetsvurdering av om en situasjon er reell utsending. Endringsdirektivet artikkel 1 (4) fjerde og femte avsnitt omhandler situasjoner der myndighetene, etter en helhetsvurdering av kriteriene i artikkel 4 i håndhevingsdirektivet, slår fast at en virksomhet uriktig har gitt inntrykk av at en arbeidstaker faller innenfor direktivets virkeområde. I en slik situasjon er statene forpliktet til å sørge for at arbeidstakeren får det vern som følger av relevant lovgivning eller praksis. Det er presisert at den aktuelle arbeidstakeren skal ha minst like gode vilkår som det som ville gjelde for utsendte arbeidstakere.

I endringsdirektivet er også betydningen av myndighetssamarbeid over landegrensene ytterligere understreket, gjennom presiseringer om hva samarbeidet skal omfatte, se artikkel 1 (3).

2.4 Gjennomføringen av endringsdirektivet i EU

Ifølge endringsdirektivet artikkel 3 er gjennomføringsfristen for EUs medlemsland 30. juli 2020. Samtidig er det uttrykkelig fastsatt at det opprinnelige direktivet, og de nasjonale regler som er vedtatt for å gjennomføre det direktivet, gjelder frem til denne datoen.

Under ledelse av Kommisjonen har det vært nedsatt en undergruppe under Ekspertgruppen for utsending av arbeidstakere⁶, som er sammensatt av representanter fra medlemslandene, EFTA-landene og arbeidslivets parter på europeisk nivå. **Undergruppen har utarbeidet en rapport⁷ om hvordan endringsdirektivet bør gjennomføres i nasjonal rett. Rapporten er ikke rettslig bindende.**

Når det gjelder innlemmelse av endringsdirektivet i EØS-avtalen og prosessen med gjennomføring i norsk rett, vises det til punkt 4 nedenfor.

3 Sammenhengen mellom utsendingsdirektivet og andre relevante EU-rettsakter som gjelder arbeidsvilkår for mobile arbeidstakere

3.1 Forholdet til håndhevingsdirektivet

Håndhevingsdirektivet ble vedtatt i EU 15. mai 2014 og har som formål å styrke gjennomføringen og etterlevelsen av reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av utsendingsdirektivet. Håndhevingsdirektivet ble gjennomført i norsk rett fra 1. juli 2017 med endringer i arbeidsmiljøloven, forskrift om utsendte arbeidstakere og SI-forskriften⁸.

Bakgrunnen for å vedta et eget direktiv om håndhevingen av utsendingsdirektivet var først og fremst de mange utfordringene knyttet til tolkningen og implementeringen av utsendingsdirektivet som var avdekket i EØS-statene, særlig med hensyn til manglende håndheving og etterlevelse av reglene. Håndhevingsdirektivet gir dermed regler som er direkte knyttet til utsendingsdirektivet, gjennom å styrke håndhevingen og etterlevelsen av reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av utsendingsdirektivet. Slik sett er direktivene komplementære og er ment å være gjensidig forsterkende.

⁶ Committee of Experts on Posting of Workers, jf. Kommisjonsbeslutning 19. november 2008,

⁷ **Forventes at rapporten blir offentlig i løpet av april/mai 2020.**

⁸ Forskrift 1. juni 2013 nr. 565 til SI-loven (Lov om Statens Innkrevingsentral)

Håndhevingsdirektivet fokuserer særlig på å sikre bedre informasjon om gjeldende regelverk og styrket myndighetssamarbeid på tvers av landegrensene. Direktivet søker å balansere statenes behov for effektive kontrolltiltak og mekanismer som hindrer at utsendte arbeidstakere utsettes for sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, mot utsendingsvirksomhetenes behov for forutsigbarhet og klarhet med hensyn til hvilke regler som gjelder når de yter tjenester på tvers av landegrensene.

Direktivet inneholder blant annet regler som skal gi tilsynsmyndighetene veiledning i vurderingen av hva som er reell utsending av arbeidstaker. En definisjon av utsending av arbeidstaker er gitt i utsendingsdirektivet, men innholdet er klargjort i håndhevingsdirektivet for å forhindre misbruk og omgørelser av regelverket.

Videre har håndhevingsdirektivet regler som forplikter EØS-statene til å gi tilstrekkelig informasjon om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere, og regler om forsterket myndighetssamarbeid mellom medlemslandene. Videre har direktivet regler om hvilke nasjonale kontrollmekanismer som kan innføres i nasjonal rett.

3.2 Forholdet til vikarbyrådirektivet

Vikarbyrådirektivet⁹ ble vedtatt 19. november 2008 og har som formål å sikre beskyttelse av utleide arbeidstakere, og å bedre deres vilkår gjennom å innføre et prinsipp om likebehandling. Likebehandlingsprinsippet innebærer at lønns- og arbeidsvilkår for den utleide arbeidstakeren minst skal tilsvare de vilkår som ville gjelde hvis den utleide arbeidstakeren var direkte ansatt i innleievirksomheten, så lenge oppdraget varer. Direktivet skal også bidra til å anerkjenne vikarbyråene som arbeidsgivere, og til å etablere passende rammer for anvendelsen av utleid arbeidskraft.

Når en arbeidstaker leies ut for et begrenset tidsrom fra et vikarbyrå etablert i et medlemsland i EU/EØS til en innleievirksomhet etablert i et annet medlemsland, kommer både utsendingsdirektivet og vikarbyrådirektivet til anvendelse. Mange utsendte arbeidstakere er altså samtidig utleide arbeidstakere. Utsendingsdirektivet er et direktiv om lovvalg, og regulerer hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som skal gjelde for arbeidstakere som blir utsendt fra hjemlandet for å jobbe i et annet land i sammenheng med tjenesteyting. Vikarbyrådirektivet gjelder innleie av arbeidskraft uavhengig av fra hvilket land arbeidskraften kommer fra, og regulerer arbeids- og ansettelsesvilkår for innleide arbeidstakere gjennom likebehandlingsprinsippet.

Etter utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 9 kan medlemsstatene bestemme at et vikarbyrå som sender ut arbeidstakere på oppdrag til et annet medlemsland, skal sikre disse de samme vilkår som de som gjelder for utleide arbeidstakere i den medlemsstaten der arbeidet utføres. Det innebærer at medlemsstatene etter utsendingsdirektivet kan innføre regler som bestemmer at en utleid arbeidstaker som er utsendt (fra et annet EU/EØS-land) kan kreve arbeids- og ansettelsesvilkår som tilsvare vilkårene utleide arbeidstakere som ikke er utsendt, har krav på. Ved gjennomføringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett ble det lagt til grunn at likebehandlingsprinsippet fikk anvendelse for utsendte arbeidstakere som er utleid, jf. Prop. 74 L (2011-2012). Dette er gjennomført i utsendingsforskriften § 3 som slår fast at arbeidsmiljøloven §§ 14-12 til 14-15 får anvendelse for utsendte arbeidstakere.

⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid

3.3 Forholdet til European Labour Authority

I 2019 vedtok EU en forordning¹⁰ om etablering av European Labour Authority (ELA). ELA skal bidra til å sikre at EU-reglene om arbeidsmobilitet og trygdekoordinering håndheves på en rettfærdig og effektiv måte, og gjøre det enklere for borgere og virksomheter å nyttiggjøre seg av fordelene av det indre marked. ELA skal ha følgende hovedoppgaver: informere om og koordinere EURES (The European Job Mobility Portal), legge til rette for samarbeid og informasjonsutveksling mellom medlemsstatene, koordinere og legge til rette for felles tilsyn, utføre analyser og risikovurderinger vedrørende grensekryssende arbeidsmobilitet, støtte medlemsstatene i kapasitetsbygging knyttet til anvendelse og håndheving av den aktuelle EU-retten, støtte medlemsstatene når det gjelder å håndtere svart arbeid, og megle i tvister mellom medlemsstater som gjelder anvendelsen av den relevante EU-retten. ELA har ikke kompetanse til å treffe beslutninger som binder medlemsstatene, aktører i markedet, eller borgere. Deltagelse i ELA innebærer ikke at statene overfører myndighet.

Reglene om utsendte arbeidstakere er omfattet av ELAs kompetanse. ELA får dermed et ansvar for å legge til rette for bedre informasjon om regelverket og myndighetssamarbeid, herunder informasjonsutveksling og felles tilsyn, noe som er sentrale tiltak i endringsdirektivet.

En rekke grupper, komiteer og samarbeidsfora som i dag styres av Kommisjonen, vil bli overført til ELA. Dette gjelder blant annet Ekspertgruppen for utsending av arbeidstakere, og Den europeiske plattformen for samarbeid mot svart/uformelt arbeid

Forordningen om ELA er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Dette er nå under vurdering i EFTA-statene. Fra norsk side er forordningen vurdert som EØS-relevant, og intensjonen er å delta i så stor grad som mulig i ELAs operative virksomhet. Pr. i dag er Norge representert i ELAs styre (Management Board) med observatørstatus.

3.4 Forholdet til nye regler for vegtransportsektoren (Mobilitetspakken).

I 2017 la Kommisjonen frem en pakke med forslag til en rekke regelendringer for transportbransjen (Mobilitetspakken). Her inngår et forslag til et endringsdirektiv¹¹ til Direktiv 2006/22/EC om sosiale regler innen vegtransportsektoren, som innfører særlige regler for hvordan utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet skal anvendes i vegtransportsektoren. Dette har over lang tid vært et omstridt tema. Deler av næringen har ment at utsendingsdirektivet ikke er tilpasset denne sektoren, og at direktivet legger for strenge restriksjoner på virksomhetene. Samtidig ser man mange eksempler på at arbeidstakere i bransjen jobber på dårlige vilkår, og at det er utfordringer knyttet til håndheving av reglene. Etter krevende forhandlinger ble det oppnådd en foreløpig enighet mellom Rådet, Parlamentet og Kommisjonen i desember 2019, men reglene er foreløpig ikke endelig vedtatt. Regjeringens foreløpige vurderinger er at de nye reglene, dersom de blir vedtatt, vil kreve visse endringer i norsk rett. Dette vil bli fulgt opp i en egen prosess.

¹⁰ Regulation (EU) 2019/1149 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 establishing a European Labour Authority, amending Regulations (EC) No 883/2004, (EU) No 492/2011, and (EU) 2016/589 and repealing Decision (EU) 2016/344 (Text with relevance for the EEA and for Switzerland)

¹¹ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2006/22/EC as regards enforcement requirements and laying down specific rules with respect to Directive 96/71/EC and Directive 2014/67/EU for posting drivers in the road transport sector COM/2017/0278 final - 2017/0121 (COD)

4 Gjennomføring av endringsdirektivet i norsk rett – overordnede betraktninger

Endringsdirektivet er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Denne prosessen pågår parallelt med arbeidet med å forberede endringer i nasjonal lovgivning, i samarbeid med de øvrige EØS-landene. Departementets vurdering er at endringsdirektivet er EØS-relevant, og kan innlemmes i EØS-avtalen uten annet enn tekniske tilpasninger. Det vises til at direktivet gjelder det indre marked og den frie utvekligen av tjenester, og at det gjør endringer i et direktiv som allerede er innlemmet i EØS-avtalen. Reguleringen av utsending av arbeidstakere er også et sentralt virkemiddel i arbeidet med å motvirke grensekryssende arbeidslivskriminalitet. Departementet understreker betydningen av at det gjelder samme regler i Norge og EØS-landene for øvrig, som i EU på dette området

Når det gjelder gjennomføringsmetode legger departementet opp til å følge samme metode som for utsendingsdirektivet, hvor direktivet i det alt vesentlige er gjennomført i utsendingsforskriften. På noen punkter mener departementet at norsk rett allerede er i samsvar med endringsdirektivet, og at det dermed ikke er nødvendig med ny regulering for å oppfylle forpliktelsene etter direktivet. Tilsvarende har endringsdirektivet enkelte bestemmelser som det er valgfritt for medlemsstatene å gjennomføre i nasjonal rett. Hvordan dette foreslås håndtert fremgår av gjennomgangen av de enkelte bestemmelsene nedenfor.

Departementet har vurdert det slik at utsendingsforskriftens hjemmelsbestemmelse i arbeidsmiljøloven § 1-7 gir tilstrekkelig hjemmel til de forskriftsendringene som nå foreslås.

Kort oppsummert foreslås det følgende endringer i utsendingsforskriften:

- en ny bestemmelse som skal gjennomføre direktivets regler om langvarig utsending
- en ny bestemmelse som klargjør hvordan man skal beregne lønn/godtgjørelse og utgifter forbundet med utsendingen
- en ny bestemmelse for å gjennomføre direktivets regler om utsending av arbeidstaker som er innleid fra bemanningsforetak
- mindre endringer av teknisk/redaksjonell karakter i andre bestemmelser i forskriften

5 Formål og virkeområde. Endringsdirektivet artikkel 1(1) a og b

5.1 Gjeldende rett

5.1.1 Utsendingsdirektivet

Det opprinnelige direktivet har ingen egen formålsbestemmelse. Av fortalen¹² går det imidlertid frem at direktivet både skal legge til rette for fri flyt av tjenester over landegrensene, legge til rette for like konkurransevilkår, og beskytte arbeidstakerne gjennom å fastsette visse obligatoriske minimumsvilkår

¹² Se bl.a. fortalens punkt 1, 2, 5, 6, 9, 13 og 14

som skal etterleves i vertslandet. Utsendingsdirektivets "doble formål" er også lag til grunn i praksis fra EU-domstolen¹³

5.1.2 Utsendingsforskriften

Det fremgår ikke uttrykkelig i de gjeldende reglene om utsendte arbeidstakere hva som er reglens formål, hverken med hensyn til å legge til rette for tjenesteflyten, eller beskyttelse av arbeidstakerrettigheter. Det er imidlertid ikke særlig omdiskutert at reglene også har til formål å sikre utenlandske arbeidstakere en viss minimumsbeskyttelse, i tillegg til å legge til rette for fri flyt av tjenester. Dette ble lagt til grunn i forarbeidene til gjennomføringen av utsendingsdirektivt, ref. Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) hvor det fremgår på side 2 at: *Formålet med direktivet er både å lette utvekslinga av tenester mellom landa og å sikre rettane til arbeidstakarane, herunder å hindre «sosial dumping».*

5.2 Hva innebærer endringsdirektivet?

Endringsdirektivet gjør endringer i utsendingsdirektivet artikkel 1. Artikkelens tittel er endret fra "anvendelsesområde" til "genstand og anvendelsesområde" (dansk språkversjon). Innledningsvis i bestemmelsen (foran de opprinnelige leddene) er det føyd til to ledd som dreier seg om reglens formål og rekkevidde.

For det første sies det nå (i nytt annet ledd) uttrykkelig at direktivet skal beskytte utsendte arbeidstakere i forbindelse med tjenesteytingen. I dansk språkversjon lyder bestemmelsen slik: *"Dette direktiv sikrer beskyttelsen af utstationerede arbejdstagere i løbet af deres udstationering i forbindelse med den frie udveksling af tjenesteydelser ved at fastsætte obligatoriske bestemmelser vedrørende arbejdsvilkår og beskyttelse af arbejdstagernes sundhed og sikkerhed, som skal overholdes".*

Videre er det tatt inn en bestemmelse (nytt annet ledd) som tydeliggjør at direktivet ikke griper inn i utøvelsen av grunnleggende rettigheter som er anerkjent på EU-nivå og i medlemsstatene, herunder streikeretten, eller i adgangen til å ta andre skritt i henhold til medlemsstatenes arbeidsmarkedsmodeller. Direktivet skal heller ikke gripe inn i retten til å forhandle, inngå og håndheve tariffavtaler, eller til å ta kollektive skritt, i henhold til nasjonal lovgivning og/eller praksis. I det opprinnelige direktivet kommer noe av det samme til uttrykk i fortalen punkt 22, som har følgende ordlyd: *Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes lover om kollektive tiltak til forsvar for faglige og yrkesmessige interesser.* I håndhevingsdirektivet (Direktiv 2014/67/EU) artikkel 1 nr. 2 finner man tilsvarende bestemmelse som i endringsdirektivet.

Ingen av disse to bestemmelsene var en del av Kommisjonens forslag til ny direktivtekst, men kom inn i direktivet under forhandlingene. Det er nærliggende å anta at dette henger sammen med den debatt som lenge har pågått, særlig i etterkant av EU-domstolens avgjørelse i bla. Laval-saken¹⁴, om spenningsforholdet mellom hensynet til tjenestefriheten, og hensynet til beskyttelse av arbeidstakerne og betydningen av utsendt arbeidskraft for balansen i vertslandets arbeidsmarked, herunder også diskusjonen om hvorvidt utsendingsdirektivet legger begrensninger på adgangen til å kollektive forhandlinger og bruk av kollektive kampskritt.

¹³ Se for eksempel C-396/13, avsnitt 30

¹⁴ C-341/05

5.3 Departementets vurderinger og forslag

Selv om endringsdirektivet nå sier eksplisitt i selve direktivteksten at vern av utsendte arbeidstakere et ett av reglens formål, og at direktivet ikke kan gripe inn i grunnleggende rettigheter, er det departementets vurdering at disse to nye bestemmelsene ikke innfører nye rettslige rettigheter eller forpliktelser, sammenlignet med gjeldende rett. Departementet legger derfor til grunn at endringsdirektivet ikke krever gjennomføring i norsk rett på dette punktet. Det anses å være tilstrekkelig at reglene anvendes i tråd med direktivets formål. Dette er for øvrig i tråd med hvordan artikkel 1 nr. 2 i håndhevingsdirektivet er gjennomført i norsk rett. Det foreslås dermed ingen forskriftsendringer her.

6 Utsending av arbeidstakere fra vikarbyrå. Endringsdirektivet artikkel 1 (1) c og (2) b (1b)

6.1 Gjeldende rett

6.1.1 Utsendingsdirektivet

Som beskrevet over i kapittel 1 fremgår det uttrykkelig av utsendingsdirektivets virkeområdebestemmelse at det skal regnes som utsending av arbeidstakere når ansatte i et bemanningsforetak leies ut til et annet land enn der bemanningsforetaket er hjemmehørende. Videre har direktivet to bestemmelser som retter seg særskilt mot bemanningsforetak.

For det første følger det av listen over arbeids- og ansettelsesvilkår i artikkel 3, at vertslandet skal gjøre gjeldende sine regler om "vilkår for utleie av arbeidstakere, særlig gjennom vikarbyråer" overfor virksomheter som sender ut arbeidstakere (se artikkel 3 (1) bokstav d).

For det andre følger det av artikkel 3 (9) at medlemsstatene kan fastsette at virksomheter som leier ut arbeidstakere, skal sikre de utleide (og utsendte) arbeidstakerne de vilkår som gjelder for vikarer i den medlemsstat der arbeidet utføres.

Mens den første bestemmelsen dreier seg om vilkår og krav som stilles for at en virksomhet skal kunne drive med utleie av arbeidskraft, gjelder den andre bestemmelsen arbeids- og ansettelsesvilkårene for utleide utsendte arbeidstakere. Sistnevnte regel er en kan-regel, som altså lar det være opp til den enkelte medlemsstat å avgjøre om ens nasjonale regler skal gjøres gjeldende.

6.1.2 Norsk rett

Arbeidsmiljøloven § 1-7 andre ledd slår fast at det foreligger en utsendingssituasjon når en utenlandsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting «i egenskap av å være vikarbyrå eller annen virksomhet som stiller arbeidstakere til rådighet, sender arbeidstakere til en virksomhet i Norge». Denne bestemmelsen korresponderer med virkeområdebestemmelsen i utsendingsdirektivet.

Bestemmelsen i utsendingsdirektivet artikkel 3 (1) bokstav d er gjennomført i norsk rett gjennom utsendingsforskriften § 3 første ledd bokstav c), som bestemmer at arbeidsmarkedsloven § 27¹⁵ gjelder ved utsending av arbeidstakere.

Videre følger det av utsendingsforskriften § 3 første ledd a) at arbeidsmiljøloven § 14-12 til § 14-14 kommer til anvendelse for utsendt arbeidstaker. Dette innebærer at reglene som gjennomfører vikarbyrådirektivet i norsk rett får anvendelse for utsendte arbeidstakere som leies ut fra bemanningsforetak. Det vil si den norske regelen som gjennomfører likebehandlingsprinsippet, samt flere regler om tiltak for å sikre etterlevelse av dette, jf. § 14-12 a til 14-12 c. Dette betyr altså at man i norsk rett har benyttet muligheten i utsendingsdirektivet artikkel 3 (9) til å stille krav om at de arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for arbeidstakere i landets egne bemanningsforetak, også skal gjelde for arbeidstakere i utenlandske vikarbyrå som leies ut til innleievirksomheten i Norge (utsendte utleide arbeidstakere).

6.2 Hva innebærer endringsdirektivet?

Endringsdirektivets intensjon er å klargjøre de rettslige forholdene ved utsending i forbindelse med utleie fra bemanningsforetak på særlig to punkter.

6.2.1 Kobling til vikarbyrådirektivet

I det opprinnelige utsendingsdirektivet er det naturlig nok ingen henvisning til det senere vikarbyrådirektivet, og i endringsdirektivet har man derfor funnet grunn til å gjøre presiseringer på dette området.

For det første presiseres det i artikkel 1 (2) (b) 1b at arbeidstakere som sendes ut fra bemanningsforetak skal ha rett på de samme arbeids- og ansettelsesvilkårene som, i henhold til artikkel 5 i vikarbyrådirektivet (direktiv 2008/104/EF), gjelder for arbeidstakere i bemanningsforetak etablert i vertslandet. Artikkel 5 i vikarbyrådirektivet fasetter et likebehandlingsprinsipp ved utleie fra vikarbyrå. Likebehandlingsprinsippet innebærer at de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår for den utleide arbeidstakeren, minst skal tilsvare de vilkår som vil gjelde hvis den utleide arbeidstakeren var direkte ansatt i innleievirksomheten så lenge oppdraget varer. Vikarbyrådirektivet er et minimumsdirektiv, som innebærer at det ikke berører medlemsstatenes rett til å ha regler som er mer fordelaktige for arbeidstakerne, eller til å tillate partene i arbeidslivet å inngå mer fordelaktige tariffavtaler. Slik departementet forstår artikkel 1 (2) (b) 1b, er det ikke minimumsvilkårene i vikarbyrådirektivet som skal gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere, men de nasjonale regler som er vedtatt i vertslandet for å gjennomføre vikarbyrådirektivets artikkel 5. Denne forståelsen bygger på ordlyden ("de arbeids- og ansættelsesvilkår..., *der finder anvendelse* på vikaransatte..."), sammenholdt med endringsdirektivets målsetting om mer reell likebehandling mellom utsendt arbeidstakere og vertslandets egne arbeidstakere.

Av artikkel 1 (2) (b) 1b følger det også at innleievirksomheten skal underrette bemanningsforetaket om de lønns-, arbeids- og ansettelsesvilkår som anvendes i virksomheten. Hensikten med

¹⁵ Merk at det i utsendingsforskriften i Lovdata nå står *arbeidsmarkedsloven § 7*. Dette er feilskrift, oppstått i forbindelse med den forrige revisjonen av forskriften i 2017 (se historisk versjon). Dette vil bli rettet i forbindelse med de endringer som nå foreslås vedtatt i forskriften, se høringsbrevets punkt 14.1

bestemmelsen er å legge til rette for at bemanningsforetaket skal kunne innrette seg etter og etterleve kravene til arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder i vertslandet.

Videre er det en bestemmelse i endringsdirektivet som gjør det klart at også *andre vilkår* som arbeidstakere i bemanningsforetak i vertslandet har krav på etter nasjonal lovgivning, *kan* få anvendelse for arbeidstakere som sendes ut fra bemanningsforetak, se artikkel 1 (2) (e). Det er opp til medlemsstatene å ta i bruk denne muligheten. Denne bestemmelsen er innholdsmessig lik den som står i det opprinnelige direktivet artikkel 3 (9), se over i punkt 6.1.1.

6.2.2 "Dobbel utsending"

Endringsdirektivet introduserer også en ny bestemmelse som regulerer en særskilt situasjon, nemlig når en innleievirksomhet sender en innleid arbeidstaker (det vil si en ansatt i et bemanningsforetak) på et midlertidig tjenesteoppdrag i en annen medlemsstat enn der arbeidstakeren vanligvis utfører arbeid for innleievirksomheten eller bemanningsforetaket, se artikkel 1 (1) (c) (ii). Dette omtales i praksis ofte som "dobbel utsending", eller "kjedeutsending" ("chain posting"). Til forskjell fra de ordinære utsendingstilfellene, jf. utsendingsdirektivet artikkel 1 (3) bokstav a, b og c, er det her altså *en annen enn arbeidsgiveren* som beslutter å sende arbeidstakeren på oppdrag i et annet land. Det følger av endringsdirektivet at denne situasjonen skal sidestilles med utsending av arbeidstakere, i den forstand at det er arbeids- og ansettelsesvilkårene (jf. utsendingsdirektivet artikkel 3) i det landet arbeidet utføres som skal gjelde for den aktuelle arbeidstakeren. Videre klargjør bestemmelsen ansvarsforholdene mellom bemanningsforetaket og innleievirksomheten (brukervirksomheten) i denne situasjonen. Selv om det er innleievirksomheten som beslutter å sende arbeidstakeren på oppdrag i et annet land, er det fortsatt bemanningsforetaket, i kraft av å være arbeidsgiveren, som skal anses for å være den som sender ut arbeidstakeren, og som dermed har ansvaret for at kravene til arbeids- og ansettelsesvilkårene som gjelder i det landet hvor arbeidet faktisk utføres, etterleves. For å sette bemanningsforetaket bedre i stand til å oppfylle sine forpliktelser, pålegges brukervirksomheten å *underrette bemanningsforetaket* om at arbeidstakeren skal utføre et tjenesteoppdrag i en annen medlemsstat. Slik underretning skal gis i rimelig tid innen oppdraget påbegynnes.

Slik departementet forstår denne nye bestemmelsen, omfatter den både tilfeller der bemanningsforetaket og innleievirksomheten opererer i hver sin medlemsstat, og når de opererer i samme medlemsstat, forutsatt at innleievirksomheten sender arbeidstakeren på oppdrag i en annen medlemsstat. Det må altså være minst to stater involvert for at denne bestemmelsen skal komme til anvendelse. **Denne forståelsen har støtte i Kommisjonens og medlemsstatenes vurderinger, jf. rapporten av xx¹⁶ fra undergruppen under Ekspertgruppen for utsending av arbeidstakere om gjennomføringen av endringsdirektivet.**

Det kan reises spørsmål om hvilket land som skal regulere opplysningsplikten, enten det land et hvor brukervirksomheten opererer, eller det landet hvor arbeidet faktisk utføres (der hvor innleievirksomheten har videresendt den bemanningsforetakansatte). Direktivet gir heller ikke noen nærmere veiledning om hvorvidt underretningsplikten skal håndheves, og i så fall hvordan.

¹⁶ Forventes at den offentliggjøres ila. mai 2020

6.3 Departementets vurdering og forslag

6.3.1 Kobling til vikarbyrådirektivet

Endringsdirektivet pålegger nå vertslandet å gjøre gjeldende sine nasjonale regler som gjennomfører likebehandlingsprinsippet. I tillegg pålegges brukervirksomheten (innleier) å opplyse bemanningsforetaket om hvilke lønns-, arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder i virksomheten. I norsk rett er vikarbyrådirektivets likebehandlingsprinsipp gjennomført i arbeidsmiljøloven § 14-12 a. Videre er det i §§14-12 b og 14-12 c regler om henholdsvis opplysningsplikt og innsynsrett ved leie av arbeidstaker fra bemanningsforetak, og solidaransvar for innleier. Formålet med disse reglene er å sikre etterlevelsen av likebehandlingsprinsippet. Opplysningsplikten § 14-12 b dekker i praksis det samme som den opplysningsplikten endringsdirektivet stiller krav om. Arbeidsmiljøloven §§ 14-12 a, 14-12 b og 14-12 c gjelder allerede for utsendte arbeidstakere, jf. utsending forskriften § 3 første ledd bokstav a. Departementet anser dermed at endringsdirektivet på dette punktet ikke vil kreve ytterligere regulering i norsk rett.

Videre åpner direktivet for at også andre vilkår som arbeidstakere i bemanningsforetak i vertslandet har krav på etter norsk rett, *kan* gjøres gjeldende overfor arbeidstakere som sendes ut fra bemanningsforetak. Denne bestemmelsen innebærer ingen forpliktelser for medlemsstatene. Etter departementets vurdering er allerede de relevante reglene i norsk rett som er rettet mot arbeidstakere i bemanningsforetak, gjort gjeldende overfor utsendte arbeidstakere. Det foreslås derfor ikke regelendringer knyttet til dette punktet i endringsdirektivet.

6.3.2 "Dobbel utsending"

Endringsdirektivets bestemmelse om såkalt "dobbel utsending" er et nytt grep. Bakgrunnen er en intensjon om å klargjøre en situasjon som, særlig i noen land, har vist seg å være utfordrende å håndtere i praksis. Utfordringene skyldes blant annet mer grensekryssende aktivitet, sammen med nye måter å organisere tjenesteoppdrag- og kontrakter på. Det har ført til en usikkerhet om hvordan utsendingsreglene skal anvendes. Departementet er ikke kjent med at dette er en særlig utbredt problemstilling i Norge.

Likevel er det etter departementets vurdering hensiktsmessig å gjennomføre direktivbestemmelsen i norsk rett gjennom en særskilt bestemmelse. Det vil for det første ivareta et viktig informasjonshensyn. En uttrykkelig regulering vil gjøre det klarere for bemanningsforetak hvilket ansvar som påhviler dem for å tilby sine ansatte riktige arbeids- og ansettelsesvilkår. Dette gjelder både norske og utenlandske bemanningsforetak.

I tillegg anses det nødvendig å regulere underretningsplikten som direktivet legger på innleievirksomheten for å oppfylle direktivets forpliktelser på dette punktet. Etter arbeidsmiljøloven § 14-12 b har allerede brukervirksomheten (innleier) en plikt til å gi bemanningsforetaket de opplysningene som er nødvendig for at bemanningsforetaket skal kunne ivareta kravet om likebehandling. Etter departementets vurdering dekker imidlertid ikke denne opplysningsplikten de samme opplysningene som underretningsplikten i endringsdirektivet. Det foreslås derfor en egen bestemmelse om underretningsplikten. Et alternativ kunne være å presisere opplysningsplikten i § 14-12 b slik at den omfatter opplysningene i som underretningsplikten i endringsdirektivet krever. I lys av at underretningsplikten bare gjør seg gjeldende i forbindelse med utsendingssituasjoner, mener

imidlertid departementet at underretningsplikten etter endringsdirektivet bør reguleres i utsendingsforskriften. Departementet foreslår derfor en ny bestemmelse i utsendingsforskriften som omhandler både bemanningsforetakets ansvar og brukervirksomhetens underretningsplikt.

Forslag til ny bestemmelse om utsending av arbeidstaker i bemanningsforetak i ny § 12A i utsendingsforskriften:

NY § 12A Utsending fra Norge av arbeidstaker som er innleid fra bemanningsforetak

Dersom en virksomhet i Norge har leid inn arbeidstaker fra bemanningsforetak, og sender denne arbeidstakeren på midlertidig tjenesteoppdrag utenfor Norge, er det bemanningsforetaket som er ansvarlig for å sikre at arbeidstakeren omfattes av vertslandets bestemmelser som arbeids- og ansettelsesvilkår som er gitt for å gjennomføre direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting. Dette gjelder uavhengig av om bemanningsforetaket er etablert i Norge eller i et annet land.

Ved utsending som nevnt i første ledd skal innleievirksomheten underrette bemanningsforetaket om utsendingen i rimelig tid før oppdraget begynner.

Endringsdirektivet sier ikke noe spesifikt om *håndheving* av underretningsplikten. Utgangspunktet her er at det dreier seg om et avtaleforhold mellom private parter, og det kan isolert sett tale for at plikten må håndheves med privatrettslige midler. På den annen side er formålet bak underretningsplikten å bidra til bedre etterlevelse av de offentligrettslige reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår for utsendte arbeidstakere. Det kan tale for offentligrettslig håndheving.

Effektiv håndheving av reglene som skal sikre utsendte arbeidstakere riktige arbeids- og ansettelsesvilkår er et svært viktig hensyn for å oppnå formålet med reglene. Underretning fra innleievirksomheten er avgjørende for at bemanningsforetaket skal kunne etterleve de til enhver tid gjeldende regler om lønns- og arbeidsvilkår. På denne bakgrunn foreslås det at Arbeidstilsynet skal ha myndighet til å håndheve underretningsplikten. Tilsvarende er nylig foreslått for innleievirksomhetens opplysningsplikt overfor bemanningsforetaket etter arbeidsmiljøloven § 14-12 b, se nærmere Prop. 61 LS (2019-2020). Departementet har begrunnet dette forslaget med at det er nødvendig for å sikre en helhetlig kontroll med at likebehandling finner sted. Det er lagt avgjørende vekt på at gjennomføringen av likebehandlingsprinsippet hviler på at innleier faktisk gir bemanningsforetaket de opplysninger som arbeidsmiljøloven § 14-12 b foreskriver.

Arbeidstilsynet har per i dag tilsynskompetanse med hele utsendingsforskriften, og således også med denne foreslåtte bestemmelsen, med mindre det eksplisitt gjøres unntak.

7 Endringer i listen over arbeids- og ansettelsesvilkår. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) a

7.1 Gjeldende rett

7.1.1 Utsendingsdirektivet

Utsendingsdirektivet regulerer hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår i vertslandet som skal gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere. Direktivets artikkel 3 (1) lister opp hvilke kategorier av arbeids- og ansettelsesvilkår (minstelønn, ferie, arbeidstid, HMS, vilkår for vikarbyråansatte, og diskrimineringsvern) som vertslandet plikter å gjøre gjeldende for utsendte arbeidstakere, forutsatt at vertslandet har bindende regler om dette, fastsatt enten i lov eller forskrift, eller i allmenngyldige tariffavtaler. Denne listen omtales gjerne som den "harde kjernen" av arbeids- og ansettelsesvilkår.

Artikkel 3 (1) i utsendingsdirektivet har følgende ordlyd:

Artikkel 3

Arbeids- og ansettelsesvilkår

1. Medlemsstatene skal påse at foretakene nevnt i artikkel 1 nr. 1, uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet, på områdene nedenfor sikrer arbeidstakere som er utsendt til deres territorium, de arbeids- og ansettelsesvilkår som i medlemsstaten der arbeidet utføres, er fastsatt

– ved lov eller forskrift og/eller

– ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til nr. 8, i den utstrekning de angår virksomhet som er nevnt i vedlegget:

a) lengste arbeidstid og korteste hviletid,

b) minste antall feriedager med lønn per år,

c) minstelønn, herunder overtidsbetaling; dette gjelder ikke for supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger,

d) vilkår for utleie av arbeidstakere, særlig gjennom vikarbyråer,

e) helse, sikkerhet og hygiene på arbeidsplassen,

f) vernetiltak med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår for gravide

kvinner eller kvinner som nylig har født, for barn og for ungdom,

g) likebehandling av kvinner og menn og andre bestemmelser om likebehandling.

I dette direktiv defineres begrepet minstelønn nevnt i nr. 1 bokstav c) i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til.

Formålet med artikkel 3 er å sikre utsendte arbeidstakere samme minstevilkår som det vertslandets egne arbeidstakere har krav på. Direktivet pålegger altså ikke medlemsstatene å *innføre* regler om lønns- og arbeidsvilkår, men dersom det finnes slike regler skal de også gjelde for utsendte arbeidstakere. I rettspraksis er opplistingen av arbeids- og ansettelsesvilkår i artikkel 3 tolket som en uttømmende liste. Det betyr at vertslandet hverken kan stille flere krav eller færre krav enn det som er obligatorisk for landets egne arbeidstakere.

7.1.2 Norsk rett - utsendingsforskriften mv.

I norsk rett er bestemmelsen om arbeids- og ansettelsesvilkår i utsendingsdirektivet artikkel 3 (1) gjennomført ved at det i utsendingsforskriften angis de nasjonale lov- og forskriftsbestemmelser,

herunder de til enhver tid gjeldende allmenngjøringsforskrifter, som korresponderer med listen av vilkår i artikkel 3 og som dermed også gjelder for utsendte arbeidstakere.

Allmenngjøringsforskrifter blir fastsatt av Tariffnemnda med hjemmel i allmenngjøringsloven¹⁷ § 5, på grunnlag begjæring fra en av partene i den aktuelle tariffavtalen. Forskriftene har bestemmelser om lønn, arbeidstid, utgiftsdekning mv. som gjelder som tvingende minimumsregler for alle som utfører arbeid av den art som forskriften angir. Allmenngjøringsforskriftene gjelder også utsendte arbeidstakere, jf. utsendingsforskriften § 3 annet ledd, og de arbeids- og ansettelsesvilkårene som tas inn i allmenngjøringsforskrifter må derfor ligge innenfor rammene av utsendingsdirektivet og EØS-retten forøvrig.

Også ved offentlige anskaffelser stilles det obligatoriske regler om minimumslønn og andre arbeidsvilkår, jf. forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter¹⁸ § 5, som har følgende ordlyd:

§ 5. Krav til kontraktsklausul om lønns- og arbeidsvilkår

Oppdragsgiver skal i sine kontrakter stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med denne bestemmelse.

På områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår er i samsvar med gjeldende forskrifter.

På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Med lønns- og arbeidsvilkår menes i denne sammenheng bestemmelser om minste arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen.

7.2 Hva innebærer endringsdirektivet?

Med endringsdirektivet (artikkel 1(2) a) legges det til to nye elementer i listen av arbeids- og ansettelsesvilkår (den harde kjernen i utsendingsdirektivet artikkel 3), om henholdsvis utgiftsdekning og innkvartering. I tillegg gjøres det endringer i selve lønnsbegrepet.

7.2.1 Nytt lønnsbegrep

Utsendingsdirektivets begrep "minimum rates of pay" (på norsk oversatt til "minstelønn") er i endringsdirektivet erstattet med "remuneration" (i dette høringsnotatet uoffisielt oversatt til "godtgjørelse"), ref. artikkel 1 (2) (a). Endringsdirektivet gir ikke noen egen definisjon av remuneration, men det presiseres at i dette direktivets henseende omfattes alle elementer av godtgjørelse som er obligatorisk i nasjonal lov eller forskrift, eller tariffavtaler som er erklært allmenngyldige i henhold til artikkel 3 (8) i utsendingsdirektivet. Det er også presisert, på samme måte som i utsendingsdirektivet, at det er medlemsstatene som i nasjonal rett eller praksis som fastsetter

¹⁷ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv.

¹⁸ Forskrift 8. februar 2008 nr. 112

innholdet i det nye begrepet "godtgjørelse". Endringen må etter departementets vurdering uansett forstås slik at det opprinnelige lønnsbegrepet utvides noe, både i relasjon til nivået (ikke lenger begrenset *minimumsnivået*), og i relasjon til hvilke ytelser som kan inngå. Etter departementets forståelse vil nasjonale regler om for eksempel innplassering i lønnsklasser/-trinn, natt- og helligdagstillegg og tillegg for tungt eller farlig arbeid kunne omfattes av begrepet "godtgjørelse".

Intensjonen med endringen er å fremme større grad av likebehandling mellom utsendte arbeidstakere og arbeidstakerne i vertslandet. Fokuset er altså flyttet fra de nasjonale lønnsbegrepene (som i sitt innhold varierer betydelig mellom medlemslandene), over til det som er obligatoriske regler om lønn og annen godtgjørelse for den enkelte medlemsstats egne arbeidstakere. Det å fjerne begrensningen om minimumslønn vil kunne bidra til mer reell likebehandling med vertslandets egne arbeidstakere, fremfor bare å etablere et minimumsvern.

7.2.2 Dekning av utgifter til reise, kost og losji

Med endringsdirektivet innføres en ny bestemmelse om dekning av utgifter til reise, kost og losji, se artikkel 1 (2) bokstav i. Den opprinnelige listen over arbeids- og ansettelsesvilkår utvides altså med et nytt vilkår. Bestemmelsen går ut på at eventuelle regler i vertslandet om dekning av utgifter som oppstår i forbindelse med at arbeidsgiver sender arbeidstaker på oppdrag som innebærer reise, også skal gjelde for utsendte arbeidstakere, når disse sendes på tilsvarende reiser i løpet av utsendingsperioden. Det er presisert at den nye bestemmelsen om dekning av utgifter til reise, kost og losji kun gjelder for utgifter i forbindelse med reiser som pålegges under utsendingen, det vil si *i vertslandet*. Det kan enten være når en utsendt arbeidstaker pålegges å reise til og fra det alminnelige arbeidsstedet internt i vertslandet (det vil si reise mellom bostedet i vertslandet og arbeidsstedet i vertslandet), *eller* når en utsendt arbeidstaker sendes midlertidig fra det alminnelige arbeidsstedet i vertslandet til et annet arbeidssted (enten i vertslandet eller i et annet land). Departementet forstår bestemmelsen slik at den ikke omhandler dekning av utgifter til reise, kost og losji i forbindelse med den reise en utsendt arbeidstaker foretar mellom etableringslandet og vertslandet i forbindelse med oppdragets begynnelse/slutt.

7.2.3 Innkvartering som arbeidsgiver stiller til rådighet

Endringsdirektivet innfører ytterligere et nytt vilkår i listen over arbeids- og ansettelsesvilkår, nemlig et vilkår som gjelder den innkvartering som arbeidsgiver stiller til rådighet for arbeidstakeren, se artikkel 1 (2) bokstav h. Ifølge denne bestemmelsen skal eventuelle regler i vertslandet om obligatoriske krav til innkvarterings *beskaffenhet* (minimumsstandarder etc.) også gjelde når utsendte arbeidstakere får innkvartering stilt til rådighet av arbeidsgiveren under utsendingsperioden. Etter departementets oppfatning omfatter ikke bestemmelsen regler om *kostnader* knyttet til innkvarteringen.

7.3 Gjennomføring i norsk rett - departementets vurderinger og forslag

7.3.1 Nytt lønnsbegrep - godtgjørelse

I norsk rett er lønnsfastsettelsen som hovedregel overlatt til partene i arbeidslivet, enten gjennom tariffavtale eller i den individuelle arbeidsavtalen. Imidlertid kan det fastsettes obligatoriske regler om lønn i *allmenngjøringsforskrifter*, og i dag er det som hovedregel minstelønnssetninger som er inntatt i

disse forskriftene. Slik departementet vurderer det, utvider endringsdirektivet rammen for hva som for fremtiden kan allmenngjøres, både når det gjelder nivå og former for godtgjørelse (se imidlertid punktet nedenfor om utgiftsdekning). Departementet legger videre til grunn at gjennomføring av endringsdirektivet på dette punktet ikke krever ny lovgivning. Det vises til at det er Tariffnemnda som har kompetansen til å fastsette allmenngjøringsforskrifter, og som i den enkelte sak må vurdere om de vilkårene som det er aktuelt å allmenngjøre, ligger innenfor rammene i utsendingsdirektivet med endringsdirektivet, og EØS-retten for øvrig.

7.3.2 Dekning av utgifter til reise, kost og losji

Regulering av utgiftsdekning for reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere har vært et omdiskutert tema i norsk rett. Det er per. i dag gitt regler om dekning av utgifter til reise, kost og losji i seks av ni allmenngjøringsforskrifter¹⁹. Tariffnemnda har i sine vedtak om dette bygget på Høyesteretts dom i STX-saken (Rt. 2013 s. 258), hvor Høyesteretts konkluderte med at artikkel 3(10) i utsendingsdirektivet gir grunnlag for å gjøre gjeldende krav om utgiftsdekning overfor utenlandske arbeidsgivere som sender arbeidstakere på midlertidige tjenesteoppdrag til Norge. Dommen er imidlertid senere kritisert. På bakgrunn av en klage åpnet EFTA Surveillance Authority (ESA) i 2016 formell sak mot Norge med påstand om at norsk rett på dette punktet ikke var i overensstemmelse med utsendingsdirektivet og EØS-avtalen artikkel 36. ESAs hovedanførsel var at kravet i norsk rett om utgiftsdekning ikke kunne forankres i hverken artikkel 3(1) a om minstelønn eller artikkel 3(10) om unntak begrunnet i offentlig orden. Etter ESAs vurdering er utgiftsdekning i forbindelse med utsending noe som må reguleres av etableringsstatens rett.

I vedtak av 11. og 12. oktober 2018 gjorde Tariffnemnda enkelte endringer i bestemmelsen om utgifter til reise, kost og losji i allmenngjøringsforskriftene for henholdsvis skips- og verftsindustrien, bygg, renhold og elektrofagene, under henvisning til blant annet endringsdirektivet. Departementet forstår Tariffnemndas vedtak slik at forskriftenes krav om utgiftsdekning nå bare gjelder i de samme situasjonene som angis i endringsdirektivets nye bestemmelse om utgiftsdekning (art. 1(2) bokstav h). På bakgrunn av de justeringene Tariffnemnda har vedtatt, besluttet ESA 19. desember 2018 å lukke saken mot Norge²⁰.

Med Høyesteretts dom i Verft-saken og ESA-saken som bakteppe, er det departementets syn at den nye bestemmelsen i endringsdirektivet om dekning av utgifter til reise, kost og losji bidrar til å klargjøre rammene for når medlemsstatene kan stille slike krav overfor utsendte arbeidstakere i nasjonal rett. Innføringen av en særskilt bestemmelse om dekning av utgifter til reise, kost og losji i listen i artikkel 3 (1), gir etter departementets vurdering holdepunkter for at reguleringer om utgiftsdekning ikke er å anse som en del av direktivets (nå utvidede) lønnsbegrep, selv om det etter vertslandets rett og/eller praksis ville være naturlig å anse utgiftsdekning som en del av lønnen. Tilsvarende mener departementet at nå når utgiftsdekning er regulert eksplisitt i direktivet, fremstår det som mindre naturlig å anvende unntaksregelen i artikkel 3(10) om offentlig orden, selv om den nye

¹⁹ Se følgende forskrifter: Forskrift 11. oktober 2018 nr. 1698 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten for skips- og verftsindustrien, Forskrift 11. oktober 2018 nr. 1697 om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter, Forskrift 11. oktober 2018 nr. 1685 om delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene, Forskrift 11. oktober 2018 nr. 1684 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge, Forskrift 12. oktober 2018 nr. 1703 om allmenngjøring av tariffavtaler for godstrafikk på vei, Forskrift 12. oktober 2018 nr. 1701 om allmenngjøring av tariffavtale for persontransport med buss.

²⁰ EFTA SURVEILLANCE AUTHORITY decision of 19 December 2018.

direktivbestemmelsen om utgiftsdekning har et noe snevrere anvendelsesområde enn det som var lagt til grunn i norsk rett før Tariffnemndas vedtak i oktober 2018.

Departementet legger etter dette til grunn at endringene som er gjort i allmenngjøringsforskriftenes bestemmelser om utgiftsdekning gjør at allmenngjøringsforskriftene ligger innenfor den rammen som endringsdirektivet oppstiller. På samme måte som for endringen i lønnsbegrepet (se punkt 7.3.1) viser departementet til at endringsdirektivet på dette punktet setter rammen for hva som kan inntas i allmenngjøringsforskrifter, og slik sett retter seg mot Tariffnemnda. Det foreslås derfor ingen endringer i lov eller forskrift om dekning av utgifter til kost og losji.

7.3.3 Innkvartering som arbeidsgiver stiller til rådighet

I norsk rett er det gitt regler i arbeidsmiljøloven § 4-4 (4) om at innkvartering som arbeidsgiver stiller til rådighet for arbeidstaker skal være forsvarlig utført, innredet og vedlikeholdt. Med forankring i utsendingsdirektivet artikkel 3 (1) bokstav e) om HMS, er denne bestemmelsen allerede gjort gjeldende overfor utsendte arbeidstakere, jf. utsendingsforskriften § 3 første ledd bokstav a. Det vises også til utsendingsforskriften § 11 om vederlag for innkvartering stilt til disposisjon av arbeidsgiver, som ble tatt inn forskriften i forbindelse med gjennomføringen av håndhevingsdirektivet.

Etter departementets vurdering innebærer den nye bestemmelsen i endringsdirektivet om innkvartering en forpliktelse til å gjøre arbeidsmiljøloven § 4-4 (4) gjeldende overfor utsendte arbeidstakere. Ettersom dette allerede er gjeldende rett, jf. utsendingsforskriften § 3 (1) bokstav a, anser departementet at norsk rett er i overensstemmelse med direktivet på dette punktet. Det foreslås derfor ingen endringer i lov eller forskrift om innkvartering.

8 Beregning av ytelser knyttet til utsending. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) c

8.1 Gjeldende rett

8.1.1 Utsendingsdirektivet

Endringsdirektivet gjør endringer i utsendingsdirektivet artikkel 3(7). Artikkel 3(7) slår for det første fast at reglene i artikkel 3 om arbeids- og ansettelsesforhold ikke skal være til hinder for at de arbeids- og ansettelsesvilkår *som er mest gunstige for arbeidstakeren*, kommer til anvendelse. Det mest opplagte eksempelet på dette er der etableringsstatens rett gir arbeidstakeren mer gunstige arbeids- og ansettelsesvilkår enn vertslandets rett. I et slikt tilfelle skal etableringslandets rett gjelde for utsendte arbeidstakere. Dette er en viktig presisering av direktivets utgangspunkt om at det er vertslandets rett som gjelder.

Videre regulerer bestemmelsen hvilke av de ytelser den utsendte arbeidstakeren mottar, som skal anses som en del av lønnen, og dermed inngå i sammenligningsgrunnlaget når det skal tas stilling til om kravet til lønn som følger av vertslandets rett faktisk er oppfylt. Det oppstilles et skille mellom vederlag for arbeid og andre former for utbetaling eller ytelser knyttet til at arbeidstakeren er sendt på oppdrag til et annet sted enn det alminnelige arbeidsstedet. Hensikten er å hindre at lønnen i realiteten

reduseres gjennom å "bake inn" andre ytelser som er begrunnet i andre forhold enn vederlag for arbeid, for eksempel utgiftsdekning. Det følger uttrykkelig av artikkel 3 (7) at ytelser i tilknytning til utsendingen ikke skal anses som en del av den utbetalte lønnen dersom de er betalt som refusjon av faktisk påløpte utgifter i forbindelse med utsendingen (for eksempel utgifter til reise, kost og losji). Slik departementet tolker direktivet, betyr dette at ytelser knyttet til utgiftsdekning ikke skal inngå i sammenligningsgrunnlaget, men beregnes *i tillegg* til lønnen.

8.1.2 Norsk rett

Prinsippet i artikkel 3 (7) om at det er de arbeids- og ansettelsesvilkårene som er mest gunstig for den utsendte arbeidstakeren som skal komme til anvendelse, kommer direkte til uttrykk i utsendingsforskriften § 3 tredje ledd. Reglene i artikkel 3 (7) om beregning av utbetalt lønn mv. er derimot ikke uttrykkelig regulert i norsk lovgivning i dag, men reglene i direktivet legges likevel til grunn i praksis i forbindelse med tilsyn og håndheving av reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår.

8.2 Hva innebærer endringsdirektivet?

Endringsdirektivet presiserer og utfyller bestemmelsen om beregning av lønn kontra andre ytelser ytterligere, blant annet for å klargjøre hvordan reglene skal anvendes i praksis. For det første er det presisert at uavhengig av den nye regelen om dekning av utgifter til reise, kost og losji (ref. punkt 7.2.2 over), så skal arbeidsgiveren dekke slike utgifter så langt det følger av nasjonal lovgivning og/eller praksis som gjelder for arbeidsforholdet. Ut fra konteksten og den indre sammenhengen mellom reglene i utsendingsdirektivet artikkel 3 anser departementet at denne presiseringen må tolkes slik at arbeidsgiveren skal dekke utgifter dersom det er krav om det etter *etableringslandets* rett. Men det kan ikke utledes av direktivet noen forpliktelse for medlemsstatene til å innføre regler om plikt for arbeidsgivere til å dekke den utsendte arbeidstakers utgifter i forbindelse med endringsdirektivet. Dette er nærmere forklart i *Practical guide on posting of workers* (utgitt av EU-kommisjonen i 2019) punkt 2.20 hvor det heter:

Posting of workers is undertaken at the initiative and in the interest of the employer. It is therefore logic that the employer supports the additional costs linked with the displacement from the usual place of work in the home Member State to the working place in the host Member State. Directive 2018/957/EU introduced a provision according to which the employer must reimburse the posted worker for travel, board and lodging expenditure in accordance with the national law and/or practice applicable to the employment relationship, which is, in general, the home Member State's law and/or practice. It should be noted that the amounts paid by the employer (or the reimbursements made) concerning travel, board and lodging are not part of remuneration. They are therefore not taken into account when comparing the amounts actually paid to the worker and the amounts due in accordance with host Member State law: they are paid or reimbursed on top of the remuneration.

For det andre presiseres det i endringsdirektivet at dersom det *ikke* er angitt i vilkårene for det konkrete arbeidsforholdet hvilke elementer i ytelsen (knyttet til utsendingen) som er betalt som refusjon av påløpte utgifter, og hvilke som er en del av lønnen, skal *hele ytelsen* regnes som refusjon av utgifter. Hensynet bak denne presiseringen er å hindre at eventuelle uklarheter i arbeidsavtalen om hva som er utgiftsdekning og hva som er lønn/godtgjørelse, skal komme arbeidstakeren til ugunst.

8.3 Departementets vurderinger og forslag

Som beskrevet over er artikkel 3 (7) om beregning og kategorisering av ytelsene ikke gjennomført uttrykkelig i lovgivning, men gjennom praksis. Departementets vurdering er i utgangspunktet at det ikke er påkrevd med ny regulering av de presiseringer som følger av endringsdirektivet. På den annen side vil en regulering tydeliggjøre formålet med reglene, og bedre ivareta et informasjonshensyn. Arbeidstilsynets grunnlag for å skjære gjennom og legge til grunn de arbeids- og ansettelsesvilkårene som er mest gunstige for arbeidstakeren vil dessuten bli tydeliggjort. Sistnevnte har særlig betydning i situasjoner der arbeidsavtalen ikke gjør det klart hvilke typer ytelser det er tale om. Departementet foreslår derfor en ny bestemmelse som for det første slår fast at ved beregning av om arbeidstakeren har fått riktig lønn, skal ytelser knyttet til utsendingen anses som en del av lønnen, med mindre det er snakk om dekning av faste utgifter. Dette tilsvarer det som er gjeldende praksis i dag. Videre tas det inn en presisering om at dersom det ikke fremgår av vilkårene for arbeidsforholdet hva som er utgiftsdekning, skal hele ytelsen anses å være utgiftsdekning.

Forslag til ny bestemmelse om beregning av ytelser som gjelder spesielt for utsendingen i ny § 3A i utsendingsforskriften:

NY § 3B Beregning av ytelser som er gjelder spesielt for utsendingen

Ved beregning av om en utsendt arbeidstaker har fått riktig lønn, skal ytelser som gjelder spesielt for utsendingen betraktes som en del av lønnen, med mindre de betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, for eksempel reiseutgifter, kost og losji.

Dersom det ikke fremkommer av arbeidskontrakten hvilke deler av ytelsen som i henhold til første ledd er en del av lønnen og hvilke som betales som refusjon av utgifter, skal hele ytelsen anses for å være dekning av utgifter.

9 Arbeids- og ansettelsesvilkår ved langvarig utsending. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) b

9.1 Innledende kommentarer

Utsending av arbeidstakere er i sin natur av begrenset varighet. Samtidig gjelder det ikke noen øvre tidsbegrensning, slik at en utsending godt kan være langvarig, uten at arbeidstakeren nødvendigvis går over til å regnes som arbeidsinnvandret til Norge (istedenfor som utsendt arbeidstaker), og dermed blir omfattet av all lovgivning i vertslandet. I prosessen med å revidere utsendingsdirektivet har det vært et betydelig fokus på relasjonen mellom arbeidstakere som er utsendt for lengre perioder, og arbeidsmarkedet i vertslandet. Dette kommer blant annet til uttrykk i fortalen, se særlig punkt 9; *"Udstationering er af midlertidig karakter. Udstationerede arbejdstagere vender sædvanligvis tilbage til den medlemsstat, hvorfra de er udstationeret, efter udførelsen af det arbejde, der var årsag til deres udstationering. I lyset af den lange varighed af visse udstationeringer og i erkendelsen af forbindelsen mellem værtsmedlemsstatens arbejdsmarked og de arbejdstagere, der er udstationeret i sådanne lange perioder, bør værtsmedlemsstater, hvor udstationering varer over 12 måneder, imidlertid sikre, at virksomheder, der udstationerer arbejdstagere på deres område, skal sikre disse arbejdstagere et supplerende sæt arbeids- og ansættelsesvilkår, som obligatorisk finder anvendelse på arbejdstagere i den medlemsstat, hvor arbejdet udføres. Den nævnte periode bør forlænges, hvis tjenesteyderen*

fremsender en begrundet meddelelse." Også her fremstår altså likebehandling mellom utsendte arbeidstakere og vertslandets nasjonale arbeidstakere som det sentrale bakenforliggende hensyn. Samtidig må det påpekes at i det i punkt 10 i fortalen står at enhver bestemmelse i vertslandets rett som skal gjøres gjeldende ved langvarig utsending må være forenelig med tjenestefriheten. Dette indikerer at det er en viss ramme for hvilke vilkår i vertslandet som kan gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere.

9.2 Gjeldende rett

9.2.1 Utsendingens varighet

Utsending av arbeidstakere forutsetter at det er tale om et *midlertidig* tjenesteoppdrag. Dette følger av definisjonen i artikkel 2 i utsendingsdirektivet, "...arbeidstaker som i et begrenset tidsrom utfører arbeid...", lest i sammenheng med virkeområdebestemmelsen i artikkel 1, samt fortalepunkt 3 og 14. Ut fra direktivet kan det imidlertid ikke oppstilles noen absolutt maksimumsgrense for når tjenesteytingen ikke lenger er å anse som utsending i direktivets forstand. Avhengig av hva tjenesten består av, vil utsending av arbeidstakere kunne variere i tid, i prinsippet mellom noen få dager og flere år. Om en situasjon faktisk er utsending av arbeidstaker i utsendingsdirektivets forstand eller ikke, må derfor avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Selv om det ikke gjelder noen maksimumsgrense, vil tjenesteoppdragets varighet være ett av flere momenter i vurderingen av om det er tale om en *reell utsending*, eller om det heller er snakk om en fast etablering i vertslandet, med den konsekvens at alle regler i vertslandets rett gjelder for arbeidsforholdet. Det er gitt nærmere kriterier for denne vurderingen i Direktiv 2014/67/EU (håndhevingsdirektivet), som er gjennomført i norsk rett i utsendingsforskriften § 2. Her listes det opp en rekke momenter, knyttet til henholdsvis virksomheten og arbeidstakeren, som kan inngå i vurderingen av om det er tale om reell utsending av arbeidstakere. For helhetens skyld nevnes også at det i utsendingsdirektivet er gjort enkelte unntak for helt korte (inntil 8 dager) tjenesteoppdrag knyttet til montering/installasjon/vedlikehold av varer, forutsatt at nærmere vilkår er oppfylt. I disse tilfellene skal altså enkelte av vilkårene i vertslandets rett likevel ikke gjelde. .

I norsk rett gjelder det følgelig ikke noen objektiv øvre grense for utsendingens varighet. Begrepet *utsendt arbeidstaker* er definert i arbeidsmiljøloven § 1-7, som speiler utsendingsdirektivets definisjon. Det følger av § 1-7 at med utsendt arbeidstaker menes arbeidstaker som i et begrenset tidsrom arbeider i et annet land enn det arbeidsforholdet vanligvis er knyttet til. Kriteriet er altså at arbeidet i vertslandet "utføres i et begrenset tidsrom".²¹

Blant annet gjennom et representantforslag²² har det blitt tatt til orde for at det bør gjelde en objektiv øvre tidsbegrensning for når en arbeidstaker etter norsk rett ikke lenger skal anses som utsendt arbeidstaker, med den konsekvens at den utenlandske arbeidsgiveren må rette seg etter alle norske obligatoriske regler på arbeidsrettsområdet, på lik linje med norske arbeidsgivere. Det har blitt foreslått at grensen bør gå ved 30 dager. Etter departementets vurdering ville en slik regel ikke være forenelig med utsendingsdirektivet og tjenestereglene i EØS-avtalen for øvrig.

²¹ Unntaket i utsendingsdirektivet for helt kortvarig utsendinger i forbindelse med montering/vedlikehold, ref. punktet foran, er gjennomført i norsk rett i utsendingsforskriften § 3 fjerde ledd.

²² Dok. 8:207 L (2017-2018)

9.2.2 Nasjonale regler om arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere i dag

Hvilke regler i norsk rett (fastsatt i lov eller forskrift) som i henhold til utsendingsdirektivet gjelder for utsendte arbeidstakere, følger av utsendingsforskriften § 3 første og annet ledd. Denne bestemmelsen ble sist revidert med virkning fra 1. juli 2017 i forbindelse med gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett, jf. Prop. 5 L (2016-2017). I § 3 er det gitt en positiv opplisting av de konkrete lov- og forskriftsbestemmelsen som gjelder for utsendte arbeidstakere. Disse reglene, som speiler opplistingen av tillatte vilkår i utsendingsdirektivet artikkel 3, omfatter individuelle rettigheter som lønn, arbeidstid og ferie, regler som ivaretar helse, miljø og sikkerhet, og regler om ikke-diskriminering.

Opplistingen av regler i utsendingsforskriften § 3 første ledd er i utgangspunktet ment å være uttømmende. Det ble imidlertid lagt til grunn i forarbeidene²³ til endringene i forskriften som følge av håndhevingsdirektivet, at det vil kunne være tilfeller der ikke alle de opplistede vilkårene knyttet til helse, miljø og sikkerhet er relevante for utenlandske virksomheter, særlig dersom tjenesteytingen i Norge er kortvarig. I slike tilfeller vil Arbeidstilsynet måtte vurdere hvilke regler det er hensiktsmessig å gjøre gjeldende overfor utsendte arbeidstakere.

9.2.3 Praktisk gjennomføring av dagens regler, tilsyn, dokumentasjonskrav mv.

Arbeidstilsynet fører tilsyn med bestemmelsene i utsendingsforskriften, og kan gi pålegg og fatter enkeltvedtak som er nødvendig for å sikre etterlevelse, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6. Tilsyn med utsendingsvirksomheter og utsendte arbeidstakere inngår i Arbeidstilsynets ordinære tilsynsaktiviteter. De fleste bestemmelser Arbeidstilsynet fører tilsyn etter, gjelder både for arbeidstakere med norsk arbeidsforhold og for utsendte arbeidstakere. Det er i utgangspunktet ikke nødvendig å tilpasse tilsyn spesielt til utsendingsvirksomheter.

For å bidra til mer målrettet og effektiv håndheving av regler om lønns- og arbeidsvilkår er det over de senere årene iverksatt ulike tiltak, blant annet innenfor rammen av regjeringens strategi mot arbeidslivskriminalitet. I forbindelse med gjennomføringen av håndhevingsdirektivet ble det blant annet innført et krav for utenlandske virksomheter som sender arbeidstakere til Norge om at arbeidsavtaler, oversikt over arbeidstiden og lønsslipp skal være tilgjengelig på arbeidsplassen i Norge, se utsendingsforskriften § 4. I håndhevingsdirektivet er det også tydeliggjort hvilket handlingsrom medlemsstatene har til å etablere registreringsordninger for utsendte arbeidstakere når formålet er å styrke håndhevingen av de reglene som følger av utsendingsdirektivet. Mange land i EU har slike registreringsordninger, hvoretter utsendingsvirksomheten må melde fra til myndighetene i vertslandet og gi nærmere opplysninger om oppdraget som skal utføres. Hovedformålet med disse ordningene er å få bedre oversikt over virksomheter og arbeidstakere som er på midlertidige oppdrag i landet, og gjennom det effektivisere tilsyn og kontroll med etterlevelsen av regelverket i vertslandet. Både Danmark og Sverige har slike ordninger, i tillegg til for eksempel Belgia og Nederland.

I norsk rett har vi ingen slik registreringsordning på arbeidslivsområdet. En lignende ordning finnes på skatteområdet. Etter skatteforvaltningsloven²⁴ § 7-6 skal næringsdrivende og offentlig organ som gir person bosatt i utlandet eller selskap hjemmehørende i utlandet et oppdrag i riket eller på

²³ Høringsnotat 13. januar 2016: *Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett*

²⁴ Lov 27. mai 2016 nr. 14

kontinentalsokkelen, gi opplysninger til skattemyndighetene om oppdraget og eventuelle underoppdrag. *Oppdragstakeren* har plikt til å gi opplysninger til skattemyndighetene om egne arbeidstakere som benyttes til å utføre oppdraget. Det nærmere innholdet i opplysningsplikten for hhv. oppdragsgiver og oppdragstaker er gitt i skatteforvaltningsforskriften²⁵ § 7-6. Formålet med reglene er å ivareta behovet for skattekontroll. I skatteforvaltningsloven § 3-3 om taushetsplikt er det gitt hjemmel for at skattemyndighetene skal kunne dele opplysninger, inkludert taushetsbelagte opplysninger, med andre offentlige myndigheter for å bekjempe arbeidslivskriminalitet. Bestemmelsen innebærer at Arbeidstilsynet, på visse vilkår, kan få tilgang til opplysninger om utenlandske tjenesteytere, som Skatteetaten har fått inn i medholdt opplysningspliktreglene i skatteforvaltningsloven § 7-6. Arbeids- og sosialdepartementet vurderer nå hvordan denne muligheten eventuelt skal tas i bruk.

9.3 Hva innebærer endringsdirektivet?

9.3.1 Ny regulering om utvidet vern ved langvarig utsending

Intensjonen om mer likebehandling mellom utsendte og vertslandets egne arbeidstakere er fulgt opp i en ny bestemmelse i endringsdirektivet (se artikkel 1 (2) (b)) hvor det slås fast at i tilfeller der utsendingsens faktiske varighet overstiger 12 måneder, skal de utsendte arbeidstakerne, i tillegg til de ansettelses- og arbeidsvilkår som fremgår av den någjeldende listen i artikkel 3(1) bokstav a) til i), omfattes av *alle relevante regler om ansettelses- og arbeidsvilkår*²⁶ i vertslandets lovgivning. Fra dette gjøres det uttrykkelig unntak for regler om inngåelse og opphør av ansettelsesforholdet, inkludert regler om konkurransebegrensende avaler, og regler om supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger. Det er først når utsendingen overstiger 12 måneder at dette utvidede settet av regler begynner å gjelde. Ved at utsendingsvirksomheten leverer en *begrunnet melding* til myndighetene i vertslandet, forlenges perioden fra 12 til maksimum 18 måneder.

9.3.2 Nærmere om beregning av utsendingsens varighet

Som nevnt over skal som hovedregel alle vertslandets regler om arbeids- og ansettelsesforhold gjelde når utsendingsens faktiske varighet overstiger 12 måneder. I den danske språkversjonen av direktivet er dette formulert slik: "*Når en udstationering faktisk varighet overstiger 12 måneder, sikrer medlemsstaterne,arbejdstagere, der er utstationeret til deres områder,alle de relevante arbeids- og ansættelsesvilkår*".

Det knyttes altså direkte rettsvirkninger til at en utsending har vart en viss tid. Det er imidlertid ikke helt klart hva som her ligger i begrepet "utsending" i denne sammenheng. Det kan forstås som selve tjenesteytelsen, eller som den perioden den enkelte arbeidstakeren er utsendt til et annet land. Hverken utsendingsdirektivet eller endringsdirektivet gir noen eksakt definisjon på "utsending" i dette henseende. I norsk rett er imidlertid definisjonen av "utsending", jf. arbeidsmiljøloven § 1-7, knyttet opp til at en enkelt arbeidstaker sendes til Norge i forbindelse med en tjenesteytelse. Etter departementets oppfatning er det naturlig å legge det samme til grunn her, slik at det er den enkelte arbeidstakerens arbeidsopphold i vertslandet som utgjør *utsendingen*, også i endringsdirektivets forstand. En slik løsning gir også best mening når man ser hen til den nye bestemmelsens fjerde ledd

²⁵ Forskrift 23. november 2016 nr. 1360

²⁶ I engelsk språkversjon: "*all the applicable terms and conditions of the employment*"

om at dersom virksomheten erstatter en utsendt arbeidstaker med en annen utsendt arbeidstaker for å utføre samme oppgave på samme sted, er det den samlede varigheten av disse individuelle utsendingsperiodene som utgjør utsendingsperioden. Dette behandles nærmere nedenfor.

Det faktum at utsendingen overstiger 12 (evt. 18) måneder fører ikke i seg selv til at arbeidstakerens status som *utsendt* endres til *innvandret arbeidstaker*. Hvorvidt det er tale om utsending i direktivets forstand eller etablering i vertslandet, skal fortsatt vurderes konkret i det enkelte tilfellet, hvor varigheten av utsendingen vil være ett av flere momenter. Det er gitt nærmere retningslinjer for denne vurderingen i artikkel 4 om håndhevingsdirektivet, som igjen er tatt inn i norsk rett i utsendingsforskriften § 2. Etter denne bestemmelsen skal det gjøres en konkret helhetsvurdering av kriterier knyttet til både virksomheten, tjenestens grenseoverskridende karakter og arbeidstakerens situasjon.

For å motvirke omgåelser er det gitt nærmere regler i endringsdirektivet om hvordan utsendings lengde skal beregnes. I situasjoner der virksomheten erstatter en utsendt arbeidstaker med en annen utsendt arbeidstaker for å utføre samme oppgave på samme sted, er det den samlede varigheten av disse individuelle utsendingsperiodene som utgjør utsendingsperioden i relasjon til tolv månedersregelen (evt. 18 mnd.). Hensikten bak bestemmelsen er at virksomheten ikke skal kunne splitte opp en utsendingsperiode utelukkende ved å bytte ut arbeidstakere underveis. Ved vurderingen av om det er tale om "samme oppgaver på samme sted" skal blant annet tjenesteytelsens art, arbeidet som utføres og arbeidsstedets adresse tas i betraktning.

9.3.3 Nærmere om kravet til begrunnet melding

Det følger av direktivet artikkel 1 (2) at utsendingsvirksomheten kan forlenge perioden før alle vertslandets regler om arbeids- og ansettelsesvilkår slår inn, fra 12 til 18 måneder, ved å inngi en såkalt *begrunnet melding* (i dansk språkversjon "begrundet meddelelse") til myndighetene i vertslandet. Den vedtatte bestemmelsen skiller seg fra det som var Kommisjonenens forslag. Kommisjonen foreslo en periode på 24 måneder uten noen mulighet til å forlengelse, det vil si en regulering som synes å harmonisere mer med definisjonen av utsending som gjelder innenfor trygdekoordineringsområdet²⁷. Dette var et omdiskutert tema under forhandlingene. Hensynet bak den varianten som ble valgt, synes å være å gi en viss fleksibilitet i situasjoner der en planlagt tjenesteytelse utforutsett blir forlenget/forsinket. Som følge av den forståelsen av begrepet utsending som er lagt til grunn (se punkt 9.3.2 over), må meldingen knytte seg til den enkelte arbeidstaker som utsendingen skal forlenges for. Direktivet selv gir ikke noen nærmere anvisning på hva som kreves av meldingen for å at perioden skal anses å være utvidet. Termen "meddelelse" taler mot at det skal gjøres noen nærmere vurdering eller kreves noen form for kvalifisering eller vilkår for å utvide perioden til 18 måneder. Meldingen skal riktignok være begrunnet, men dette kan neppe forstås slik at begrunnelsen skal kunne overprøves av myndighetene. Departementet forstår direktivet slik at det vil være tilstrekkelig å sende inn en melding som angir nødvending informasjon om hvem den gjelder (arbeidsgiver og arbeidstaker), faktiske opplysninger om tjenesteytelsen og hvorfor perioden skal forlenges.

²⁷ Se Forordning (EF) 883/2004 artikkel 12

9.3.4 Nærmere om hva som inngår i det utvidede vernet: alle vertslandets regler om arbeids- og ansettelsesvilkår

Som nevnt over slår endringsdirektivet fast at etter 12 (evt. 18) måneder skal, i tillegg til de vilkår som allerede følger av listen i artikkel 3, alle vertslandets regler om arbeids- og ansettelsesvilkår gjelde for de aktuelle utsendte arbeidstakere. Hensynene som ligger bak regelen er nærmere belyst i punkt 9-10 i fortalen, se punkt 9.1 foran. Hva dette utvidede vernet konkret innebærer behandles nærmere i det følgende.

For det første må det dreie seg om vertslandets gjeldende regler om *arbeids- og ansettelsesvilkår*.

For det andre stiller direktivet krav til måten reglene er fastsatt på. Det er presisert i selve direktivet at bare regler som er fastsatt i lov eller forskrift, eller i allmenngyldige tariffavtaler, og som er obligatorisk for nasjonale arbeidstakere, omfattes. Dette er likt som for de vilkår i artikkel 3 som gjelder fra første dag av utsendingen. I gjeldende norsk rett, hvor allmenngjøring av tariffavtaler fastsettes i forskrifter, er det i praksis derfor bare arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt i lov eller forskrift som kan gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere. Vilkår som kun følger av tariffavtaler, uansett nivå, gjøres altså ikke gjeldende overfor utsendte arbeidstakere i Norge²⁸.

9.3.5 Unntakene

Endringsdirektivet angir to konkrete unntak fra hovedregelen om at alle regler om arbeids- og ansettelsesvilkår skal gjelde for utsendte arbeidstakere, nemlig regler om *supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger* og regler om *inngåelse og opphør av ansettelsesforholdet*. Regler om supplerende ytelsesbaserte pensjonsordninger er positivt unntatt fra listen over vilkår også etter dagens direktivet. Dette er primært begrunnet ut fra at regulering av pensjon er svært komplekst og at det er stor variasjon mellom medlemsstatene på dette området. Pensjon er derfor mer egnet for regulering i etableringslandets rett. Samme hensyn gjør seg formodentlig gjeldende selv om det er tale om langvarig utsending, og er derfor unntatt her. Videre er regler om *inngåelse og opphør av ansettelsesforholdet*²⁹ unntatt. Det er uttrykkelig presisert i direktivbestemmelsen at dette unntaket omfatter regler om *konkurransbegrensende avtaler*. Det er for så vidt ikke definert nærmere i direktivet hva som menes med "konkurransbegrensende avtaler", men ut fra konteksten (inngåelse og opphør av arbeidsforhold) er det departementets oppfatning at det er tale om regler om begrensning av arbeidstaker adgang til å inngå nye arbeidsforhold, eller drive/delta i virksomhet *etter* arbeidsforholdets opphør, ut fra hensynet til opprinnelig arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse.

Utover dette er det ikke presisert nærmere i direktivet hvilke regler om inngåelse og opphør av ansettelsesforhold som omfattes av unntaket. Hvordan dette er regulert i de enkelte medlemsstatene vil naturlig variere en del, og for at unntaksbestemmelsen skal få den tilsiktede virkning i praksis er det departementets oppfatning at den ikke bør tolkes for snevert. Departementet legger i utgangspunktet til grunn at blant annet alle nasjonale regler om stillingsvern skal være unntatt, også ved langvarig utsending. Hvordan dette vil slå ut i norsk rett kommer vi tilbake til nedenfor.

²⁸ Se imidlertid kap. 10 nedenfor om endringer i direktivet på dette punktet.

²⁹ I engelsk språkversjon: *procedures, formalities and conditions of the conclusion and termination of the employment contract*.

9.4 Departementets vurderinger og forslag

9.4.1 Innledning

Reguleringen av langvarig utsending i endringsdirektivet representerer et tydelig skifte sammenlignet med det eksisterende regimet for utsending av arbeidstakere. Endringsdirektivet pålegger vertslandet å gjøre en større del av de nasjonale reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår gjeldende for utsendte arbeidstakere, dersom utsendingen varer lengre enn 12 (evt. 18) måneder. Vernet for utsendte arbeidstakere blir med dette styrket. Samtidig begrenses i noen grad avsenderlandenes frihet til å gjøre gjeldende arbeidsrettslig regulering for egne virksomheter som yter grenseoverskridende tjenester.

Endringsdirektivet innebærer at det må vurderes hvilke reguleringer i norsk rett som skal inngå i det utvidede vernet. I tillegg må det vurderes hvordan sondringen mellom kortvarige og langvarige utsendinger til Norge skal håndteres i praksis når det gjelder tilsyn og håndheving av reglene. Det må videre vurderes hvilke administrative ordninger som er nødvendige for at myndighetene skal kunne motta og håndtere grunnlagt melding fra utsendingsvirksomheter om utvidelse av perioden fra 12 og inntil 18 måneder.

Selv om reguleringen av langvarig utsending er et nytt grep, som skal styrke utsendte arbeidstakers rettigheter, understreker departementet at konsekvensene i norsk rett likevel blir relativt beskjedne. Det skyldes at de aller fleste regler om arbeids- og ansettelsesforhold i norsk rett allerede gjelder for utsendte arbeidstakere. Når unntakene som følger av endringsdirektivet er tatt i betraktning, vil det i realiteten være små forskjeller mellom hvilke regler som gjelder for de første 12 månedene og det som vil gjelde etter 12 måneder.

9.4.2 Hvilke regler i norsk rett skal inngå i det utvidede vernet ved langvarig utsending?

Selv om en stor del av de nasjonale reglene om ansettelses- og arbeidsvilkår allerede i dag gjelder for utsendte arbeidstakere fra første dag av utsendingsperioden, jf. utsendingsforskriften § 3, er det likevel behov for å gjøre noen endringer i gjeldende rett for å følge opp de nye bestemmelsene om langvarig utsending.

I gjeldende rett er det valgt en reguleringsmetode som innebærer en *positiv oppregning* av hvilke norske regler som gjelder for utsendte arbeidstakere, se utsendingsforskriften § 3. Dette er samme reguleringsmetode som i utsendingsdirektivet selv, hvor det i artikkel 3 (bokstavene a – g) listes opp hvilke type vilkår (ferie, arbeidstid, lønn osv.) som skal gjelde for utsendte arbeidstakere.

I endringsdirektivets bestemmelse om langvarig utsending er det derimot ingen slik opplisting av konkrete vilkårstyper. I stedet henvises det til *alle gjeldende arbeids- og ansettelsesvilkår* (dog med visse unntak, som vi kommer tilbake til nedenfor). Denne måten å angi reglene på antas å ha sammenheng med intensjonen bak regelen om at utsendte skal ha samme vilkår som vertslandets egne arbeidstakere. Etter departementets vurdering er det naturlig å på samme måte følge endringsdirektivets reguleringsmetode.

Det legges derfor opp til en ny bestemmelse i utsendingsforskriften som angir hovedregelen om at alle norske regler om arbeids- og ansettelsesvilkår skal gjelde ved utsending med varighet over 12/18 måneder, og videre en unntaksbestemmelse som angir hvilke konkrete regler som skal unntas som følge av endringsdirektivets unntaksbestemmelse for regler om inngåelse og opphør av arbeidsforholdet.

Rammene for hvilke nasjonale regler som skal gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere vil da følge av hva som er "arbeids- og ansettelsesvilkår" i direktivets forstand, samt de konkrete unntakene.

Arbeids- og ansettelsesvilkår

Som regel vil det være klart hva som faller innenfor begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår, selv om det kan oppstå grensetilfeller. Direktivet forstås slik at "arbeids- og ansettelsesvilkår" primært omfatter vilkår som gjelder det *individuelle arbeidsforholdet*, det vil si vilkår vedrørende ansettelsesforholdet som den enkelte arbeidstaker kan gjøre gjeldende overfor arbeidsgiveren. Det må blant annet avgrenses mot regler som dreier seg om håndheving av regelverket.

I direktivteksten (dansk) står det "alle *relevante* arbeids- og ansættelsesvilkår". I den engelske versjonen står det "all *applicable* terms and conditions of employment". Det er ikke helt klart hvilke begrensninger som eventuelt ligger i "relevante/applicable vilkår". Departementet forstår imidlertid direktivet slik at poenget er at det er de arbeids- og ansettelsesvilkår i vertslandet som til enhver tid er gjeldende og som er obligatoriske for vertslandets egne arbeidstakere. Det er først og fremst i arbeidsmiljøloven man finner regler om arbeids- og ansettelsesvilkår, men det kan likevel ikke avgrenses kategorisk mot slike regler i annen lovgivning.

I arbeidsmiljøloven finner vi dessuten regler om arbeidsgivers og arbeidstakers plikter som det kan være tvil om hvorvidt skal anses som arbeids- og ansettelsesvilkår, eller om det heller er tale om krav til arbeidsgiver om å ha på plass bestemte systemer eller ordninger. Et eksempel er arbeidsmiljøloven kapittel 2A om varsling. I lys av formålet med endringsdirektivets regler om langvarig utsending, bør ikke begrepet "arbeids- og ansettelsesvilkår" tolkes veldig snevert. Etter departementets oppfatning er det for eksempel rimelig at reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 2A om varsling omfattes av de regler som skal ta til å gjelde ved langvarig utsending.

Unntaksbestemmelsen

Departementet legger til grunn at unntaksbestemmelsen i endringsdirektivet for det første omfatter arbeidsmiljøloven kapittel 14A om konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold. Det kan være mer diskuterbart i hvilken utstrekning reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 og 15 om henholdsvis ansettelse og opphør av arbeidsforhold faller innenfor direktivets unntak for regler om "inngåelse og opphør av arbeidsforholdet". Det synes klart at direktivets unntaksbestemmelse i alle fall omfatter stillingsvernregler. Etter departementets vurdering, blant annet sett i lys av reglernes karakter, og at det i noen grad bør ses hen til hvordan dette er regulert i de enkelte landene, er det naturlig at unntaket også omfatter vår regulering av adgangen til midlertidig tilsetning og rettigheter for deltidsansatte. På denne bakgrunn anser departementet at følgende regler i arbeidsmiljøloven bør omfattes av unntaket: § 14-1 om informasjon om ledig stilling i virksomheten, § 14-1a om drøfting om bruk av deltid, § 14-2 om fortrinnsrett til ny ansettelse, § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte, § 14-4 om virkninger av brudd på reglene om fortrinnsrett, § 14-4a om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid, § 14-4b om virkninger av brudd på deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk

arbeidstid, § 14-9 om fast og midlertidig ansettelse, § 14-10 om åremål, § 14-11 om virkninger av brudd på reglene om fast og midlertidig ansettelse, § 14-16 om arbeidsreglement, og kapittel 14A om konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold.

For oversiktens skyld legges det til her at §§ 14-5, 14-6 og §14-8 om skriftlig arbeidsavtale og endringer i arbeidsforholdet, samt §§ 14-12 til 14-14 om innleie fra bemanningsforetak, og 14-15 femte ledd om lønns- og trekkoppgave allerede gjelder for utsendte arbeidstakere fra *første dag* av utsendingsperioden, jf. utsendingsforskriften § 3.

Videre anser departementet at hele kapittel 15, med unntak av § 15-9 om oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon, vil falle inn under direktivets unntaksbestemmelse. § 15-9 gjelder allerede for utsendte arbeidstakere fra første dag av utsendingsperioden, jf. utsendingsforskriften § 3, hvilket er en konsekvens av utsendingsdirektivet artikkel 3 (1) bokstav g om likebehandling mellom kjønnene.

Forslag til ny bestemmelse om langvarig utsending i ny § 3B i utsendingsforskriften:

NY § 3B Arbeids- og ansettelsesvilkår ved langvarig utsending

I tillegg til de arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av § 3, kommer alle øvrige norske obligatoriske regler om arbeids- og ansettelsesvilkår til anvendelse for utsendt arbeidstaker som er på tjenesteoppdrag i Norge, når utsendingens faktiske varighet overstiger 12 måneder. Dette gjelder likevel ikke reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, §§ 14-1 til 14-4b, §§ 14-9 til 14-11, §§15-1 til 15-8 og §§ 15-10 til 15-17.

Dersom arbeidsgiver senest innen 12 måneder etter at arbeidstakeren påbegynte utsendingsperioden i Norge gir skriftlig melding til Arbeidstilsynet om at utsendingsperioden må forlenges, skal perioden i første ledd forlenges til 18 måneder. Meldingen skal inneholde begrunnelsen for hvorfor perioden må forlenges, og hvilke arbeidstakere som er omfattet.

Dersom arbeidsgiver erstatter en utsendt arbeidstaker med en annen utsendt arbeidstaker som utfører samme oppgave på samme sted, er det den samlede varigheten av disse arbeidstakernes utsendingsperioder som utgjør utsendingsperioden i første og annet ledd. I vurderingen av hva som er samme oppgave på samme sted, skal det blant annet legges vekt tjenesteytelsens art, arbeidet som skal utføres og arbeidsplassens adresse.

9.4.3 Kontroll med at reglene ved langvarig utsending etterleves

Som nevnt over under punktet foran om gjeldende rett, har vi innenfor *arbeidslivslovgivningen* ikke noen særskilt melde- eller registreringsplikt for utsendte arbeidstakere, og det føres ingen fullstendig oversikt fra det offentliges side over tjenesteytelser som utføres av virksomheter etablert i andre EØS-land, eller over utsendte arbeidstakere som til enhver tid arbeider i Norge innenfor rammen av en grensekryssende midlertidig tjenesteytelser. Innenfor *skatteområdet* gjelder det imidlertid en rapporteringsplikt for oppdrag som utføres av utenlandske tjenesteytere. Virkeområdet for rapporteringsplikten er imidlertid begrenset (blant annet er enkelte bransjer utenfor), slik at den ikke kan danne grunnlag for en fullstendig oversikt over alle grensekryssende tjenesteytelser og utsendte arbeidstakere i Norge.

Regjeringen har under vurdering ulike tiltak som skal bidra til bedre oversikt over utenlandske arbeidstakere og virksomheter som opererer midlertidig i Norge. Blant annet vurderes det om Arbeidstilsynet skal få overført informasjon om utenlandske tjenesteytere fra Skatteetaten. På nåværende tidspunkt er det imidlertid ikke noe etablert system som myndighetene kan bruke til å avgjøre hvorvidt en arbeidstaker har vært utsendt til Norge lenger enn 12 måneder og dermed skal omfattes av det utvidede settet av lønns- og arbeidsvilkår.

I lys av dette legger departementet opp til at skillet mellom kortvarig og langvarig utsending må vurderes konkret i det enkelte tilfelle, på grunnlag av fremlagt dokumentasjon fra utsendingsvirksomheten om tjenesteoppdragets varighet og hvilke arbeidstakere som er tilknyttet det. Det vil i praksis si at Arbeidstilsynet i forbindelse med tilsyn må innhente dokumentasjon på utsendingens varighet, og på det grunnlaget avgjøre hvilket regelsett som gjelder i det konkrete tilfellet. Det gjelder allerede en dokumentasjonsplikt for utsendingsvirksomheten, jf. utsendingsforskriften § 4, som innebærer en plikt til å ha arbeidsavtaler, oversikt over arbeidstiden og lønns slipper for de utsendte arbeidstakerne som utfører tjenesten tilgjengelig på arbeidsplassen i Norge i utsendingsperioden. For å oppfylle behovet for informasjon om varigheten av utsendingen er det behov for å presisere dette i forskriftsteksten. Se nærmere forslag til endring i utsendingsforskriften § 4 nedenfor i kapittel 16.

Det presiseres imidlertid at Arbeidstilsynets behov for å skille mellom kortvarig og langvarig utsending i den enkelte sak bare blir aktuelt for regler om arbeids- og ansettelsesvilkår hvor de har *tilsynskompetanse*. I lys av at de fleste regler om arbeids- og ansettelsesvilkår som Arbeidstilsynet fører tilsyn med, allerede gjelder også ved kortvarig utsending, vil det i praksis være få tilfeller hvor tilsynsmyndigheten er nødt til å ta stilling til utsendingens varighet.

En viktig forutsetning for virksomhetenes etterlevelse av de nye reglene om utvidet vern ved langvarig utsending, er at det gis tilstrekkelig informasjon om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder ved henholdsvis kortvarig og langvarig utsending. Endringsdirektivet har nye bestemmelser som har til formål å tydeliggjøre medlemsstatenes ansvar for å informere om det til enhver tid gjeldende nasjonale regelverket. Dette behandles nærmere nedenfor, i kapittel 11.

Etter departementets vurdering er det ikke nødvendig med ytterligere regulering for å oppfylle direktivets krav knyttet til langvarig utsending.

10 Allmenngyldige tariffavtaler. Endringsdirektivet artikkel 1 (2) d

10.1 Gjeldende rett – utsendingsdirektivet og norsk rett

Av utsendingsdirektivets artikkel 3 (1) følger det at vertslandet skal gjøre gjeldende arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av enten lov/forskrift eller av allmenngyldig tariffavtale. I artikkelens åttende avsnitt reguleres nærmere hva som i direktivets forstand skal anses som *allmenngyldige tariffavtaler*. Det følger videre av bestemmelsen at medlemsstater som *ikke har noe etablert nasjonalt system eller ordning for å erklære tariffavtaler allmenngyldige*, likevel kan stille krav om arbeids- og ansettelsesvilkår som er utledet av tariffavtale, forutsatt at tariffavtalen oppfyller visse vilkår om

representativitet og likebehandling. Det må enten være slik at tariffavtalen i praksis "gjelder allment", dvs. at alle lignende virksomheter innenfor det aktuelle geografiske området/bransjen er bundet av den, eller så må det være tale om en landsomfattende tariffavtale som er inngått mellom de mest representative arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene. I begge tilfeller må prinsippet om likebehandling ivaretas, det vil si at nasjonale virksomheter i tilsvarende situasjon (innenfor bransjen og/eller geografisk område) er underlagt de samme forpliktelsene (med tilsvarende effekt) som de forpliktelsene som pålegges virksomheter som yter grensekryssende tjenester.

I norsk rett har vi et etablert system for å erklære tariffavtalen allmenngyldig gjennom allmenngjøringsloven, som gir Tariffnemnda hjemmel til å vedta allmenngjøring av arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av tariffavtale. Allmenngjøringsvedtak kommer til uttrykk gjennom forskrifter.

Av artikkel 3 (8) følger det også at lønns- og arbeidsvilkår i allmenngyldige tariffavtaler i vertslandet skal gjøres gjeldende for utsendte i arbeidstakere i *bygge- og anleggsbransjen*. Hva gjelder allmenngyldige tariffavtaler i *andre bransjer*, er det *frivillig* for medlemsstatene å gjøre disse gjeldende overfor utsendte arbeidstakere. I norsk rett er alle allmenngjøringsforskriftene, uavhengig av bransje, gjort gjeldende overfor utsendte arbeidstakere, jf. utsendingsforskriften § 4.

10.2 Hva innebærer endringsdirektivet?

Endringsdirektivet artikkel 1 (2) e gjør enkelte endringer i utsendingsdirektivet artikkel 3 (8). Bestemmelsen åpner for at medlemsstater som *har* nasjonale systemer for allmenngjøring av tariffavtaler, *også* kan velge å gjøre gjeldende andre tariffavtaler enn dem som er allmenngjort etter det nasjonale systemet. Der hvor det etter utsendingsdirektivet var en enten-eller-regel, er det altså nå en både-og-regel. Det stilles de samme krav til tariffavtalen om utbredelse, representativitet og likebehandling som etter dagens direktiv, for at tariffavtalens arbeids- og ansettelsesvilkår skal kunne gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere.

Hensynet bak denne endringen i direktivet synes å være målsettingen om likebehandling mellom vertslandets egne arbeidstakere og utsendte arbeidstakere. Dersom en bestemt bransje har nærmest full tariffavtaledekning, men hvor tariffavtalen ikke er erklært allmenngyldig, kan hensynet til likebehandling tale for at arbeids- og ansettelsesvilkårene etter tariffavtalen også skal gjelde for utsendte arbeidstakere. Det vil være opp til nasjonale myndigheter å identifisere tariffavtaler som oppfyller overnevnte kriterier, og eventuelt beslutte at, og i hvilken utstrekning, tariffavtalens arbeids- og ansettelsesvilkår skal gjelde for utsendte arbeidstakere.

10.3 Departementets vurdering og forslag

Som nevnt over har vi i norsk rett et etablert system for å erklære tariffavtaler allmenngyldige gjennom allmenngjøringsloven. Sett med norske øyne innebærer endringsdirektivet at det vil bli adgang til å beslutte at regler om arbeids- og ansettelsesvilkår *i tariffavtaler som ikke er allmenngjort gjennom vedtak av Tariffnemnda*, skal gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere, forutsatt at den aktuelle tariffavtalen oppfyller de gitte kriteriene.

Departementets utgangspunkt er at allmenngjøringsordningen fortsatt bør være rammen for når tariffavtalevilkår skal gis anvendelse for andre enn dem som er bundet av tariffavtalen.

Allmenngjøringsordningen er en vel innarbeidet ordning, hvis formål er sikre likebehandling mellom utenlandske og nasjonale arbeidstakere og hindre konkurransevridning. Departementet har per nå ikke undersøkt om det finnes aktuelle eksempler på bransjer hvor det gjelder tariffavtaler som oppfyller kriteriene i direktivet, og hvor hensynet til likebehandling mellom utsendte og nasjonale arbeidstakere gjør seg gjeldende. Høringsinstansene oppfordres til å uttale seg om dette spørsmålet.

Denne bestemmelsen i direktivet stiller ikke obligatoriske krav til medlemsstatene, og departementet anser på grunnlag av vurderingen over, at det her ikke er nødvendig å foreslå nye lov- eller forskriftsbestemmelser for å gjennomføre direktivet på dette punktet.

Endringsdirektivet artikkel 1 (2) *d* angir at vertslandets regler som følger av allmenngjorte tariffavtaler skal gjelde for utsendte arbeidstakere i *alle bransjer*. I utsendingsdirektivet er dette kun obligatorisk i bygg- og anleggsbransjen. I norsk rett gjelder allerede allmenngjøringsforskriftene for utsendte arbeidstakere, *uavhengig av bransje*. På dette punktet anses det derfor ikke å være behov for ny regulering for å oppfylle direktivets krav til gjennomføring.

11 Informasjon - myndighetssamarbeid

11.1 Gjeldende rett – utsendingsdirektivet, håndhevingsdirektivet og norsk rett

Ved grensekryssende tjenesteyting og utsending av arbeidstakere er det helt sentralt at de til enhver gjeldende regler om arbeids- og ansettelsesforhold i vertslandet er transparente og lett tilgjengelige for både virksomheter og arbeidstakere. Etter utsendingsdirektivet artikkel 4 har medlemsstatene plikt å sørge for dette, blant annet ved å etablere et nasjonalt kontaktpunkt (såkalt samarbeidskontor) som skal kunne gi den informasjonen som trengs. I Norge er det Arbeidstilsynet som har denne funksjonen, jf. utsendingsforskriften § 5.

Med håndhevingsdirektivet som ble vedtatt i 2014, ble statenes informasjons- og samarbeidsansvar tydeliggjort og forsterket. Blant annet ble det innført nye regler om *samarbeid mellom myndighetene på tvers av landegrensene*. Etter artikkel 6- 8 er myndighetene i medlemsstatene nå pålagt å innen bestemte frister, svare på hverandres anmodning om informasjon som er nødvendig for å håndheve reglene om arbeids- og ansettelsesforhold for utsendte arbeidstakere. Dette kan typisk dreie seg om at tilsynsmyndigheten i vertslandet ber myndighetene i et annet land om informasjon om en virksomhet som er hjemmehørende i det landet, men som yter midlertidige tjenester i vertslandet. Myndighetene skal også yte hverandre bistand med å underrette om vedtak om, og å innkreve, økonomiske sanksjoner. Det betyr at det er større mulighet for å få effektivert en sanksjon selv om virksomheten har forlatt vertslandet.

Når det gjelder myndighetenes ansvar for *informasjon*, ble det presisert i håndhevingsdirektivet artikkel 5 at EØS-statene skal gjennomføre nødvendige tiltak for å sikre at informasjon om lønns- og arbeidsvilkår gjøres allment tilgjengelig. Informasjonen skal gis på en klar, fullstendig og lett tilgjengelig måte, og uten krav om vederlag. EØS-statene skal angi på et sentralt offisielt nettsted, hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår og hvilke deler av EØS-statens lovgivning forøvrig som får anvendelse for utsendte arbeidstakere. Informasjonen skal utformes slik at den er tydelig, detaljert, brukervennlig og er i et tilgjengelig format, også for utenlandske brukere. Informasjonen skal være

tilgjengelig både på det/de offisielle språkene i vertslandet og på andre relevante språk, basert på etterspørselen i arbeidsmarkedet i det enkelte landet.

Håndhevingsdirektivet er gjennomført i norsk rett ved endringer i arbeidsmiljøloven og utsendingsforskriften, som trådte i kraft 1. juli 2017. Når det gjelder gjennomføring av direktivets regler om informasjon og myndighetssamarbeid, se særlig arbeidsmiljøloven §§ 1-7 fjerde og femte ledd og 18-11, samt utsendingsforskriften §§ 5 – 8.

Informasjon om regelverket er samlet på nettsiden www.workinnorway.no

11.2 Hva innebærer endringsdirektivet?

Endringsdirektivet artikkel 1(3) må leses sammen med håndhevingsdirektivet artikkel 6 til 8. Her presiseres det for det første at statene har en forpliktelse til effektivt myndighetssamarbeid, som særlig omfatter å besvare begrunnende henvendelser fra andre myndigheter eller organer om opplysninger om grenseoverskridende utleie av arbeidstakere, og håndtere klare tilfeller av misbruk eller ulovlig aktivitet, som svart arbeid og pro forma selvstendig næringsvirksomhet i forbindelse med utsending av arbeidstakere. Bestemmelsene understreker også at den ansvarlige myndigheten i hver enkelt land må fremskaffe den informasjonen de evt. selv mangler for å besvare henvendelser fra andre land, typisk ved å be andre organer og myndigheter om opplysninger. Dersom ansvarlig myndighet ikke svarer på henvendelser fra andre medlemsland innen de frister som gjelder etter håndhevingsdirektivet, skal Kommisjonen varsles. Kommisjonen kan i den forbindelse iverksette nødvendige tiltak for å bedre situasjonen.

Endringsdirektivet har også en ny bestemmelse om statenes informasjonsansvar, i artikkel 1 (2) som endrer utsendingsdirektivet artikkel 3 (legger til et nytt siste ledd). Denne bestemmelsen er relatert til *håndhevingen* av reglene og er derfor behandlet nedenfor i kapittel 12.

11.3 Departementets vurderinger og forslag

Etter departementets vurderinger innebærer endringsdirektivet en presisering og forsterking av betydningen av effektivt myndighetssamarbeid og god tilgang på informasjon, dog uten å pålegge statene noen nye rettslige forpliktelser. Disse nye bestemmelsene har primært til formål å forsterke medlemsstatenes innsats for å sørge for effektiv anvendelse og håndheving av reglene om lønns- og arbeidsvilkår for utsendte arbeidstakere, uten at de nødvendigvis krever ytterligere regulering i nasjonal rett. Basert på det regelverket som allerede er fastsatt i Norge, samt etablert praksis, mener departementet at det ikke er behov for lov- eller forskriftsendringer for å oppfylle direktivet på dette punktet.

12 Tilsyn, kontroll og håndheving. Endringsdirektivet artikkel 1 (4)

12.1 Gjeldende rett

Det følger allerede av utsendingsdirektivet artikkel 3, sammenholdt med artikkel 5, at medlemsstatene har en plikt til å sørge for at utsendingsvirksomheten etterlever nasjonale regler om lønns- og arbeidsvilkår som utledes av direktivet. Dette ansvaret ble ytterligere presisert og forsterket gjennom

vedtakelsen av håndhevingsdirektivet, særlig artikkel 10 om tilsyn, artikkel 11 om utsendte arbeidstakeres adgang til klagemekanismer og artikkel 12 om kontraktkjedeansvar.

Arbeidstilsynet er tilsynsmyndighet for de fleste bestemmelsene i utsendingsforskriften § 3, dog ikke for diskrimineringsreglene, som håndheves av Diskrimineringsnemnda. Tilsynskompetanse til Arbeidstilsynet følger av arbeidsmiljøloven § 18-1. I tillegg har Arbeidstilsynet kompetanse til å gi pålegg og fatte enkeltvedtak, jf. § 18-6, herunder vedtak om overtredelsesgebyr i henhold til § 18-10. Denne myndigheten inkluderer å gi pålegg og treffe enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføringen av eventuelle bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår etter allmenngjøringsforskrifter. Dette følger av allmenngjøringsloven § 11 andre ledd. Arbeidsmiljøloven kapittel 18 gir også nærmere regler om tilsynsmyndighetenes tilgang til opplysninger, og hvilke sanksjoner tilsynsmyndighetene har til rådighet for å gjennomføre pålegg gitt etter § 18-6. Tilsvarende har allmenngjøringsloven § 11 tredje ledd regler om tilsynsmyndighetenes tilgang til opplysninger³⁰.

Arbeidstilsynets tilsynsvirksomhet er risikobasert. Det betyr at tilsynsstrategier, prioriteringer og utvalg av tilsynsmaer og tilsynsobjekter er tilpasset forholdene i ulike bransjer og næringer og ulike virksomhetstyper. For å bruke ressursene på en mest mulig effektiv måte, rettes innsatsen mot de områdene der risikoen for mangelfull etterlevelse er størst. Arbeidstilsynet benytter seg av både egne erfaringer og innhentet kunnskap om de faktiske forholdene som grunnlag for sine risikovurderinger. I forbindelse med sin tilsynsvirksomhet knyttet til arbeidslivskriminalitet samarbeider Arbeidstilsynet svært tett med andre kontrollmyndigheter, og med partene i arbeidslivet.

Håndhevingsdirektivets regler om adgang til adekvate klagemekanismer er gjennomført i norsk rett bla. i utsendingsforskriften § 9. Artikkel 12 om kontraktkjedeansvar er gjennomført ved allmenngjøringsloven § 13 om solidaransvar for lønn og feriepengene.

I håndhevingsdirektivet er det også regler som har til formål å styrke myndighetssamarbeidet medlemsstatene imellom, herunder regler om utveksling av informasjon og om gjensidig bistand til underretting om, og inndrivning av økonomiske administrative sanksjoner (som tvangsmulkt og overtredelsesgebyr). Disse reglene er gjennomført i norsk rett i utsendingsforskriften §§ 5 – 8.

12.2 Hva innebærer endringsdirektivet?

12.2.1 Ny artikkel 5

Med endringsdirektivet blir artikkel 5 i utsendingsdirektivet erstattet med en bestemmelse om tilsyn, kontroll og håndheving som er en vesentlig mer utfyllende bestemmelse sammenlignet med det opprinnelige direktivet. Samtidig må endringene leses i lys av håndhevingsdirektivet. De fleste av reglene i ny artikkel 5 i endringsdirektivet stadfester det som allerede følger av håndhevingsdirektivet, uten å bringe inn vesentlige nye forpliktelser for statene.

Ny artikkel 5 første ledd slår fast at både myndighetene i vertslandet og myndighetene etableringslandet (avsenderlandet) har et felles ansvar for å føre til syn med, kontrollere og håndheve forpliktelsene som følger av utsendingsdirektivet inkludert de vedtatte endringene, og

³⁰ Arbeids- og sosialdepartementet har fremmet forslag om endringer i allmenngjøringsloven § 11 tredje ledd. Forslaget gjelder Statens vegvesens adgang til å innhente og utlevere opplysninger, se Prop. 60 L (2019-2020).

håndhevingsdirektivet, og iverksette adekvate tiltak i tilfelle av manglende etterlevelse³¹. I annet ledd er det uttrykkelig presisert at det skal vedtas nasjonale regler om *sanksjoner* ("penalties") for brudd på utsendingsreglene, og disse skal være effektive, proporsjonale og ha avskrekkende virkning³².

Medlemsstatene skal i særdeleshet sørge for at arbeidstakere og/eller arbeidstakerrepresentanter har til rådighet egnede prosedyrer for å gjøre gjeldende rettighetene som følger av direktivet, jf. ny artikkel 5 tredje ledd³³. Så langt innebærer ikke endringsdirektivet noen nye forpliktelser for medlemsstatene.

I endringsdirektivet er det imidlertid også tatt inn en helt ny bestemmelse (i ny artikkel 5 fjerde ledd) om hvordan myndighetene i medlemsstatene skal forholde seg til *forsøk på omgåelse av reglene som beskytter arbeidstakerne, ved at virksomheter feilaktig gir inntrykk av at en situasjon faller innenfor direktivets virkeområder*.

Videre står det i femte ledd i den nye artikkel 5, at *medlemsstatene skal sikre at denne artikkel ikke fører til at arbeidstakeren får mindre gunstige vilkår enn dem som gjelder for utsendte arbeidstakere*.

Det er ikke uten videre opplagt hvilke plikter denne bestemmelsen legger på statene. Sett i norsk kontekst legger departementet til grunn at artikkel 5 skal forstås slik at dersom tilsynsmyndighetene, etter å ha vurdert kriteriene som følger av utsendingsforskriften § 2, avdekker at en situasjon ikke dreier seg om reell utsending, plikter myndighetene å sørge for at arbeidstakeren omfattes av relevant rett og praksis. Hva som er relevant rett og praksis på kommer an på den konkrete situasjonen. Etter departementets vurdering er det imidlertid mest nærliggende at den situasjonen man har hatt til hensikt å regulere her, er grensen mellom utsending og *etablering i vertslandet*. Det vil si hvor en arbeidsgiver feilaktig (enten uaktsom eller forsettlig) har gitt inntrykk av at arbeidstakeren er utsendt og dermed bare underlagt deler av vertslandets rett, mens realiteten er at arbeidsforholdet har slik tilknytning til vertslandet (ref. kriteriene i utsendingsforskriften § 2, jf. håndhevingsdirektivet artikkel 4), at *alle* vertslandets regler kommer til anvendelse. Med andre ord slik at arbeidsforholdet kategoriseres innenfor retten til fri bevegelse for arbeidstaker, og ikke friheten til å yte tjenester. I en slik situasjon skal altså myndighetene sørge for at arbeidstakeren får de rettigheter som følger av norsk arbeidsrettslig regulering i sin helhet.

Presiseringen i femte ledd, om at bestemmelsen ikke må føre til at arbeidstakeren får mindre gunstige vilkår enn det som gjelder for utsendte arbeidstakere, må forstås slik at vertslandets rett *likevel ikke* skal gjelde fullt ut dersom det vil føre til mindre gunstige arbeids- og ansettelsesvilkår for arbeidstakeren (typisk dersom etableringslandets rett ville stille arbeidstakeren bedre).

12.2.2 Forholdsmessighetskrav ved sanksjoner – mangelfull informasjon

Videre omtales her en bestemmelse i endringsdirektivet artikkel 1(2) som riktignok gjør endringer i utsendingsdirektivet artikkel 3 om *arbeids- og ansettelsesvilkår*, men som likevel er hensiktsmessig å behandle her under tematikken kontroll og håndheving. I endringsdirektivet er det nå uttrykkelig slått fast at dersom medlemsstaten *ikke* har oppfylt pliktene sine etter håndhevingsdirektivet artikkel 5 til å informere på tilstrekkelig vis om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som til enhver tid gjelder for utsendte arbeidstakere, skal denne mangelen på informasjon, i henhold til nasjonal rett, tas i

³¹ Se håndhevingsdirektivet artikkel 7

³² Se håndhevingsdirektivet artikkel 20

³³ Se håndhevingsdirektivet artikkel 11 (7)

betraktning ved beregningen av sanksjoner som ilegges for overtredelse av nasjonale regler om arbeids- og ansettelsesvilkår for utsendte arbeidstakere. Mangelfull informasjon skal tas hensyn til i den grad det er nødvendig for å sikre at sanksjonen står i et rimelig forhold til overtredelsen.

12.3 Departementets vurderinger og forslag

Slik departementet forstår denne den nye bestemmelsen i artikkel 5 fjerde og femte ledd om omgåelser, tilsvarer den i prinsippet hvordan myndighetene i dag praktiserer grensedragningen mellom utsending av arbeidstakere, og etablering i det norske arbeidsmarkedet. Departementet vurderer det derfor slik at det ikke er nødvendig med særskilt regulering for å gjennomføre direktivet på dette punktet.

Når det gjelder bestemmelsen om mangelfull informasjon om nasjonale regler og kravet om forholdsmessighet ved ileggelse og utmåling av sanksjoner, mener departementet i utgangspunktet at gjeldende regulering og praksis i tilstrekkelig grad ivaretar de hensyn som ligger bak denne regelen. Det er her sett hen til at den aktuelle sanksjonsformen her først og fremst vil være overtredelsesgebyr etter arbeidsmiljøloven § 18-10. Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon og følger forvaltningslovens saksbehandlingsregler, og ikke straffeprosesslovens. Det vises til at alminnelige forvaltningsrettslige rettssikkerhetsprinsipper, herunder klarhetskravet og plikten til å kunngjøre lover og forskrifter, samt forvaltningens veiledningsplikt ivaretar at forvaltningen ikke skal kunne sanksjonere brudd på regler som ikke er gjort tilstrekkelig kjent for pliktsubjektet. Det vises også til kriteriene for å ilegge overtredelsesgebyr i arbeidsmiljøloven § 18-10, hvor det fremgår at graden av skyld skal vektlegges i vurderingen av om gebyr skal i legges og ved utmålingen.

Departementet vil imidlertid ikke utelukke at det kan være et behov for en spesifikk bestemmelse om dette i tilknytning til regelverket for utsendte arbeidstakere. I så fall vil det være mest naturlig med en egen bestemmelse i utsendingsdirektivet. Høringsinstansene oppfordres til å uttale seg om på spørsmålet.

13 Vern ved varsling for utsendte arbeidstakere

13.1 Innledning

Reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 2A om varsling, som sist ble revidert i 2019³⁴, skal legge til rette for et godt yringsklima, styrke den reelle yringsfriheten i ansettelsesforhold, og beskytte arbeidstaker som fremsetter varsel mot gjengjeldelse i form av ugunstig behandling mv. Kapittel 2A har regler om arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold, fremgangsmåten ved varsling, arbeidsgivers aktivitetsplikt ved varsling, forbud mot gjengjeldelse, oppreisning og erstatning ved brudd på forbundet mot gjengjeldelse, arbeidsgivers plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling, og taushetsplikt ved ekstern varsling til offentlig myndighet. Per i dag gjelder ikke varslingsreglene for utsendte arbeidstakere.

³⁴ Se Prop. 74 L (2018-2019), vetatt lov 21 juni 2019 nr. 24 (i kraft 1 jan 2020 iflg. res. 21 juni 2019 nr. 806)

I forbindelse med at Stortinget behandlet Prop. 72 L (2016–2017) om enkelte endringer i arbeidsmiljølovens regler om varsling og arbeidstid, vedtok Stortinget følgende anmodningsvedtak³⁵:

«Stortinget ber regjeringa kome tilbake til Stortinget med forslag som sikrar at utsendte arbeidstakarar blir omfatta av varslingsreglane i arbeidsmiljølova.»

Av Prop. 1 S (2019-2020) for Arbeids- og sosialdepartementet går det frem at Arbeids- og sosialdepartementets vil følge opp vedtaket slik:

"Regjeringen viser til at spørsmålet om varslervern for utsendte arbeidstakere må vurderes i forhold til utsendingsdirektivet. Dette direktivet er nylig endret, jf. direktiv 2018/957/EU. Regjeringen har det nye direktivet til vurdering, med sikte på innlemmelse i EØS-avtalen og gjennomføring i norsk rett. Spørsmålet om hvorvidt utsendte arbeidstakere skal omfattes av varslingsreglene vil inngå i arbeidet med gjennomføring av endringene i utsendingsdirektivet. Regjeringen vil komme tilbake til Stortinget på egnet måte når dette arbeidet er ferdigstilt.»

13.2 Gjeldende rett

Ingen av reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 2A er omfattet av de reglene som ifølge utsendingsforskriften § 3 skal gjøres gjeldende ved utsending av arbeidstakere. Utsendingsforskriften § 3 ble sist revidert i 2017 i forbindelse med gjennomføringen av håndhevingsdirektivet. Det betyr at varslingsvern for utsendte arbeidstakere reguleres av det lands lovgivning som ellers regulerer arbeidsforholdet (som regel etableringslandets rett).

13.3 Departementets vurdering

Reglene om varsling ivaretar viktige hensyn, både hos arbeidsgiver og arbeidstaker. Samtidig er reglene utformet slik at det ikke alltid er hensiktsmessig å gjøre dem gjeldende overfor virksomheter og deres ansatte som er etablert i et annet medlemsland, som utfører midlertidig arbeid i en kort periode i Norge. Virksomheter som yter tjenester i ulike land, vil måtte forholde seg til ulike lands regler. Regler som stiller krav til faste ordninger og systemer i virksomhet er som oftest mest egnet for regulering i etableringslandets rett. Reglene kan være utfordrende å håndheve på en effektiv måte.

Samtidig er det viktig at også utsendte arbeidstakere ivaretas i denne forbindelse. I håndhevingsdirektivet artikkel 11 nr. 5 er det gitt en særskilt bestemmelse som skal beskytte utsendte arbeidstakere mot "ugunstig behandling" fra arbeidsgiver som følge av at arbeidstakere går til søksmål eller innleder administrative prosedyrer for å ivareta sine rettigheter etter utsendingsreglene. Denne bestemmelsen i direktivet er gjennomført i norsk rett i utsendingsforskriften § 10, som har følgende ordlyd:

§ 10. Vern mot gjengjeldelse når utsendt arbeidstaker går til rettslige eller administrative skritt mot arbeidsgiver

Gjengjeldelse mot utsendt arbeidstaker som går til rettslige eller administrative skritt mot arbeidsgiver for å ivareta retten til lønns- og arbeidsvilkår etter denne forskrift § 3 er forbudt.

³⁵ Vedtak 737, 1. juni 2017

Dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med første punktum, skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted hvis ikke arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet.

Den som er blitt utsatt for gjengjeldelse i strid med første ledd, kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige regler.

Ved utformingen av bestemmelsen ble det sett hen til den daværende regelen i arbeidsmiljøloven om forbud mot gjengjeldelse ved varsling. Bestemmelsen rekker dog ikke like langt som varslingsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 2A. På den annen side er regelen tilpasset til utsendingssituasjonen, og bidrar til å styrke rettsstillingen til akkurat denne gruppen av arbeidstaker.

Videre vises det til endringsdirektivets regler om utvidet vern ved langvarig utsending som er omtalt i kapittel 9 over. Utgangspunktet her er at alle vertslandets obligatoriske regler om arbeids- og ansettelsesvilkår skal gjelde for utsendte arbeidstakere når utsendingen varer mer enn 12 måneder. Etter departementets vurdering bør arbeidsmiljøloven §§ 2A-1 til 2A-5 gjelde ved langvarig utsending.

Samlet sett mener departementet at gjeldende rett, sammen med de nye reglene om langvarig utsending som foreslås i dette høringsbrevet, vil utgjøre en hensiktsmessig regulering av vern av utsendte arbeidstakere når det gjelder varsling. Det foreslås derfor ikke ytterligere regelendringer på dette punktet.

14 Andre endringer i utsendingsforskriften

14.1 Utsendingsforskriften § 3 først ledd bokstav c – henvisning til arbeidsmarkedsloven

I utsendingsforskriften § 3 første ledd bokstav c er det henvist til arbeidsmarkedsloven § 7, mens det skulle vært henvist til § 27. Dette skyldes ren feilskrift i endringsforskriften³⁶ som ble vedtatt i 2017 for å gjennomføre håndhevingsdirektivet.

Arbeidsmarkedsloven § 27 gjelder utleie av arbeidstakere og oppstiller visse vilkår som må være oppfylt for at en virksomhet skal kunne leie ut arbeidstakere. Disse reglene skal også gjelde for utenlandske virksomheter som leier ut arbeidstakere til innleievirksomheter i Norge.

Arbeidsmarkedsloven § 7 gjelder arbeidsgivers plikt til å melde ledig stillinger til Arbeids- og velferdsdirektoratet. Det har aldri vært intensjonen at denne bestemmelsen skulle gjøres gjeldende overfor utenlandske utsendingsvirksomheter.

For å rette opp feilen foreslår departementet å endre utsendingsforskriften § 3 første ledd bokstav c slik at § 7 erstattes med § 27.

Videre foreslår departementet mindre lovtekniske endringer i § 3 for å gjøre bestemmelsen mer leservennlig. Disse innebærer ikke materielle endringer. For det første foreslås det å gjøre om § 3

³⁶ Forskrift 28. juni 2017 nr. 1055 om endring i forskrift om utsendte arbeidstakere

annet ledd som gjelder allmenngjøringsforskrifter, til en ny bokstav e) i første ledd. For det andre foreslås det å trekke sammen femte og sjette ledd til ett felles ledd. Ny ordlyd fremgår i kapittel 16 nedenfor.

14.2 Utsendingsforskriften § 1 om virkeområdet - presisering

I utsendingsforskriften § 1 om virkeområdet foreslår departementet å ta inn en henvisning til arbeidsmiljøloven § 1-7 første, andre og tredje ledd for å tydeliggjøre at forskriften gjelder utsending i forbindelse med de former for utsending i forbindelse med tjenesteyting, slik dette er definert i arbeidsmiljøloven § 1-7 første ledd, annet og tredje ledd.

14.3 Utsendingsforskriften § 5 om informasjon og samarbeid - harmonisering

I utsendingsforskriften § 5 om informasjon og samarbeid benyttes "Direktoratet for arbeidstilsynet". For å harmonere begrepsbruken med arbeidsmiljøloven og forskriften for øvrig, foreslås det å endre dette til "Arbeidstilsynet".

15 Økonomiske og administrative konsekvenser

15.1 Generelt

Forslagene til forskriftsendringer som legges frem har til formål å gjennomføre et direktiv som forventes innlemmet i EØS-avtalen og således legger plikter på staten. Direktivet gjør visse endringer og presiseringer i allerede eksisterende regelverk og ordninger, og samlet sett får forslagene relativt begrensede økonomiske administrative konsekvenser, både for tilsynsmyndighetene og virksomheter.

Hovedformålet med direktivet er å styrke rettighetene til utsendte arbeidstakere, både gjennom økt likebehandling med vertslandets egne arbeidstakere, og gjennom en bedre håndheving og etterlevelse av reglene. Samtidig er det direktivets intensjon å klargjøre regelverket på områder som hittil har vært omstridt. Klargjøring av regelverket vil kunne bidra til at rettsanvendelsen blir mindre ressurskrevende og mer effektiv. I lys av dette må det forventes at forslaget har positive effekter både for den enkelt utsendte arbeidstakere, for bedrifter og samfunnet generelt.

15.2 Konsekvenser for tilsynsmyndighetene

Arbeidstilsynet har per nå veiledningsansvaret og tilsynskompetanse for regelverket for utsendte arbeidstakere. Forslaget medfører at Arbeidstilsynet får enkelte utvidede oppgaver knyttet til dette ansvaret. Forslaget om langvarig utsending innebærer at Arbeidstilsynet må ta hensyn til at det ved langvarig utsending gjelder noen flere regler enn ellers. Som vist til foran antas dette å ha liten praktisk betydning i forbindelse med tilsyn. Videre må Arbeidstilsynet etablere et administrativt system for å motta og håndtere meldinger om forlengelse av utsendingsperioden fra 12 til 18 måneder. Det er ikke mulig nå å anslå hvilket omfang dette vil få.

Forslaget om å klargjøre ansvarsforholdene når en innleiebedrift sender en innleid arbeidstaker på oppdrag utenfor Norge, innebærer at Arbeidstilsynet får tilsynsmyndighet med regelen om at innleievirksomheten oppfyller plikten til å underrette bemanningsforetaket. Det antas at dette vil utgjøre et beskjedent omfang.

Som følge av regelendringene, særlig dem som gjelder langvarig utsending og utsending av arbeidstakere i bemanningsforetak, forventes det også at Arbeidstilsynet må sette inn flere ressurser på informasjon og veiledning om regelverket overfor utenlandske virksomheter og arbeidstakere.

15.3 Konsekvenser for virksomheter og arbeidsgivere

For utenlandske virksomheter (arbeidsgivere) som sender arbeidstakere på oppdrag i Norge får forslaget potensielt den konsekvens at de de må etterleve en større del av norsk lovgivning enn tidligere (dersom utsendingen varer lenger enn 12 måneder). Det vil føre til visse administrative byrder med å sette seg inn i nytt regelverk, men i lys av at de fleste norske regler om arbeids- og ansettelsesvilkår allerede gjelder fra første dag, antas dette å være lite tyngende. I tillegg medfører utvidelsen av dokumentasjonskravet ekstra plikter på utsendingsvirksomheten, men dette er heller ikke spesielt krevende å oppfylle.

For norske innleievirksomheter medfører forslaget en plikt til å underrette bemanningsforetaket i tilfelle at en innleid sendes på oppdrag utenfor Norge. Dette antas ikke å være spesielt krevende for virksomhetene å etterleve.

16 Forslag til endringer i forskriften om utsendte arbeidstakere

§ 1 skal lyde:

§ 1. Virkeområde

Forskriften gjelder når utenlandsk virksomhet sender arbeidstaker til Norge i forbindelse med tjenesteyting, *jf. arbeidsmiljøloven § 1-7 første til tredje ledd*, forutsatt at det foreligger et arbeidsforhold mellom den utenlandske virksomheten og den utsendte arbeidstakeren i utsendingsperioden.

Forskriften får ikke anvendelse på Svalbard.

§ 2. Vurdering av om det foreligger utsending av arbeidstakere

Når det tas stilling til om en arbeidstaker arbeider i et begrenset tidsrom i et annet land enn det arbeidsforholdet vanligvis er knyttet til, jf. arbeidsmiljøloven § 1-7 første ledd, skal det gjøres en samlet vurdering av arbeidet og arbeidstakers situasjon, hvor blant annet følgende momenter kan inngå:

- a) om arbeidet blir utført i en begrenset periode i Norge,
- b) tidspunktet utsendingen ble påbegynt,
- c) om utsendingen finner sted til et annet land enn der arbeidstakeren vanligvis arbeider,
- d) om arbeidstakeren returnerer til eller forventes å skulle gjenoppta arbeidet i det landet arbeidstakeren ble utsendt fra,
- e) typen aktivitet som utføres,
- f) om utgifter til reise, kost og losji dekkes av den arbeidsgiveren som utsender arbeidstakeren, og i tilfellet hvordan utgiftsdekningen gjennomføres,
- g) tidligere perioder den samme eller en annen arbeidstaker har vært utsendt for det samme arbeidet.

Når det tas stilling til om en virksomhet driver reell virksomhet i etableringslandet, utover intern forvaltning eller administrasjon, skal det gjøres en samlet vurdering av de aktiviteter som kjennetegner virksomheten, hvor blant annet følgende momenter kan inngå:

- a) hvor virksomheten har sitt hjemsted og administrasjon, har kontorer, betaler skatter og sosiale avgifter, har fått tildelt driftstillatelse eller er registrert i en yrkessammenslutning,
- b) hvor arbeidstakeren ansettes og utsendes fra,
- c) hvilke lands lovgivning som kommer til anvendelse på arbeidsavtaler og kontrakter som virksomheten inngår med sine kunder,
- d) det sted virksomheten utøver sine viktigste forretningsaktiviteter og har ansatt sitt administrative personale,
- e) antall utførte oppdrag eller størrelsen på omsetningen i etableringsstaten, men likevel slik at det skal tas hensyn til om virksomheten er nyetablert og dens størrelse.

§ 3 skal lyde:

§ 3. Arbeids- og ansettelsesvilkår

Uansett hvilket lands rett som for øvrig regulerer arbeidsforholdet, *og uavhengig av utsendingsperiodens varighet*, kommer følgende bestemmelser om arbeids- og ansettelsesvilkår til anvendelse for utsendt arbeidstaker:

- a) lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) kapittel 10, 11, 13 og § 3-1, § 3-2, § 3-5, § 4-1 til § 4-5, § 5-1, § 5-2, § 6-1 til § 6-3, § 6-5, § 12-1 til § 12-9, § 14-5, § 14-6, § 14-8, § 14-12 til § 14-14, § 14-15 femte ledd og § 15-9,
- b) lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven),
- c) lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) § 27

d) lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) kapittel 5, 6 og § 6 – § 8, § 9 første ledd, § 9 andre ledd, § 11, § 13 første til tredje ledd, § 13 sjette ledd og § 14.

e) *bestemmelser om lønn eller arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt i forskrift om allmenngjøring av tariffavtale gitt i medhold av lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv., i den utstrekning den utsendte arbeidstakerens arbeidsforhold faller innenfor forskriftens virkeområde.*

Bestemmelsene *i første ledd* kommer bare til anvendelse dersom utsendt arbeidstaker ikke er omfattet av gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår ved avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet.

Hvis utsendingsperioden for utsendt arbeidstaker som er fag- eller spesialarbeider ikke overstiger åtte dager, gjelder ikke bestemmelsene i ferieloven og i arbeidsmiljøloven § 10-6 ellefte ledd, samt bestemmelser nevnt i andre ledd om feriefritid, feriepenger og lønn, herunder overtidsgodtgjørelse, når:

- arbeidet som utføres er førstegangsmontering eller installasjon som inngår i en avtale om levering av varer, og
- arbeidet er nødvendig for å kunne ta varen i bruk.

Dette unntaket kommer ikke til anvendelse for utsendt arbeidstaker som utfører arbeid innenfor byggebransjen som gjelder oppføring, reparasjon, vedlikehold, ombygging eller riving av bygninger.

Dersom virksomheten i løpet av de siste 12 måneder har sendt ut andre arbeidstakere for det samme arbeidet, skal slike perioder medregnes ved beregningen av om utsendingsperioden overstiger åtte dager.

NY § 3A

§ 3A Beregning av ytelser som er gjelder spesielt for utsendingen

Ved beregning av om en utsendt arbeidstaker har fått riktig lønn, skal ytelser som gjelder spesielt for utsendingen betraktes som en del av lønnen, med mindre de betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, for eksempel reiseutgifter, kost og losji.

Dersom det ikke fremkommer av arbeidskontrakten hvilke deler av ytelsen som i henhold til første ledd er en del av lønnen og hvilke som betales som refusjon av utgifter, skal hele ytelsen anses for å være dekning av utgifter.

NY § 3B:

§ 3B Arbeids- og ansettelsesvilkår ved langvarig utsending

I tillegg til de arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av § 3, kommer alle øvrige norske obligatoriske regler om arbeids- og ansettelsesvilkår til anvendelse for utsendt arbeidstaker som er på tjenesteoppdrag i Norge, når utsendingens faktiske varighet overstiger 12 måneder. Dette gjelder likevel ikke reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, §§ 14-1 til 14-4b, §§ 14-9 til § 14-11, §§15-1 til 15-8 og §§ 15-10 til 15-17.

Dersom arbeidsgiver senest innen 12 måneder etter at arbeidstakeren påbegynte utsendingsperioden i Norge gir skriftlig melding til Arbeidstilsynet om at utsendingsperioden må forlenges, skal perioden i første ledd forlenges til 18 måneder. Meldingen skal inneholde begrunnelsen for hvorfor perioden må forlenges, og hvilke arbeidstakere som er omfattet.

Dersom arbeidsgiver erstatter en utsendt arbeidstaker med en annen utsendt arbeidstaker som utfører samme oppgave på samme sted, er det den samlede varigheten av disse arbeidstakernes utsendingsperioder som utgjør utsendingsperioden i første og annet ledd. I vurderingen av hva som er

samme oppgave på samme sted, skal det blant annet legges vekt på tjenesteytelsens art, arbeidet som skal utføres og arbeidsplassens adresse.

§ 4 skal lyde:

§ 4. *Krav om dokumentasjon*

Når utenlandsk virksomhet sender arbeidstakere til Norge i forbindelse med tjenesteyting skal virksomheten ha arbeidsavtaler, oversikt over arbeidstiden og lønsslipper for de utsendte arbeidstakerne som utfører tjenesten tilgjengelig på arbeidsplassen i Norge i utsendingsperioden.

Virksomheten skal også kunne fremlegge dokumentasjon som viser utsendingens forventede varighet og planlagt start- og sluttdato, det forventede antall utsendte arbeidstakere, og arbeidstakernes identitet.

Dokumentasjonen skal foreligge skriftlig eller være tilgjengelig elektronisk.

Dokumenter som nevnt i første ledd skal foreligge på norsk, svensk, dansk eller engelsk.

§ 5 skal lyde:

§ 5. *Informasjon og samarbeid*

Arbeidstilsynet skal, i egenskap av samarbeidskontor, gi informasjon om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som kommer til anvendelse for utsendt arbeidstaker. Arbeidstilsynet skal også kunne henviser til arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner i tilfelle bestemmelser i en allmenngjort tariffavtale kommer til anvendelse, jf. § 3 andre ledd.

Arbeidstilsynet samarbeider med ansvarlige myndigheter i andre EØS-land om håndhevingen av reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår som kommer til anvendelse for utsendte arbeidstakere.

Arbeidstilsynet besvarer anmodninger om opplysninger og gjør de undersøkelser og kontroller som er nødvendig for å etterkomme anmodningene.

§ 6. Gjensidig bistand til å underrette om vedtak og avgjørelser

Etter anmodning fra ansvarlig myndighet i et annet EØS-land skal *Arbeidstilsynet* underrette om avgjørelse som nevnt i arbeidsmiljøloven § 18-11. Anmodningen kan avvises hvis den har ufullstendige opplysninger eller det er åpenbart at det ikke er samsvar mellom anmodningen og avgjørelsen det skal underrettes om. Hvis en anmodning avvises skal *Arbeidstilsynet* så snart som mulig gi melding om avvisningen og de forhold som ligger til grunn for den, til den ansvarlige myndigheten som har sendt anmodningen.

Virksomheten som avgjørelsen retter seg mot skal underrettes så snart som mulig og senest innen en måned etter at anmodningen er mottatt. Dokumentasjon som fulgte med anmodningen skal sendes sammen med underretningen. Forvaltningsloven § 27 gjelder så langt den passer.

Arbeidstilsynet skal gi melding til den myndigheten som har anmodet om underretning om når underretning ble sendt virksomheten.

Arbeidstilsynet kan anmode ansvarlig myndighet i andre EØS-land om å underrette om vedtak etter arbeidsmiljøloven § 18-7 (tvangsmulkt) og § 18-10 (overtredelsesgebyr) for brudd på lønns- og ansettelsesvilkår etter denne forskrift § 3 og brudd på krav om dokumentasjon etter § 4.

§ 7. Gjensidig bistand til innkreving

Statens innkrevingsentral skal så snart som mulig og senest innen en måned fra anmodningen om innkreving av krav i henhold til arbeidsmiljøloven § 18-11 ble mottatt, skriftlig varsle virksomheten om kravet. Varselet skal inneholde den dokumentasjonen som fulgte med anmodningen.

Statens innkrevingsentral skal gi melding til den myndighet som har anmodet om innkreving om når innkreving ble iverksatt og om kravet helt eller delvis er fullbyrdet.

Statens innkrevingsentral kan avvise en anmodning om innkreving hvis anmodningen har ufullstendige opplysninger eller det er åpenbart at det ikke er samsvar mellom anmodningen og avgjørelsen som ligger til grunn for den. En anmodning om innkreving kan også avvises hvis:

- a) de samlede beløp som skal kreves inn ikke overstiger 350 euro, eller
- b) omkostningene med å gjennomføre innkrevingen er uforholdsmessig store sammenlignet med det beløpet som skal kreves inn, eller det vil medføre vesentlige vanskeligheter å gjennomføre innkrevingen, eller
- c) grunnleggende rettigheter som gjelder etter norsk rett ikke er respektert.

Hvis en anmodning avvises skal Statens innkrevingsentral så snart som mulig gi melding om avvisningen og de forhold som ligger til grunn for den, til den ansvarlige myndighet som har sendt anmodningen.

§ 8. Suspensjon av bistanden

Gjennomføring av bistand som nevnt i § 6 og § 7 suspenderes hvis den myndighet som har anmodet om bistand gir melding om at avgjørelsen eller pengekravet har blitt påklaget, brakt inn for domstolene eller bestridt på annen måte. Gjennomføringen suspenderes frem til det foreligger en avgjørelse fra rett organ i det EØS-land som har anmodet om bistand.

Hvis et vedtak eller pengekrav som Arbeidstilsynet eller Statens innkrevingsentral har anmodet et annet EØS-land om å underrette om eller kreve inn har blitt påklaget, brakt inn for domstolene eller bestridt på annen måte i Norge, skal Arbeidstilsynet eller Statens innkrevingsentral så snart som mulig varsle ansvarlig myndigheter som er anmodet om bistanden.

§ 9. Domsmyndighet

For å gjøre gjeldende retten til arbeids- og ansettelsesvilkår etter § 3 kan utsendt arbeidstaker reise søksmål i Norge. Søksmålet kan reises i den rettskrets som arbeidstakeren har vært utsendt til.

§ 10. Vern mot gjengjeldelse når utsendt arbeidstaker går til rettslige eller administrative skritt mot arbeidsgiver

Gjengjeldelse mot utsendt arbeidstaker som går til rettslige eller administrative skritt mot arbeidsgiver for å ivareta retten til lønns- og arbeidsvilkår etter denne forskrift § 3 er forbudt. Dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted gjengjeldelse i strid med første punktum, skal det legges til grunn at slik gjengjeldelse har funnet sted hvis ikke arbeidsgiveren sannsynliggjør noe annet.

Den som er blitt utsatt for gjengjeldelse i strid med første ledd, kan kreve oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Oppreisningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til

partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Erstatning for økonomisk tap kan kreves etter alminnelige regler.

§ 11. Vederlag for innkvartering stilt til disposisjon av arbeidsgiver

Dersom vederlag for innkvartering stilt til disposisjon av arbeidsgiver trekkes i utsendt arbeidstakers lønn, skal vederlagets størrelse stå i et rimelig forhold til arbeidstakers netto lønn og kvaliteten på innkvarteringen.

§ 12. Utsending fra Norge

Når en norsk virksomhet sender ut en arbeidstaker til et annet land innenfor EØS-området, skal arbeidsgiveren sikre at arbeidstakeren omfattes av vertslandets bestemmelser om arbeids- og ansettelsesvilkår som er gitt for å gjennomføre direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting. Dette gjelder ikke dersom arbeidstakeren er omfattet av gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår ved avtale eller etter det landets rett som for øvrig regulerer arbeidsforholdet.

NY § 12A:

§ 12 A Utsending fra Norge av arbeidstaker som er innleid fra bemanningsforetak

Dersom en virksomhet i Norge har leid inn arbeidstaker fra bemanningsforetak, og sender denne arbeidstakeren på midlertidig tjenesteoppdrag utenfor Norge, er det bemanningsforetaket som er ansvarlig for å sikre at arbeidstakeren omfattes av vertslandets bestemmelser som arbeids- og ansettelsesvilkår som er gitt for å gjennomføre direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i

forbindelse med tjenesteyting. Dette gjelder uavhengig av om bemanningsforetaket er etablert i Norge eller i et annet land.

Ved utsending som nevnt i første ledd skal innleievirksomheten underrette bemanningsforetaket om utsendingen i rimelig tid før oppdraget begynner.

§ 13. Straffebestemmelser

Overtredelse av de lov- og forskriftsbestemmelser som kommer til anvendelse etter § 3 første ledd, straffes etter de straffebestemmelser som rammer overtredelser av de nevnte bestemmelser.

§ 14. Bruk av Informasjonssystemet for det indre marked (IMI)

Når ansvarlig myndighet etter arbeidsmiljøloven § 18-11 eller utsendingsforskriften § 5 til § 7 yter bistand til myndighet i annen EØS-stat, eller anmoder myndighet i en annen EØS-stat om tilsvarende bistand, skal informasjonsutveksling skje gjennom Informasjonssystemet for det indre marked (IMI).

§ 15. Ikrafttredelse

Forskriften trer i kraft