



DET KONGELIGE
ARBEIDS- OG INKLUDERINGSDEPARTEMENT

Høringsnotat

Forslag til endringer i utlendingsforskriften § 19-8 – tjenesteyters rett til opphold etter EØS-reglene (utsendte arbeidstakere som er borgere av land utenfor EØS)

27. juni 2022

Høringsfrist: 27. september 2022

Innhold

1	Innledning	3
2	Bakgrunn	3
3	Gjeldende rett	3
3.1	Utlendingsloven og -forskriften	3
3.2	Arbeidsmiljøloven og forskrift om utsendte arbeidstakere.....	4
3.3	Allmenngjøringsloven	5
4	Forholdet til EØS-retten	5
4.1	EØS-avtalens artikkel 36	5
4.2	Utsendingsdirektivet	6
4.3	Håndhevingsdirektivet	7
4.4	Vikarbyrådirektivet	7
4.5	Rettspraksis fra EU	8
5	Borgere av land utenfor EØS som sendes til Norge for å yte tjenester	9
6	Departementets vurdering og forslag til endringer	10
6.1	Vilkårene for oppholdsretten.....	10
6.2	Kontroll og tilsyn	10
7	Økonomiske og administrative konsekvenser	13
8	Forslag til endringer i utlendingsforskriften	14

1 Innledning

Arbeids- og inkluderingsdepartementet sender med dette på høring forslag til endringer i forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 19-8 om retten til opphold etter EØS-reglene for utsendte arbeidstakere som er borgere av land utenfor EØS (tredjelandsborgere). Endringen innebærer en harmonisering av utlendingsregelverket med gjeldende EØS-rett, og forskriftsteksten justeres på følgende måte:

- Kravet om at den utsendte arbeidstakeren må være en del av EØS-foretakets permanente arbeidsstyrke erstattes med et krav om at arbeidstakeren må anses som en utsendt arbeidstaker etter reglene i arbeidsmiljøloven § 1-7 og forskrift om utsendte arbeidstakere § 2.
- Det presiseres videre i bestemmelsen at utsendte arbeidstakere som er borgere av land utenfor EØS, må ha lovlig opphold og adgang til å ta arbeid i den andre EØS-staten som han eller hun er utsendt fra, slik at vedkommende kan returnere til bostedsstaten etter oppdraget.

Oppholdsretten etter EØS-reglene gjelder i tilfeller der tredjelandsborgeren har lovlig opphold og arbeider i et foretak i en annen EØS-stat, og blir sendt til Norge for å utføre midlertidig oppdrag på vegne av dette foretaket. Endringen gir ikke generell adgang til å ta arbeid i Norge for tredjelandsborgere. Disse må som hovedregel ha oppholdstillatelse etter de alminnelige reglene i utlendingsloven kapittel 3 for å kunne arbeide eller utføre oppdrag i Norge.

2 Bakgrunn

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) kontrollerer at EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein gjennomfører og følger reglene i EØS-avtalen. ESA har på bakgrunn av en klage fra en enkeltperson stilt spørsmål om vilkåret i utlendingsforskriften § 19-8 om at tjenesteyteren må være «en del av virksomhetens permanente arbeidsstyrke» er i overensstemmelse med EØS-avtalen artikkel 36 om fri adgang til å yte tjenester, direktivet om utsendte arbeidstakere 96/71/EF (utsendingsdirektivet) og vikarbyrådirektivet 2008/104/EF.

Som følge av henvendelsen fra ESA har departementet vurdert vilkårene som er fastsatt i utlendingsforskriften § 19-8, nærmere bestemt kravet om at tjenesteyteren skal være en del av virksomhetens permanente arbeidsstyrke. Det har kommet nye direktiver og rettspraksis fra EU-domstolen siden bestemmelsen i utlendingsforskriften ble vedtatt som innebærer at vilkåret i utlendingsforskriften § 19-8 er utdatert, og må revideres.

3 Gjeldende rett

3.1 Utlendingsloven og -forskriften

Tredjelandsborgere som utfører arbeid i henhold til reglene om fri bevegelighet av tjenester etter EØS-avtalen har på visse vilkår rett til å oppholde seg i Norge etter de særlige reglene for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen, jf. lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 110 fjerde

ledd. Personer som har rett til opphold etter EØS-reglene, trenger ikke søke om oppholdstillatelse i Norge.

Vilkårene for oppholdsrett for tjenesteytere er nærmere regulert i utlendingsforskriften § 19-8 som lyder:

«§ 19-8. Om tjenesteytere og etablerere som ikke er EØS-borgere

For utlendinger som er tjenesteytere eller etablerere, jf. lovens § 110 fjerde ledd, er det et vilkår at utlendingen er arbeidstaker i et foretak etablert i et EØS- eller EFTA-land, har lovlig opphold der og at foretaket opprinnelig er etablert i et annet EØS- eller EFTA-land enn Norge.

Tjenesteyteren må i tillegg

- a) være utsendt arbeidstaker fra et foretak som nevnt i første ledd og være en del av virksomhetens permanente arbeidsstyrke, og*
- b) være utsendt som ledd i en tjenesteyting av midlertidig karakter*

Etablere må i tillegg

- a) inneha lederstilling i foretaket, eller*
- b) ha spesiell kompetanse som er avgjørende for at foretaket skal kunne etablere seg i Norge.»*

Dersom den utsendte arbeidstakeren skal utføre oppdrag i Norge som varer i mer enn tre måneder, må vedkommende søke om oppholdskort, jf. utlendingsloven § 111 annet ledd siste punktum og § 118 første ledd. I forarbeidene til utlendingsloven (Ot.prp. nr. 72 (2007-2008)) uttales det at definisjonen av tjenesteytere i denne sammenhengen bør knyttes til definisjonen av utsendte arbeidstakere i arbeidsmiljølovens § 1-7, som gjennomfører utsendingsdirektivet i norsk rett. Videre uttales det at bestemmelsen skal klargjøre gjeldende rett slik den blant annet er tolket av EU-domstolen.

3.2 Arbeidsmiljøloven og forskrift om utsendte arbeidstakere

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 1-7 og forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere (forskrift om utsendte arbeidstakere) om utsendte arbeidstakere gjennomfører utsendingsdirektivet og direktiv 2014/67/EU (håndhevingsdirektivet) i norsk rett, og må tolkes i samsvar med EØS-retten. Direktivene er nærmere omtalt nedenfor i punkt 5.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 1-7 andre ledd, som korresponderer med utsendingsdirektivet artikkel 1, at det foreligger en utsendingssituasjon når en utenlandsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting:

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

Forskrift om utsendte arbeidstakere ble fastsatt i 2006 og gjelder når en utenlandsk virksomhet sender en arbeidstaker til Norge i forbindelse med tjenesteyting, forutsatt at det foreligger et arbeidsforhold mellom den utenlandske virksomheten og den utsendte arbeidstakeren i utsendingsperioden.

Forskriften angir blant annet momenter for når det foreligger utsending av arbeidstakere, jf. § 2, og hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som kommer til anvendelse for utsendte arbeidstakere som utfører arbeid i Norge, jf. § 3. I tillegg inneholder forskriften bestemmelser om dokumentasjon, jf. § 4, informasjon og samarbeid, jf. §§ 5 til 8, domsmyndighet, jf. § 9, utsending fra Norge, jf. § 12 og straffebestemmelser, jf. § 13.

3.3 Allmenngjøringsloven

Etter lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv. (allmenngjøringsloven), kan Tariffnemnda treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid innenfor tariffavtalens virkeområde. I praksis innebærer allmenngjøring at det forskriftsfestes en minstelønn for en bestemt bransje. Formålet med loven er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, og å hindre konkurransevridning til ulempe for det norske arbeidsmarkedet. Allmenngjøring av tariffavtaler er et viktig virkemiddel i innsatsen mot arbeidslivskriminalitet.

Per i dag gjelder det forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler i ni bransjer; byggfag, renhold, overnatting, servering og catering, skips- og verftsindustrien, jordbruk og gartnerier, fiskeindustribedrifter, elektrofag, godstransport på vei og persontransport med turbil.

Lønns- og arbeidsvilkårene kan avvike fra reglene i forskriftene på ett eller flere punkter, men må samlet sett være like gunstige eller gi bedre vilkår. Dette fremgår av de enkelte allmenngjøringsforskriftene. Virksomheter som utfører arbeid som faller inn under virkeområdet til en allmenngjøringsforskrift, har ansvar for at bestemmelsene i forskriften overholdes. Ansvarer tilligger arbeidsgiver og den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten.

Selv om det er arbeidsgiveren som har hovedansvaret for at de allmenngjorte lønns- og arbeidsvilkårene følges, er det likevel flere andre aktører som har plikter og rettigheter i denne forbindelse. Det følger av forskrift 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett (forskrift om informasjon- og påseplikt mv.) at bestilleren i kontrakter med entreprenører eller leverandører skal informere om at virksomhetenes arbeidstakere minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter. Den samme informasjonsplikten gjelder for entreprenører eller leverandører når disse inngår avtaler med underleverandører. Hovedleverandøren skal dessuten påse at lønns- og arbeidsvilkår hos virksomhetens underleverandører er i overensstemmelse med gjeldende allmenngjøringsforskrifter. Bestillere som driver næringsvirksomhet, har en tilsvarende påseplikt overfor sine leverandører i tilfeller der det ikke benyttes underleverandører.

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at lønns- og arbeidsvilkår etter vedtak om allmenngjøring blir overholdt. Ved brudd på reglene kan Arbeidstilsynet gi virksomheten pålegg, tvangsmulkt eller overtredelsesgebyr eller anmelde forholdet til politiet jf. allmenngjøringsloven § 11.

Leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausionist for utbetaling av lønn og feriepengar til arbeidstakere ansatt hos virksomhetens underleverandører, jf. allmenngjøringsloven § 13.

4 Forholdet til EØS-retten

4.1 EØS-avtalens artikkel 36

Reglene om fri bevegelighet av tjenester er forankret i EØS-avtalens artikkel 36 som lyder:

«1. Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

2. Vedlegg IX til XI inneholder særlige bestemmelser om adgangen til å yte tjenester.»

Bestemmelsen om tjenestefriheten inneholder både et diskriminerings- og et restriksjonsforbud. Det følger av fast praksis fra EU-domstolen at forbudet i artikkel 36 ikke bare omfatter direkte og indirekte diskriminering, men omfatter også ordninger som bare virker restriktivt, uten å diskriminere.

Det fremgår av EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 33, at restriksjoner i den frie bevegelse av tjenester kan begrunnes i hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen. Videre følger det av rettspraksis fra EU-domstolen at en restriksjon i tjenestefriheten kan rettferdiggjøres og dermed være tillatt dersom den forfølger et tvingende allment hensyn. Det er en forutsetning at restriksjonen er egnet til å sikre det aktuelle hensynet og at den ikke er mer tyngende enn nødvendig. Det gjelder med andre ord et proporsjonalitetsprinsipp. Dette innebærer at restriksjonen bare er lovlig dersom det ikke finnes mindre inngripende tiltak som kan ivareta det aktuelle hensynet like effektivt.

Det er alminnelig fastslått at økonomiske hensyn og rene forvaltningsmessige hensyn ikke kan anføres som relevante allmenne hensyn. Beskyttelse av arbeidstakere vil derimot være et tvingende allment hensyn, jf. sak C-165/98 Mazzoleni avsnitt 27.

4.2 Utsendingsdirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteytelser (utsendingsdirektivet) ble vedtatt i 1996 og er gjennomført i norsk rett, se punkt 3.2.

Med utsending av arbeidstakere menes situasjoner der en arbeidstaker sendes av sin arbeidsgiver fra en EØS-stat til en annen for å yte en midlertidig tjeneste. Utsendingsdirektivet regulerer hvilke av vertslandets regler om arbeids- og ansettelsesvilkår som skal gjelde for utsendte arbeidstakere i forbindelse med tjenesteytelsen. Direktivet pålegger ikke medlemsstatene å innføre bestemte regler om arbeids- og ansettelsesvilkår, men fastslår at reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for nasjonale arbeidstakere, også skal gjelde for utsendte arbeidstakere. Samtidig kan EØS-statene ikke gjøre gjeldende andre arbeids- og ansettelsesvilkår enn dem som er listet opp i direktivet.

Direktivet angir tre ulike situasjoner der det foreligger utsending av arbeidstakere jf. artikkel 1:

- a) når en virksomhet etter avtale med mottakeren av tjenester i en annen EØS-stat, 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 en annen EØS-stat 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 en annen EØS-stat.

Et fellesvilkår for disse utsendingssituasjonene er at det foreligger et ansettelsesforhold mellom arbeidstakeren og utsendervirksomheten i utsendingsperioden. Det forutsettes også at det finnes en avtale mellom oppdragsgiver og oppdragstaker (arbeidsgiveren) i det landet tjenesten skal utføres i (dvs. i vertsstaten). Utsendingsdirektivet kommer også til anvendelse for tredjelandsborgere som er lovlig bosatt og har rett til å arbeide i en EØS-stat, og som blir sendt på oppdrag i en annen EØS-stat i henhold til artikkel 3 i direktivet, jf. Practical Guide on Posting (2019) question 2.5.

Utsendingsdirektivet er revidert gjennom direktiv (EU) 2018/957 (endringsdirektivet), som ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning 4. februar 2022. Departementet har hatt forslag til forskriftsendringer som er nødvendige for å gjennomføre direktivet, på alminnelig høring, se høringsnotat om gjennomføring av direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet av 6. juli 2020. Det tas sikte på å fastsette nødvendige forskriftsendringer i løpet av 2022.

I direktiv (EU) 2020/1057 om særlige regler om utsending av sjåfører i veitransportsektoren og om håndheving, oppstilles det spesialregler (lex specialis i relasjon til utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet) for hva som anses som utsending av sjåfører, og får dermed betydning for definisjonen. Direktivet er vedtatt i EU og er vurdert som EØS-relevant, men foreløpig ikke inntatt i EØS-avtalen. Departementet tar sikte på å sende på høring et forslag om hvordan direktivet skal gjennomføres i norsk rett i 2022.

4.3 Håndhevingsdirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/67/EU om håndheving av utsendingsdirektivet (håndhevingsdirektivet) har som formål å styrke gjennomføringen og etterlevelsen av utsendingsdirektivet og er gjennomført i norsk rett, blant annet i forskriften om utsendte arbeidstakere. Direktivet inneholder blant annet regler om styrket tilgang til informasjon om nasjonalt regelverk om arbeids- og ansettelsesvilkår, administrativt samarbeid mellom EØS-statene om tilsyn og håndheving, samt grenseoverskridende samarbeid om innkreving og underretning om administrative og økonomiske sanksjoner. Direktivet angir også momenter for når det foreligger et utsendingsforhold, som er en kodifisering av tidligere rettspraksis.

4.4 Vikarbyrådirektivet

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet) ble vedtatt i 2008 og er gjennomført i norsk rett i arbeidsmiljøloven og lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven). Direktivet gir regler om inn- og utleie av arbeidskraft, og har som formål å sikre beskyttelse av innleide arbeidstakere, og å bedre deres vilkår gjennom å innføre et prinsipp om likebehandling. Likebehandlingsprinsippet innebærer at den innleide arbeidstakeren skal få lønns- og arbeidsvilkår som om han eller hun var direkte ansatt i innleievirksomheten. Direktivet skal også bidra til å anerkjenne vikarbyråene som arbeidsgivere, og til å etablere passende rammer for bruken av innleid arbeidskraft.

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 forskriften om utsendte arbeidstakere § 3, som slår fast at arbeidsmiljøloven §§ 14-12 til 14-15 får anvendelse for utsendte arbeidstakere.

4.5 Rettspraksis fra EU

I EØS-retten er det ikke gitt felles regler om innreise og opphold for utsendte tredjelandsborgere som bor og arbeider i en EØS-stat, og som skal utføre tjenester i en annen EØS-stat på vegne av sin virksomhet. Det er i utgangspunktet opp til nasjonale myndigheter å regulere innreise og opphold for denne gruppen. De nasjonale reglene må imidlertid være i samsvar med reglene om tjenestefriheten i artikkel 36 i EØS-avtalen.

Artikkel 36 i EØS-avtalen svarer til artikkel 56 i Traktaten om den europeiske unionens virkeområde (TEUV), og tilsvarer tidligere artikkel 49 i EF-traktaten. Det er derfor relevant å ta hensyn til rettspraksis fra EU-domstolen. Det følger av etablert rettspraksis fra EU-domstolen at virksomheter som leverer tjenester i en annen EØS-stat, har rett til å benytte seg av egne ansatte som ledd i tjenesteytingen, uavhengig av deres statsborgerskap, jf. C-43/93 Vander Elst.

Domstolen har opprettholdt denne uttalelsen i C-445/03 Kommisjonen vs. Luxemburg, som gjaldt luxemburske regler for utsendte tredjelandsborgere. En tjenesteyter som var etablert i en annen EØS-stat og som ønsket å bruke arbeidstakerne fra tredjeland til å utføre arbeidet, måtte i henhold til luxemburske regler sørge for at de fikk individuelle eller kollektive arbeidstillatelser i Luxembourg. I tillegg ble det også stilt krav om at arbeidstakerne må ha vært ansatt hos tjenesteyteren i minst seks måneder forut for oppdraget, og at arbeidskontrakten ikke var tidsmessig begrenset. Luxemburg anførte for det første at formålet med reglene var å beskytte arbeidstakere. Videre ble det anført at det også var et tiltak for å unngå at det innenlandske arbeidsmarkedet fortrenses av arbeidsinnvandring fra land utenfor EØS.

Domstolen uttalte at EF-traktatens artikkel 49 (nåværende 56) i tillegg til å forby enhver forskjellsbehandling av tjenesteytere basert på nasjonalitet, også krever at nasjonale regler ikke hindrer den frie utvekslingen av tjenester. En restriksjon er i utgangspunktet bare forenelig med traktaten dersom den er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, er egnet til å virkeliggjøre de formål den forfølger og ikke går lengre enn nødvendig for å oppnå dette formålet. Domstolen fant det klart at de luxemburske reglene om arbeidstillatelse utgjorde en restriksjon i tjenestefriheten. Hva gjaldt kravet om forutgående ansettelse på seks måneder, kunne det medføre vanskeligheter for den aktuelle bransjen, hvor det er vanlig å benytte seg av kortvarige arbeidskontrakter. Det vil også ramme nyetablerte virksomheter hardere. Det var heller ikke tatt med i vurderingen at de utsendte arbeidstakerne kunne være beskyttet av reglene i utsendingsvirksomhetens hjemstat.

Når det gjelder spørsmålet om fortrensel av innenlandsk arbeidskraft svarte domstolen følgende i avsnitt 38:

«Herom bemærkes, at selv om hensynet til at undgå forstyrrelser på arbeidsmarkedet er et tvingende alment hensyn (jf. i denne retning dom af 27.3.1990, sag C-113/89, Rush Portuguesa, Sml. I, s. 1417, præmis 13), sker udstationering til en anden medlemsstat med henblik på at levere tjenesteydelser dér af arbejdstagere, der er beskæftiget i en virksomhed, som er etableret i én medlemsstat, imidlertid ikke med det formål at få adgang til arbejdsmarkedet i denne anden medlemsstat, idet arbejdstagerne vender tilbage til deres hjem- eller bopælsland efter udførelsen af arbejdet (jf. Rush Portuguesa-dommen, præmis 15, Vander Elst-dommen, præmis 21, og dommen i sagen Finalarte m.fl., præmis 22).»

Dette synspunktet har domstolen opprettholdt i C -17/18 Danieli, der spørsmålet gjaldt om et italiensk foretak som skulle utføre tjenesteoppdrag i Østerrike, kunne ta med seg tredjelandsborgere som ble stilt til rådighet for foretaket. Tredjelandsborgerne var sosialforsikret i Italia under utstasjoneringstiden i Østerrike. Domstolen opprettholdt sitt tidligere standpunkt om at tjenesteyting i en annen medlemsstat ikke har til formål å få adgang til arbeidsmarkedet i den andre medlemsstaten, idet arbeidstakerne vender tilbake til sin bostedsstat etter at arbeidet er utført. Domstolen fremhevet samtidig at vertsstaten kan kreve dokumentasjon på lovmessigheten av arbeidstakernes situasjon i utsenderstaten. Dette kan imidlertid gjennomføres med en forutgående erklæring slik at myndighetene kan vurdere om arbeidstakerne oppholder seg lovlig i utsendersstaten, jf. avsnitt 52.

5 Borgere av land utenfor EØS som sendes til Norge for å yte tjenester

Dersom den utsendte arbeidstakeren skal utføre oppdrag i Norge som varer i mer enn tre måneder, må vedkommende søke om oppholdskort, jf. utlendingsloven § 111 annet ledd siste punktum og § 118 første ledd. I perioden 2017 til 2020 søkte 218 personer om oppholdskort som utsendte arbeidstakere. Av disse fikk 201 innvilget oppholdskort og 17 fikk avslag. I perioden 2020-2022 har 162 fått innvilget oppholdskort og ingen har fått avslag.

Økt fokus på arbeidslivskriminalitet har medført at politiet i større grad enn tidligere henvender seg til Utlendingsdirektoratet (UDI) når de treffer på tredjelandsborgere som utfører oppdrag på vegne av EØS-foretak. Dette skjer som regel i forbindelse med en utlendings- eller arbeidsplasskontroll, og politiet har behov for veiledning i vurderingen av om tredjelandsborgeren er omfattet av EØS-regelverket.

Departementet har innhentet informasjon fra Arbeidstilsynet, UDI og politiet om erfaringer med tredjelandsborgere som er ansatt i et EØS-foretak og som blir sendt på oppdrag til Norge fra en annen EØS-stat. Etatene har pekt på følgende utfordringer på dette område:

- *Manglende kunnskap om reglene for oppholdsrett*
Både oppdragsgiver og oppdragstaker (arbeidsgiver) mangler kunnskap om regelverket på dette område. Politiet peker på at det er behov for tydeligere presisering av hva som er vilkårene for oppholdsretten og hva som skal legges frem av dokumentasjon.
- *Lønns- og arbeidsvilkår*
I enkelte tilfeller har arbeidstakeren jobbet under dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som er opplyst i arbeidskontrakten.
- *Norske registrert utenlandsk foretak*
De ulike selskapsformene reiser utfordringer knyttet til hvem som er den reelle arbeidsgiveren, og om tredjelandsborgeren faktisk er ansatt i et foretak etablert i en annen EØS-stat. Dersom tredjelandsborgeren er ansatt i Norge må vedkommende ha ordinær oppholdstillatelse etter de alminnelige reglene i utlendingsloven.
- *Vurdering av om det er tjenesteyting*
Tredjelandsborgeren fremlegger dokumentasjon på tjenesteyting av midlertidig karakter, men i realiteten skal arbeidstakeren jobbe på mer permanent basis.

Departementet vil på denne bakgrunn klargjøre vilkårene for oppholdsretten for tredjelandsborgere som er arbeidstakere i et foretak etablert i en annen EØS-stat og som blir sendt på midlertidig oppdrag til Norge.

6 Departementets vurdering og forslag til endringer

6.1 Vilkårene for oppholdsretten

Etter departementets vurdering er det behov for å gjøre justeringer i utlendingsforskriften § 19-8, slik at bestemmelsen blir tilstrekkelig harmonisert med reglene om utsendte arbeidstakere og nyere rettspraksis fra EU-domstolen. Dagens vilkår om å være en del av virksomhetens permanente arbeidsstyrke skal sikre at arbeidstakere som blir sendt til Norge, har en tilstrekkelig tilknytning til virksomheten og til utsenderstaten. Formålet med regelen har vært å hindre misbruk av EØS-reglene, som for eksempel skjer ved at tredjelandsborgere blir ansatt i EØS-foretak og umiddelbart sendt til Norge for å gjøre ufaglært arbeid uten vern i utsenderstaten eller i Norge. EU-domstolen har i nyere avgjørelser lagt til grunn at det ikke er adgang til å stille krav om forutgående ansettelsestid hos EØS-foretaket, og det er heller ikke adgang til å kreve fast ansettelse, jf. C-445/03 Kommisjonen vs. Luxemburg, jf. punkt 4.5. Det finnes heller ikke holdepunkter i rettspraksis som tilsier at man kan forskjellsbehandle bemanningsbyråer, dvs. gi strengere regler for den typen utsendingsforhold, noe som også vil være i strid med vikarbyrådirektivet jf. punkt 4.4.

Departementet mener på denne bakgrunn at vilkåret om å være en del av den permanente arbeidsstyrken, bør erstattes med et krav om at arbeidstakeren må anses som en utsendt arbeidstaker etter reglene i arbeidsmiljøloven § 1-7 og forskrift om utsendte arbeidstakere.

Etter gjeldende rett må tredjelandsborgeren som blir utsendt fra en annen EØS-stat ha lovlig opphold og adgang til å arbeide i den andre EØS-staten han eller hun er utsendt fra, jf. Practical Guide on Posting (2019) question 2.5. Arbeidstakeren bør derfor dokumentere at han eller hun har lovlig opphold med rett til å ta arbeid, og har adgang til å returnere til utsenderstaten etter oppholdet i Norge. Departementet foreslår å presisere i utlendingsforskriften § 19-8 første ledd at arbeidstakeren må ha adgang til å ta arbeid i utsenderstaten. Dette vilkåret vil sikre at arbeidstakere som blir utsendt til Norge, er beskyttet av utsenderstatens regler i utsendingsperioden og forsikret i bo- eller hjemstaten, jf. C -17/18 Danieli.

Departementet gjør oppmerksom på at opphold i utsenderstaten i medhold av Schengen-samarbeidet, for eksempel gjennom besøksvisum, ikke danner grunnlag for opphold i Norge etter EØS-reglene om innreise og opphold i utlendingsloven kapittel 13.

6.2 Kontroll og tilsyn

Partene i arbeidslivet har stilt spørsmål og uttrykt bekymring for at et eventuelt forslag om å justere utlendingsforskriften § 19-8 vil gjøre det enklere å ta med billig arbeidskraft til Norge gjennom EØS-reglene. Utsendte arbeidstakere som blir sendt til Norge for å utføre et arbeidsoppdrag, har i all hovedsak like rettigheter som norske arbeidstakere. Dette gjelder også hvis ansatte i et bemanningsforetak eller i et konsern og blir sendt til en avdeling i Norge.

Departementet viser videre til at vern av utsendte arbeidstakere i senere tid har blitt styrket gjennom flere rettsakter på arbeidslivsområdet som er implementert i norsk rett, jf. punkt 4.2,

4.3 og 4.4. I forskriften om utsendte arbeidstakere § 2 er det angitt kriterier for når det foreligger et utsendingsforhold. Det skal gjøres en samlet vurdering av arbeidet og arbeidstakers situasjon. I tillegg er det listet opp krav til dokumentasjon som skal foreligge ved en utstasjonering, se forskriften § 4. Det følger av bestemmelsen at den utenlandske virksomheten skal ha arbeidsavtaler, oversikt over arbeidstiden og lønnsslipper for de utsendte arbeidstakerne tilgjengelig på arbeidsplassen i Norge i utsendingsperioden. Dokumentasjonen skal være tilgjengelig skriftlig eller elektronisk på norsk, svensk, dansk eller engelsk.

Utsendte arbeidstakere som utfører arbeid i bransjer med allmenngjorte tariffavtaler skal ha minst de lønns- og arbeidsvilkår som fremgår av gjeldende avtaler. Arbeidstilsynet fører tilsyn med at lønns- og arbeidsvilkår i allmenngjøringsforskrifter blir overholdt, jf. allmenngjøringsloven § 11.

Departementet gjør oppmerksom på at lønnstyveri, der en arbeidsgiver bevisst beriker seg av arbeidstakers lønn eller annen godtgjøring, er straffbart både innenfor og utenfor allmenngjorte områder, jf. straffeloven § 395 og § 396.

Departementet vurderer at de virkemidlene som ligger i utlendings- og arbeidsmiljøloven er tilfredsstillende, og også omfatter situasjoner med utsendte tredjelandsborgere. Av informasjonshensyn vil vi i det følgende gi en kort oversikt over de kontroll- og sanksjonsmulighetene som allerede følger av dagens regelverk.

Utlendingskontroll

Politiet kan som ledd i den alminnelige utlendingskontroll, jf. utlendingsloven § 21, føre kontroll med at utlendinger som oppholder seg i Norge, har lovlig opphold i samsvar med utlendingslovens bestemmelser om innreise og opphold. I den forbindelse kan politiet kreve at personen viser frem legitimasjon og nødvendig dokumentasjon for at oppholdet er lovlig.

Når en utenlandsk virksomhet sender arbeidstakere som er tredjelandsborgere til Norge for å utføre et midlertidig oppdrag, skal virksomheten fremlegge dokumentasjon på at arbeidstakerne fyller vilkårene for oppholdsrett etter EØS-regelverket, for eksempel i forbindelse med en utlendingskontroll. Dette gjelder også dersom den utsendte arbeidstakeren skal ta oppdrag i Norge i inntil tre måneder, og dermed ikke plikter å søke om oppholdskort hos utlendingsmyndighetene. Ved opphold i mer enn tre måneder skal arbeidstakeren søke om oppholdskort, jf. utlendingsloven § 118 første ledd. Personer som ikke etterkommer plikten til å søke om oppholdskort, kan ilegges straff, jf. utlendingsloven § 108 første ledd. Tilsvarende gjelder for oppdragsgivere og oppdragstakere (arbeidsgiver) som forsettlig eller grovt uaktsomt gjør bruk av utenlandsk arbeidskraft uten nødvendig tillatelse etter utlendingsloven, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav a og b.

Arbeidstilsynet

Arbeidstilsynet fører ikke tilsyn med utlendingsforskriften § 19-8, herunder om utsendte arbeidstakere har oppholdskort eller om de har lovlig opphold i Norge. Derimot fører Arbeidstilsynet tilsyn med at bestemmelsene i og i medhold av arbeidsmiljøloven blir overholdt, jf. arbeidsmiljøloven § 18-1. Tilsynet kan blant annet gi pålegg og treffe enkeltvedtak som er nødvendig for gjennomføringen av arbeidsmiljøloven § 1-7 (utsendte arbeidstakere) og §§ 14-12, 14-12 a og 14-12 b (innleie fra bemanningsforetak).

Utenlandske virksomheter som sender arbeidstakere til Norge kan straffes for brudd på arbeidsmiljøloven, herunder straffes for overtredelse av bestemmelser eller pålegg gitt i eller i medhold av arbeidsmiljøloven, jf. arbeidsmiljøloven § 19-1. Arbeidstilsynet har også anledning til å innhente informasjon fra utsenderstaten (Informasjonssystemet for det indre marked (IMI)) om utenlandske virksomheter på kortvarige tjenesteoppdrag i Norge, om virksomheten er lovlig etablert og hvilke arbeidstakere som er ansatt i virksomheten. I de fleste tilfellene er det ikke nødvendig for Arbeidstilsynet å ta stilling til om arbeidstaker er utsendt eller stedlig ansatt eller om selskaper har reell virksomhet i egen eller annen EØS-stat, ettersom arbeidsmiljøloven gjelder for alle arbeidstakere.

Det har særlig vært bekymring knyttet til innleie av utsendte tredjelandsborgere fra et bemanningsforetak etablert i EØS. Det følger av utsendingsforskriften § 3 første ledd a) at arbeidsmiljølovens regler om innleie i §§ 14-12 til 14-14 kommer til anvendelse for utsendte arbeidstakere. Dette betyr at utenlandske bemanningsforetak må følge disse reglene når de leier ut arbeidstakere til virksomheter (innleier) i Norge. Dette gjelder uavhengig av lovgivningen i landet hvor bemanningsforetaket er etablert. Arbeidstilsynet har ansvaret for å veilede utenlandske virksomheter om det nasjonale regelverket som disse må følge.

Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) oppstiller videre visse krav til virksomheter som skal drive med utleie av arbeidstakere, jf. lovens § 27. Det følger av § 27 andre ledd at departementet i forskrift kan fastsette nærmere vilkår for melding, rapportering, tilsyn, organisering og drift av utleievirksomheten, samt vilkår for innleie av arbeidstaker fra utleievirksomhet og for tilsyn med slik innleie. Slike regler er fastsatt i forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak. Forskriften regulerer hvilke formelle krav foretak som har til formål å drive utleie av arbeidskraft i Norge, må oppfylle.

Innleie av arbeidstakere fra bemanningsforetak er kun tillatt fra foretak som er registrert i bemanningsforetaksregisteret, jf. forskriftens § 10 første ledd. Arbeidstilsynet fører register over bemanningsforetakene og har tilsyn med at innleie skjer fra en virksomhet som er registrert. Arbeidstilsynet har også hjemmel til å gi pålegg og treffe vedtak som er nødvendige for å gjennomføre bestemmelsen.

I høringsnotatet av 19. januar 2022 om endringer i regelverket for inn- og utleie fra bemanningsforetak, foreslås det flere innstramninger i innleieregelverket. Et av forslagene går ut på at dagens registreringsordning for bemanningsforetak går over til å bli en godkjenningsordning, hvor det stilles utvidede dokumentasjonskrav, blant annet når det gjelder registrering i offentlige registre og etterlevelse av HMS-krav. Uten godkjenning vil det ikke være lovlig å drive utleie av arbeidskraft. Bemanningsbyråer som sender ut tredjelandsborgere vil også være omfattet av denne endringen. Arbeidstilsynets rolle skal også styrkes og det foreslås strengere sanksjoner ved brudd. Det skal også bli enklere å føre kontroll og ilegge sanksjoner ved brudd på regelverket. Høringen er fulgt opp i Prop. 131 L (2021–2022) Endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak).

Vi viser videre til at endringsdirektiv 2018/957/EU til utsendingsdirektivet inneholder enkelte endringer og presiseringer når det gjelder utsending fra bemanningsforetak, jf. punkt 4.2. For det første klargjøres det at utsendte arbeidstakere som er utleid fra bemanningsforetak, skal ha rett på de samme lønns- og arbeidsvilkårene som følger av vikarbyrådirektivet. For å styrke etterlevelsen av dette, innfører endringsdirektivet en plikt for innleievirksomheten til å

underrette bemanningsforetaket om de lønns- og arbeidsvilkår som praktiseres i virksomheten. Norsk rett inneholder allerede slike regler og det er ikke behov for ytterligere tilpasninger for å implementere dette punktet fra endringsdirektivet.

For det andre regulerer direktivet såkalt «dobbel utsending», som innebærer at en innleier sender en innleid arbeidstaker på midlertidig oppdrag i et annet land enn der den innleide vanligvis utfører arbeid for innleier eller bemanningsforetaket. Det sentrale her er at det er en annen enn arbeidsgiveren som beslutter å sende arbeidstakeren på oppdrag i et annet land. Endringsdirektivet slår fast at denne situasjonen skal sidestilles med utsending av arbeidstakere, i den forstand at det er lønns- og arbeidsvilkårene i det landet arbeidet utføres som skal gjelde for den aktuelle arbeidstakeren. Videre klargjør bestemmelsen ansvarsforholdene mellom bemanningsforetaket og innleievirksomheten i denne situasjonen.

For det tredje pålegger direktivet vertsstaten 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. Det er gjort unntak for regler om inngåelse og opphør av ansettelsesforholdet, inkludert regler om konkurransebegrensende avtaler, og regler om supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger. 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 reglene om arbeids- og ansettelsesforhold i norsk rett allerede gjelder for utsendte arbeidstakere.

7 Økonomiske og administrative konsekvenser

De foreslåtte endringene vil ikke medføre særlige økonomiske eller administrative konsekvenser for Arbeidstilsynet.

Endringene gir bedre samsvar med forarbeidene til utlendingsloven og innebærer i praksis en kodifisering av gjeldende rett. Vi antar også at presiseringene i utlendingsforskriften vil gi bedre veiledning til politiet om hvilke vilkår som må være oppfylt og hvilken dokumentasjon som kan kreves utlevert, dvs. dokumentasjon på oppholdstillatelse i den andre EØS-staten frem til retur, ansettelse i EØS-foretaket og at oppdraget i Norge er tidsbegrenset. Forskriften om utsendte arbeidstakere § 2 angir momenter for når det foreligger et utsendingsforhold som skal inngå i den samlede vurderingen. Henvvisning til arbeidsmiljøloven og forskriften om utsendte arbeidstakere § 2 skal derfor gi utlendingsmyndighetene bedre grunnlag for å vurdere sakene.

En klargjøring av at utsending fra et vikarbyrå/bemanningsbyrå også er omfattet av utlendingsforskriften § 19-8, kan potensielt føre til flere saker og i enkelte tilfeller medføre merarbeid. Det er usikkerhet knyttet til omfanget av slike saker. Arbeidstilsynet erfarer at de fleste arbeidstakere er utsendt i forbindelse med entrepriser. Tilsynet har mindre erfaring med at utenlandske arbeidstakere er utsendt fra et bemanningsforetak. Vi antar derfor at slike saker ikke vil utgjøre et stort omfang. Eventuelle merutgifter dekkes innenfor gjeldende budsjettrammer.

Departementet foreslår ingen endringer i tilsyn eller kontrollvirksomhet utover det som følger av gjeldende rammer.

8 Forslag til endringer i utlendingsforskriften

Departementet foreslår at utlendingsforskriften § 19-8 endres til:

§ 19-8. Om tjenesteytere og etablerere som ikke er EØS-borgere

For utlendinger som er tjenesteytere eller etablerere, jf. lovens § 110 fjerde ledd, er det et vilkår at utlendingen er arbeidstaker i et foretak etablert i et EØS- eller EFTA-land og har lovlig opphold der *med rett til å arbeide og adgang til å returnere. Foretaket må være etablert i et annet EØS- eller EFTA-land enn Norge, og må drive reell virksomhet der, jf. forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 andre ledd.*

Tjenesteyteren må i tillegg *anses som en utsendt arbeidstaker i et begrenset tidsrom, jf. arbeidsmiljøloven § 1-7 og forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 første ledd.*

Etablerere må i tillegg inneha lederstilling i foretaket, eller ha spesiell kompetanse som er avgjørende for at foretaket skal kunne etablere seg i Norge.