



NORGES HØYESTERETT

Den 25. mars 2024 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Matheson, Thyness og Stenvik i

HR-2024-581-U, (sak nr. 24-024396SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

Sonar AS
Atec Bemanning AS
Skuteviken Personell AS
North Personnel AS
Backup Byggpersonell AS
Rekrutteringshuset Mork AS
Stolt AS
People of Norway AS
Clockwork Bemanning AS
Aktiv Bemanning Norge AS
Svane Bemanning AS
Consentra Bygg & Industri AS
Sikker Bemanning AS
Pecus AS
Send Bemanning AS
AM Direct AS

(advokat Odd Stemsrud)

mot

Staten v/Arbeids- og
inkluderingsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Ida Thue)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder videre anke over kjennelse i sak om midlertidig forføyning.
- (2) Academic Work Norway AS og 29 andre bemanningsforetak tok 13. juni 2023 ut begjæring om midlertidig forføyning, der kravet går ut på at staten plikter å tåle at de ankende partene leier ut ansatte i samme utstrekning som før ikrafttredelsen av lov 20. desember 2022 nr. 99 og forskrift 20. desember 2022 nr. 2355. Disse bestemmelsene medførte endringer i reglene om innleie av arbeidskraft i arbeidsmiljøloven og forskrift om innleie fra bemanningsforetak. Endringene innebærer et forbud mot innleie av arbeidstakere fra vikarbyråer for å utføre arbeid av midlertidig karakter, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 annet ledd, og et totalforbud mot innleie av arbeidstakere fra vikarbyråer til bygningsarbeid på byggeplasser i Oslo, Viken og tidligere Vestfold, jf. forskrift om innleie av

bemanningsforetak § 4. Det er spørsmål om lov- og forskriftsendringene gjør at reglene om innleie av arbeidskraft er i strid med EØS-retten.

- (3) Etter å ha holdt muntlig forhandling avsa Oslo tingrett 30. juni 2023 kjennelse med slik slutning:
- «1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
 2. Saksøkerne, de 30 aksjeselskapene som er navngitt på side 1 i denne kjennelsen, skal, en for alle og alle for en, i sakskostnader betale kr 156 800,- til staten ved Arbeids- og inkluderingsdepartementet innen to uker etter forkynningen av denne kjennelsen.»
- (4) Alle unntatt én av de opprinnelige saksøkerne anket til lagmannsretten. Etter at anken var inngitt, gikk to av de ankende partene, Match Bemanning Norge AS og Global Bemanning AS, konkurs.
- (5) Borgarting lagmannsrett avsa 15. desember 2023 kjennelse med slik slutning:
- «1. Ankesaken heves for så vidt gjelder Match Bemanning Norge AS og Global Bemanning AS.
 2. For øvrig forkastes anken.
 3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler de 29 selskapene som er angitt på side 1 i denne kjennelsen – én for alle og alle for én – 73 600 – syttitretusensekshundre – kroner til staten ved Arbeids- og inkluderingsdepartementet innen to uker fra forkynnelsen av kjennelsen.»
- (6) Lagmannsretten kom til at hovedkravet ikke var sannsynliggjort fordi vikarbyrådirektivet ikke kan påberopes som rettsgrunnlag av de private partene for nasjonale domstoler, og at reglene om fri bevegelighet for tjenester ikke kommer til anvendelse fordi saken mangler et «grenseoverskridende element». Av kjennelsen fremgår det at lagmannsretten verken anså seg forpliktet eller berettiget til av eget tiltak å prøve hovedkravet etter bestemmelsen om etableringsfrihet i EØS-avtalen artikkel 31 eller bestemmelsen om fri bevegelighet for arbeidstakere i EØS-avtalen artikkel 28.
- (7) Sonar AS og 15 andre bemanningsforetak har anket kjennelsen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning. Det ble lagt ned slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
 2. De ankende parter tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (8) Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet innga tilsvaer, der det ble lagt ned følgende påstand:
- «Prinsipalt:
- Anken nektes fremmet.

Subsidiært:

Anken forkastes.

For begge tilfeller:

Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

- (9) I brev fra Høyesteretts ankeutvalg 15. mars 2024 ble partene bedt om å inngi sitt syn på om lagmannsretten var avskåret fra av eget tiltak å prøve hovedkravet etter reglene om etableringsfrihet i EØS-avtalen artikkel 31 og fri bevegelighet for arbeidstakere i EØS-avtalen artikkel 28, og om kjennelsen eventuelt må oppheves fordi lagmannsretten ikke anvendte reglene ved prøvingen av hovedkravet i foreliggende sak.
- (10) *De ankene partene*, bemanningsforetakene, innga prosesskriv 20. mars 2024. Det anføres i hovedsak at lagmannsretten hadde plikt til å prøve hovedkravet etter reglene i EØS-avtalen artikkel 31 og artikkel 28. Det vises til tvisteloven § 11-3, og anføres at prøving av EØS-avtalen artikkel 31 og artikkel 28 ikke ville innebære å gå inn på et nytt påstandsgrunnlag. At lagmannsretten ikke prøvde hovedkravet opp mot reglene om etableringsfrihet og fri bevegelighet for arbeidstakere, må derfor lede til opphevelse av lagmannsrettens kjennelse.
- (11) *Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet* har inngitt prosesskriv 20. og 21. mars 2024, og anfører at lagmannsretten verken hadde rett eller plikt til å prøve hovedkravet på grunnlag av EØS-avtalen artikkel 31 eller artikkel 28 av eget tiltak. Dette følger av tvisteloven § 11-2 første ledd annet punktum, som sier at retten bare kan bygge på de påstandsgrunnlagene som er påberopt. Det ville nødvendiggjort andre faktiske og rettslige vurderinger om lagmannsretten skulle tatt stilling til anvendelse av EØS-avtalen artikkel 28 om fri bevegelighet for arbeidstakere eller artikkel 31 om etableringsfrihet. Heller ikke EØS-retten innebærer at lagmannsretten var forpliktet til å anvende EØS-avtalen artikkel 28 og 31 av eget tiltak. Under enhver omstendighet er det bare bestemmelsen om tjenestefrihet i artikkel 36 som kommer til anvendelse i et tilfelle som dette.
- (12) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken er en videre anke over kjennelse. Etter tvisteloven § 30-6 er da ankeutvalgets kompetanse begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning. Det har vært reist spørsmål om utvalget har utvidet kompetanse ved anvendelsen av EØS-regler. Ankeutvalget har imidlertid kommet til at lagmannsrettens kjennelse skal oppheves som følge av saksbehandlingsfeil, og spørsmålet om utvidet kompetanse kommer derfor ikke på spissen.
- (13) Lagmannsretten har altså lagt til grunn at hovedkravet ikke er sannsynliggjort fordi saken mangler et grenseoverskridende element etter bestemmelsen om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtalens hoveddel artikkel 36. Ingen av de private partene er hjemmehørende i andre medlemsstater, og de har heller ikke gjort gjeldende at de har kunder fra andre medlemsstater som har behov for innleid arbeidskraft for å dekke midlertidige behov, heller ikke i forbindelse med slike tjenestemottakeres virksomhet i Norge eller på norsk kontinentalsokkel. Under disse forutsetningene kan ankeutvalget ikke se at det hefter noen feil ved lagmannsrettens tolkning av artikkel 36. Reglene i direktiv 2008/104 om vikarbyråer, som de ankende parter har vist til, endrer ikke dette.

- (14) Lagmannsretten er inne på spørsmålet om det foreligger et grenseoverskridende element etter bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel artikkel 28 om fri bevegelighet for arbeidstakere, og artikkel 31 om etableringsfrihet. Lagmannsretten tar imidlertid ikke stilling til om de ankende parter hovedkrav kan baseres på disse bestemmelsene, fordi det ville innebære at «lagmannsretten går inn på et nytt påstandsgrunnlag som partene – i en sak med fri rådighet – har valgt ikke å påberope, og som vil innebære en annen rettslig og faktisk innfallsvinkel til restriksjonsspørsmålet».
- (15) Ankeutvalget bemerker at retten har et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen. Den skal av eget tiltak undersøke og anvende rettsregler innenfor de rammene som følger av tvisteloven § 11-2 første ledd, jf. § 11-3. I denne saken innebærer det at lagmannsretten skulle ha vurdert om det er sannsynlig at hovedkravet vil føre frem etter bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel artikkel 28 eller artikkel 31, basert på det påstandsgrunnlaget – de faktiske forholdene – de ankende parter har gjort gjeldende. Dette gjelder uavhengig av om bestemmelsene er påberopt eller ikke. Det gjelder også uavhengig av om bestemmelsene – slik lagmannsretten uttrykker det – «vil innebære en annen rettslig og faktisk innfallsvinkel».
- (16) Det foreligger etter dette en saksbehandlingsfeil, og denne kan ha hatt betydning for den avgjørelsen som ankes. Lagmannsrettens kjennelse skal derfor oppheves, jf. tvisteloven § 29-3 og § 29-21 første ledd, jf. § 30-3 første ledd.
- (17) De ankende partene har krevd 81 200 i sakskostnader for ankeutvalget. Det skal ikke beregnes merverdiavgift. Kravet tas til følge. I tillegg kommer rettsgebyr med 7 662 kroner, jf. rettsgebyrloven § 8 syvende ledd.
- (18) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G

Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

Innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen betaler staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet 88 862 – åttiåttetusenåttehundreogsekstito – kroner i sakskostnader for Høyesterett til de ankende partene i fellesskap, de 16 selskapene som er angitt på første side i avgjørelsen.

Erik Thyness
(sign.)

Wilhelm Matheson
(sign.)

Are Stenvik
(sign.)