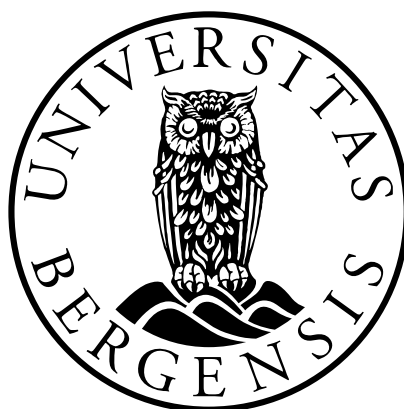


Au pairenes arbeidsrettslige stilling

En sammenligning mellom rettsvernet til en au pair og en arbeidstaker som vernes av reglene i arbeidsmiljøloven

Kandidatnummer: 18

Antall ord: 13337



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.....	s. 4
1.1 Tema og problemstilling.....	s. 4
1.2 Nærmere om rettslig grunnlag for au pair-ordningen.....	s. 5
1.3 Bakgrunn og aktualitet.....	s. 6
1.4 Metode og rettskilder.....	s. 10
1.5 Avgrensning.....	s. 11
2. Au pairenes arbeidsrettslige status.....	s. 12
2.1 Arbeidsmiljøloven og virksomhetsbegrepet.....	s. 12
2.2 Hushjelpforskriften.....	s. 12
2.3 Kan en au pair være arbeidstaker?	s. 13
3. Overordnede arbeidsrettslige hensyn og interesser.....	s. 18
3.1 Utgangspunkt.....	s. 18
3.2 Hensynet til forutberegnelighet.....	s. 18
3.3 Hensynet til liv og fysisk helse.....	s. 19
3.4 Hensynet til integritet, autonomi og verdighet.....	s. 19
4. Sammenligning: Rettsvernet til en arbeidstaker og en au pair.....	s. 21
4.1 Vernet for forutberegnelighet	s. 21
4.1.1 Ufravikelighet.....	s. 21
4.1.2 Oppsigelse og avskjed.....	s. 21
4.1.2.1 Utgangspunkt.....	s. 21
4.1.2.2 Frister og formkrav.....	s. 21
4.1.2.3 Drøftelsesplikten.....	s. 23
4.1.2.4 Saklighetskravet.....	s. 23
4.1.2.5 Særlig oppsigelsesvern.....	s. 25
4.1.2.6 Avskjed.....	s. 26
4.1.3 Arbeidsplan.....	s. 26
4.1.3.1 Kort om plassering av temaet.....	s. 26
4.1.3.2 Reglene om arbeidsplan.....	s. 27
4.2 Vernet for liv og fysisk helse.....	s. 28

4.2.1 Utgangspunkt.....	s. 28
4.2.2 Regler om det fysiske arbeidsmiljøet.....	s. 28
4.3 Vernet for integritet, verdighet og autonomi.....	s. 29
4.3.1 Regler om arbeidstid.....	s. 29
4.3.1.1 Kort om plassering av temaet.....	s. 29
4.3.1.2 Alminnelig- og ukentlig arbeidstid.....	s. 30
4.3.1.3 Nattarbeid.....	s. 32
4.3.1.4 Overtidsarbeid.....	s. 33
4.3.2 Regler om godtgjørelse for gjennomført arbeid.....	s. 33
4.3.3 Regler om det psykososiale arbeidsmiljøet.....	s. 35
4.3.4 Tvangsarbeid.....	s. 36
4.4 Konsekvenser ved brudd på reglene fra vertsfamiliens og arbeidsgivers side.....	s. 38
4.4.1 Regler om straffansvar for vertsfamilien og arbeidsgiver.....	s. 38
4.4.3 Erstatningsansvar ved urettmessig oppsigelse.....	s. 39
5. Håndheving.....	s. 41
5.1 Arbeidstilsynet.....	s. 41
6. Konklusjon.....	s. 42
7. Selvstendige vurderinger - de lege ferenda.....	s. 43
8. Kildeliste.....	s. 48

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I 1971 ratifiserte Norge den europeiske au pair-konvensjonen (videre Europarådets konvensjon om au pair).¹ Konvensjonen danner grunnlag for at utenlandske personer på bestemte vilkår kan komme til Norge for å bo og arbeide hos norske familier.

I Europarådets konvensjon om au pair artikkel 2 første ledd heter det ”au pair placement is the temporary reception by families, in exchange for certain services, of young foreigners who come to improve their linguistic and possibly professional knowledge as well as their general culture by acquiring a better knowledge of the country where they are received”. Formålet med au pair-ordningen er altså en kulturutveksling mellom au pairen og vertsfamilien vedkommende bor hos. Kort oppsummert forutsetter konvensjonen at au pairen får lære om kulturen i vertslandet ved å bo hos en vertsfamilie og utføre lettere husarbeid og barnepass, mot å motta bolig, underhold og en månedlig sum fra vertsfamilien.

Det følger innledningsvis av Europarådets konvensjon om au pair at au paires ikke er ment å tilhøre kategorien arbeider, men en kryssning mellom arbeidstaker og student.² En au pair har dermed ikke rettsvern verken som arbeidstaker eller student, og er særlig utsatt for å havne i en sårbar rettsstilling.

Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvilket rettsvern au pairen har som ansatt, sammenlignet med en arbeidstaker som vernes av arbeidsmiljøloven og regler som utledes av denne. Formålet er å analysere gjeldende rett for å påvise ubegrunnede avvik mellom vernet til en au pair og en ordinær arbeidstaker, for deretter å eventuelt foreslå tiltak for å forbedre au paires rettsvern.

¹ European Treaty Series No. 68, on Au Pair Placement, 1969

² ”Considering that persons placed au pair belong neither to the student category nor to the worker category, but a special category which has features of both(,.)”

1.2 Nærmere om rettslig grunnlag for au pair-ordningen

Utenlandske statsborgere som skal innvilges adgang til og opphold i Norge omfattes av lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (videre utlendingsloven eller utlendl.), jf. utlendl. § 2 første punktum. I utlendl. § 26 første ledd bokstav a heter det at Kongen kan i forskrift fastsette regler om når oppholdstillatelse kan gis av andre grunner enn det som følger av de ulike bestemmelsene i loven, herunder regler om oppholdstillatelse til fremme av et kulturelt samarbeid og utvikling i saker som etter sin art faller utenfor reglene i §§ 23, 24 og 25. I medhold av denne bestemmelsen er det stilt særskilte vilkår for å få innvilget oppholdstillatelse som au pair i Norge i utlendingsforskriften § 6-25.³

Det følger av utlendingsforskriften § 6-25 første ledd første punktum at en utlending kan få oppholdstillatelse som au pair i til sammen to år ”når kontrakten tilfredsstillende vilkår fastsatt av Utlendingsdirektoratet om blant annet oppgavens art og omfang, lommepenger, kost og losji og fridager”. Utlendingsdirektoratet (videre UDI) har dermed utarbeidet et rundskriv som setter krav til både vertsfamiliens og au parens rettigheter og plikter, samt vilkår og betingelser for oppholdstillatelse til au pairer.⁴

Utlendingsforskriften § 6-25 forutsetter således at vilkårene i UDIs rundskriv om au pair er oppfylt for at oppholdstillatelsen til en au pair er gyldig. Det er UDI som fatter vedtak om tilbakekall av oppholdstillatelse ved brudd på vilkårene som følger av rundskrivet, jf. utlendl. § 65 første ledd første punktum. Når vedtak om tilbakekall er fattet, skal au pairesen få uttale seg ”innen en nærmere angitt frist”, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (videre forvaltningsloven eller fvl.) § 16 første ledd første punktum.⁵ I forarbeidene heter det at hensynet til parten som berøres tilsier at forhåndsvarselet skal gis på et meget tidlig stadium, slik at parten får mulighet til å påvirke offentlige organer.⁶ I UDIs rundskriv om au pair pkt. 8 tredje ledd annet punktum heter det at au pairesen skal gis mulighet til å uttale seg om vedtaket ”normalt innen tre uker”. Denne tidsfristen er dermed veiledende.

³ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og opphold her

⁴ UDIs rundskriv nr. 15/2012 om oppholdstillatelse til au pair (videre UDIs rundskriv om au pair)

⁵ Forvaltningsloven gjelder for UDI, jf. fvl. § 1

⁶ Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) s. 70

Innen fristen som blir gitt, kan au pairen finne en ny vertsfamilie og søke om ny au pair-tillatelse hos politiet der han eller hun bor, i medhold av reglene om fornyelse som følger av utlendl. § 61. En søknad om ny vertsfamilie og således ny au pair-tillatelse vil koste au pairen kr 5400, jf. utlendingsforskriften § 17-10 første ledd, jf. utlendl. § 89.

Dersom au pairen ikke ønsker eller ikke har mulighet til å finne en ny vertsfamilie, vil vedkommende etter gjeldende regler bli sendt tilbake til hjemlandet ved utgangen av tidsfristen. Dersom grunnlaget for opphør av kontraktsforholdet er oppsigelse, vil au pairen først bli sendt tilbake ved utløpet av oppsigelsesfristen.

1.3 Bakgrunn og aktualitet

I Norge er det lang tradisjon for å lovfeste regler som skal ivareta interessene til den enkelte arbeidstaker. De eldste fremgikk allerede av lagtingslovene, som blant annet inneholdt regler om at arbeidstakeren kunne være syk uten at husbonden fikk rett til å redusere godtgjørelsen.⁷ Etter hvert som samfunnet ble industrialisert, kom et økt behov for vernelovgivning.⁸ Lovgivningen skulle beskytte arbeidstakere mot sosiale problemer og potensiell uro som industrialiseringen skapte, og motvirke asymmetri i kontraktsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Beskyttelse av den enkelte arbeidstaker har siden dette blitt skjerpet i takt med samfunnsutviklingen.⁹ Dette viser seg senest ved forarbeidene til lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (videre arbeidsmiljøloven eller aml.), hvor det heter at loven sikter videre enn å være en ren beskyttelseslov for arbeidstakere, men at arbeidet også skal oppleves meningsfylt.¹⁰ Dagens arbeidslovgivning skal dermed ikke kun beskytte arbeidstakere fra helsefare og/eller andre negative belastninger fra arbeidsmiljøet, men det stilles også krav til et positivt arbeidsinnhold.

Hensynet til den enkelte arbeidstaker kommer til uttrykk i formålsbestemmelsen til dagens arbeidsmiljølov. I bestemmelsen heter det blant annet at arbeidsmiljøet skal gi en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, trygge ansettelsesforhold, og

⁷ Jakhelln (2006) s. 141

⁸ Hotvedt (2012) s. 142-143

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 307

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68

legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon, jf. aml. § 1-1.

I 1972 ratifiserte Norge FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (videre ØSK).¹¹¹² Det følger innledningsvis av ØSK at konvensjonen springer ut av FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948.¹³ I ØSK artikkel 7 første ledd presiseres retten til rettferdige og gode arbeidsvilkår.¹⁴ Et trygt arbeidsmiljø og rettferdig behandling av arbeidstakere er dermed et grunnleggende menneskerettslig prinsipp. Norge er et land med tydelige etiske og menneskerettslige standarder. Når hensynet til arbeidstakere fremstår som sterkt, og en au pair utfører arbeidsoppgaver med paralleller til arbeidsytelser i arbeidsforhold, taler dette for at au pairen i arbeidssituasjonen skal beskyttes som en arbeidstaker.

De formelle reglene som gjelder for au pairer i Norge inneholder ord og uttrykk som tyder på at au pair-ordningen kan by på juridiske utfordringer. For å belyse dette nevnes et eksempel. I UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.7 omtales betalingen au pairen skal motta fra vertsfamilien som "lommepenger/lønn". Lønn er et klassisk eksempel på godtgjørelse en arbeidstaker typisk mottar fra sin arbeidsgiver, jf. aml. § 14-6 første ledd bokstav i. Lommepenger er derimot en typisk betegnelse på godtgjørelse i en familie for utførte arbeidsoppgaver i hjemmet, som ikke er lovregulert. Det vil således ha juridiske konsekvenser dersom au pairen i realiteten mottar lønn.

Gode grunner taler for at den økonomiske godtgjørelsen au pairen mottar kan defineres som lønn. Den som er bosatt i Norge og arbeider her skal betale skatt av "fordel vunnet ved arbeid", jf. lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (videre skatteloven eller sktl.) § 5-1, jf. § 2-1. Lønn er en betegnelse på en type "fordel vunnet ved arbeid". En au pair skal tjene minimum kr 5600 brutto per måned,¹⁵ og denne summen skal skattes av.¹⁶ Dette tilsier at pengene au pairen mottar

¹¹ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 62

¹² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966

¹³ Universal Declaration of Human Rights, 1948

¹⁴ "(...) *just and favourable conditions of work*(...)"

¹⁵ UDIs rundskriv nr. 15/2012 om au pair, vedlegg 1

¹⁶ UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.7 annet ledd

fra vertsfamilien i realiteten er lønn, i likhet med en arbeidstaker som mottar lønn fra sin arbeidsgiver etter arbeidsmiljølovens regler.

Utfordringene med den arbeidsrettslige siden av au pair-ordningen vil også kunne vise seg i praksis. Hvor au pairen bidrar med en arbeidsoppgave i hjemmet, kan det rå usikkerhet om au pairen er i arbeid eller kun bidrar som en del av familien i lys av au pair-ordningens formål om kulturutveksling.¹⁷ På bakgrunn av dette kan det oppstå problemstillinger om blant annet au paires plikt til å utføre arbeidsoppgaver, lønn og arbeidstid, på samme måte som i et ordinært arbeidsforhold.

Regelverket for au pairer har ved flere anledninger vært gjenstand for negativ omtale og kritikk av offentlige myndigheter og organisasjoner. Det finnes flere eksempler på tilfeller hvor vertsfamilier enten står tiltalt for eller er saksøkt for brudd på lovregler av strafferettslig eller arbeidsrettslig karakter. I en dom fra Oslo tingrett var spørsmålet om en au pair kunne kreve erstatning fra vertsfamilien som følge av det au pairen mente var uberettiget avskjed eller oppsigelse i et au pair-forhold.¹⁸ I en dom fra Borgarting lagmannsrett var en vertsfamilie tiltalt for tvangsarbeid mot to au pairer.¹⁹ I sistnevnte dom erkjente dommeren at det var flere utfordringer ved au pair-ordningen og dens regelverk, og at ordningen kan "(..)klart åpne for en ukultur fra vertsfamiliens side overfor au pairene".

I Stortinget har det blitt etterlyst endring i au pair-ordningen. I februar 2017 kom stortingsrepresentantene Kirsti Bergstø og Karin Andersen med forslag om å avvikle ordningen, eller å innføre strengere reaksjoner mot familiene som utnytter au pairer.²⁰ Representantene viste blant annet til tall fra UDI, som viste at 29 personer ble ilagt karantene for utnyttelse av au pairer i 2016. Dette var en økning fra 7 personer i 2015 og 2 personer fra 2014.

¹⁷ European Treaty Series No. 68, on Au Pair Placement, 1969, artikkel 2

¹⁸ TOSLO-2007-130127

¹⁹ LB-2014-9300-1

²⁰ Representantforslag 54 S (2016-2017)

Juridisk rådgivning for kvinner (videre JURK)²¹ har utviklet seg til å bli en sentral stemme for kvinners juridiske rettigheter. JURKs uttalelser har blant annet blitt referert til ved flere anledninger i arbeidet med ny lovgivning.²² I 2012 kom JURK med en rapport om au pairer i Norge. Rapporten ble finansiert av Integrasjons- og mangfoldsdirektoratet (videre IMDi), med mål om å bidra til utviklingen av et rettighetsinformasjonsprogram rettet mot au pairer.²³ JURK samarbeidet over en to års periode med Caritas Norge og Filipino Workers Organisation, med mål om å forbedre au parenes rettsstilling. JURK konkluderte med at ordningen burde avvikles på grunn av faren for utnyttelse av kvinner fra fattige land.²⁴ Dette gjaldt særlig risikoen for utnyttelse av billig arbeidskraft. Dette står i kontrast til den norske regjeringens målsetting om å forebygge og bekjempe sosial dumping, herunder at utenlandske arbeidstaker som utfører arbeid i Norge får vesentlig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidstakere.²⁵

En av utfordringene i et arbeidsforhold er underordningsforholdet som oppstår ved det organisatoriske avhengighetsforholdet en arbeidstaker kan ha til sin arbeidsgiver.²⁶ Dette avhengighetsforholdet gjelder også for au pairer og vertsfamilien, selv om det ikke nødvendigvis kan beskrives som organisatorisk. Dersom avtaleforholdet mellom vertsfamilien og au pairen opphører, vil au parens oppholdstillatelsen opphøre.²⁷ Dette bidrar til å skape både et avhengighetsforhold og en maktubalanse mellom vertsfamilien og au pairen. I tillegg er au pairen den eneste ansatte hos vertsfamilien,²⁸ og opplever ikke det kollektive samholdet som finnes på ordinære arbeidsplasser. En au pair som kommer til Norge er dessuten i en sårbar situasjon, i den forstand at vedkommende befinner seg i et nytt arbeidsmiljø og i et nytt land. Dette gir grunnlag for å vurdere om au parenes rettsvern er tilstrekkelig etter gjeldende arbeidsrettslige regler.

²¹ JURK yter gratis juridisk rådgivning for kvinner, se JURKs nettsider www.jurk.no/om-jurk (sist sjekket 02.12.18)

²² For eksempel Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 78-79 og Prop.97 L (2009-2010) s. 18

²³ JURK rapport (2012) s. 1

²⁴ Samme rapport s. 23-24

²⁵ NOU 2016:15 s. 91

²⁶ Fanebust (2015) s. 24

²⁷ Se pkt. 1.2 i denne oppgaven

²⁸ UDI rundskriv nr. 15/2012 om oppholdstillatelse til au pair pkt. 3.2.4 første ledd

1.4 Metode og rettskilder

Oppgavens målsetning er at en sammenligning mellom rettsvernet til en au pair og en arbeidstaker vil gi grunnlag for å komme til en konklusjon om hvorvidt au pairers arbeidsrettslige vern er tilfredsstillende, og for å foreslå eventuelle tiltak som kan bidra til å forbedre rettsvernet. Denne analysen gjøres av gjeldende rett, i lys av Eckhoffs teori om alminnelig norsk rettskildelære.²⁹

Utgangspunktet for sammenligningen mellom rettsvernet til en arbeidstaker og en au pair er på den ene siden arbeidsmiljøloven og tilhørende regelverk og praksis, og på den andre siden UDIs rundskriv om au pair, som regulerer rettighetene og pliktene til au pairen og vertsfamilien i medhold av utlendingsforskriften § 6-25, jf. utlendl. 26 første ledd bokstav a. Fordi hushjelpforskriften³⁰ også kan omfatte au pairer,³¹ vil også denne anvendes i sammenligningen.

I oppgaven er det anvendt lovgivning som ikke direkte er regnet som arbeidsrettslig. Denne lovgivningen bidrar til å redegjøre for enkelte bestemmelser som følger av de bestemte reglene. Det er eksempelvis relevant å se hen til skatteloven hva gjelder regler om lønn, og lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (videre straffeloven eller strl.) om forbud mot tvangsarbeid.

Høyesterett har vurdert arbeidstakerbegrepet.³² Denne praksisen er relevant for spørsmålet om hvorvidt au pairen i alle eller enkelte tilfeller er en arbeidstaker, og således innehar et likestilt rettsvern som arbeidstakere. Høyesterett har derimot ikke vurdert spørsmålet om hvorvidt au pairen faktisk skal vernes som en arbeidstaker. Dette spørsmålet har imidlertid blitt berørt i underrettspraksis. En dom fra Oslo tingrett og en dom fra Borgarting lagmannsrett vil således være veiledende rettskilder i vurderingen, i mangel på praksis fra Høyesterett.³³ Det presiseres derfor her at når det i oppgaven henvises til dommen fra Oslo tingrett og dommen fra Borgarting lagmannsrett, er det utelukkende disse to dommene det gjelder.

²⁹ Eckhoff, Helgesen (2001) s. 23

³⁰ Forskrift 05. juli 2002 nr. 716 om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold

³¹ Se redegjørelse under pkt. 2.2 i denne oppgaven

³² For eksempel Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware-dommen)

³³ Se henvisning under pkt. 1.3 i denne oppgaven

Praksis fra internasjonale domstoler vil bidra til å belyse eventuelle utfordringer med au pair ordningen, uavhengig av om praksisen er bindende for norsk rett.

I tillegg til alminnelige rettskilder, er det benyttet empirisk materiale for å stadfeste og/eller belyse faktiske forhold omkring au pairens arbeidsrettslige stilling i Norge. Dette er nødvendig på grunn av mangel på juridisk teori om temaet. Disse kildene består av opplysninger fra instanser som for eksempel Arbeidstilsynet, Skatteetaten, UDI og JURK.

1.5 Avgrensning

Oppgaven avgrensner mot særreguleringen for au pairer fra EU-, EØS- og Schengen-samarbeidet. For det første vil oppgaven bli for vidtrekkende, fordi det er andre arbeidsrettslige og utlendingsrettslige regler som gjør seg gjeldende. For det andre var 854 av 963 oppholdstillatelser for au pairer som ble utstedt i Norge i 2017 tildelt personer fra Filippinene.³⁴ Dette tilsier at flertallet av au pairer i Norge i dag er fra land utenfor EU-, EØS- og Schengen-samarbeidet. Oppgaven sammenligner derfor reglene som gjelder for den gruppen au pairer som representerer flertallet.

Det er ikke alle regler som følger av arbeidsmiljøloven som er aktuelle for au pairer. En au pair bor og jobber hos vertsfamilien, i motsetning til de fleste ordinære arbeidstakere som har arbeidsplass utenfor hjemmet. I tillegg forutsettes det at au pairen ikke vil måtte håndtere faktorer som for eksempel avansert verneutstyr og kollegaer. I det følgende vil derfor kun den type regler om arbeidsmiljøet som også er aktuelle for au pairer utgjøre sammenligningsgrunnlaget.

³⁴ UDIs utdanningstillatelser etter statsborgerskap og type tillatelse (2017), se <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utdanningstillatelser-etter-statsborgerskap-og-type-tillatelse-2017/> sist sjekket 02.12.18 (sist sjekket 02.12.18)

2. Au parenes arbeidsrettslige status

2.1 Arbeidsmiljøloven og virksomhetsbegrepet

I aml. § 1-2 første ledd heter det at arbeidsmiljøloven gjelder for enhver ”virksomhet” som sysselsetter arbeidstaker. Bestemmelsen angir lovens anvendelsesområde. Det er dermed en forutsetning at au pæren er ansatt i ”virksomhet” for at vedkommende skal vernes av arbeidsmiljøloven.

I motsetning til arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet,³⁵ er ikke virksomhetsbegrepet legaldefinert i arbeidsmiljøloven. Ordlyden av ”virksomhet” tilsier en organisasjon som produserer varer og/eller tjenester, hvilket støttes opp av lovens forarbeider.³⁶ En familie vil således ikke rammes av virksomhetsbegrepet. Dette betyr at au pair-ordningen faller utenfor det generelle anvendelsesområdet til arbeidsmiljøloven.

2.2 Hushjelpforskriften

Lov 31. mai 1963 nr. 3 om arbeidsvilkår for hushjelp (videre hushjelploven) gjaldt blant annet for hushjelper og pleiersker som var tilsatt av en privat arbeidsgiver for å utføre husarbeid eller pleie i privat hjem eller hushold, jf. hushjelploven § 1 første ledd. Hushjelploven ble opphevet i 1995.³⁷ I forbindelse med dette ble det tilføyd en ny regel i arbeidsmiljøloven,³⁸ som i dag kommer til uttrykk i aml. § 1-5 annet ledd. Det følger av regelen at departementet kan gi forskrift om at arbeidsmiljølovens regler helt eller delvis skal gjelde for ”arbeidstaker” som utfører husarbeid, tilsyn eller pleie i ”arbeidsgivers” hjem.

I 2002 kom hushjelpforskriften i medhold av aml. § 1-5 annet ledd. Det følger av hushjelpforskriften § 1 at forskriften gjelder arbeidsforhold hvor arbeidstaker ”utfører husarbeid, tilsyn eller pleie” i privat arbeidsgivers hjem eller hushold. Det følger av UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.4 annet ledd at au pæren sine arbeidsoppgaver kan bestå i blant annet ”lettere husarbeid” og ”pass av barn”. Det er dermed klart at au parens arbeidsoppgaver rammes av ordlyden i hushjelpforskriften § 1.

³⁵ Definert i henholdsvis aml. § 1-8 første og annet ledd

³⁶ NOU 2004: 5, s. 149

³⁷ Opphevet ved endringslov 06. januar 1995 nr. 2 om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 3 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (videre endringslov 06. januar 1995 nr. 2)

³⁸ Endringslov 06. januar 1995 nr. 2 del I

For at hushjelpforskriften skal gjelde for au pairer vertsfamilien må regnes som ”arbeidsgiver”. Det følger av aml. § 1-8 annet ledd første setning at med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ”ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Ordlyden av ”ansatt” tilsier enighet om at arbeidstakeren skal utføre arbeidsoppgaver i den som ansetter sin interesse. Dersom au pairen og vertsfamilien signerer UDIs kontrakt, som innebærer arbeidsoppgaver for vertsfamilien, er det klart at dette er i vertsfamiliens interesse. En vertsfamilie kan derfor etter regelens ordlyd regnes som ”arbeidsgiver”.

2.3 Kan en au pair være arbeidstaker?

For at hushjelpforskriften skal gjelde for en au pair, må vedkommende regnes som en ”arbeidstaker”. En au pair er imidlertid ikke ment å tilhøre kategorien arbeider, fordi vedkommende er en krysning mellom arbeidstaker og student.³⁹ Dette tilsier at et au pair-forhold ikke er et arbeidsforhold. Det er likevel klart at en au pair kan utføre arbeidsoppgaver som tilsvarer arbeidsoppgaver utført av arbeidstakere som omfattes av hushjelpforskriften.⁴⁰ Dette gir grunnlag for en nærmere vurdering av arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet.

Det følger av aml. § 1-8 første ledd at med ”arbeidstaker” menes i denne lov ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”. Det er på det rene at au pair-ordningen fordrer at au pairen skal yte tjenester for vertsfamilien, jf. UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.4 annet ledd. Ordlyden tilsier dermed isolert sett at au pairer rammes av arbeidstakerbegrepet.

Oppholdstillatelsen til en au pair forutsetter at vertsfamilien og au pairen undertegner UDIs standardkontrakt om kulturutveksling,⁴¹ jf. UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.1. Det at kontrakten er omtalt som en avtale om kulturutveksling mellom au pairen og vertsfamilien, utelukker ikke at den i realiteten er en arbeidsavtale.⁴² I slike

³⁹ Se pkt. 1.1 i denne oppgaven

⁴⁰ Se pkt. 2.2 i denne oppgaven

⁴¹ UDIs standardkontrakt om kulturutveksling mellom au pair og vertsfamilie, se <https://www.udi.no/globalassets/global/skjemaer/kontrakt-au-pair-contract-au-pair-be.pdf> (sist sjekket 02.12.18)

⁴² For eksempel Rt. 2013, s. 354 (Avlaster-dommen) avsnitt 37

tilfeller vil arbeidsmiljølovens regler gjelde for partene i avtaleforholdet, da den er preseptorisk, jf. aml. § 1-9.

UDIs standardkontrakt om kulturutveksling inneholder samtlige klausuler som er preseptorisk i en arbeidskontrakt, herunder stillingsbeskrivelse, arbeidsmengde, og regulering av lønn, skatt og ferie.⁴³ Dette taler for at det foreligger et arbeidsforhold, og således at au pairen kan regnes som en arbeidstaker.

Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet ved vurderingen av om en person er å regne som arbeidstaker i lovens forstand.⁴⁴ Dersom de reelle forholdene tilsier at avtalen mellom au pairen og vertsfamilien er et arbeidsforhold, kan således au pairen regnes som en arbeidstaker.

Det finnes omfattende rettspraksis som foretar en vurdering av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. I Avlaster-dommen var spørsmålet om en avlaster for en familie med tyngende omsorgsarbeid skulle anses som arbeidstaker eller oppdragstaker. Det følger av førstvoterendes uttalelse at det er lovgivers intensjon at de som har behov for vernet som følger av arbeidsmiljøloven, blir vernet.⁴⁵ I Rt. 1984 s. 1044 var spørsmålet om en selger av Tupperware skulle anses som arbeidstaker, idet selgeren hadde fremsatt krav om feriepenge og lønn i oppsigelsestiden.⁴⁶ I dommen ga førstvoterende uttrykk for at arbeidstakerbegrepet skal gis en vid tolkning.⁴⁷ Begge dommene åpner dermed for at au pairen i realiteten kan regnes som arbeidstaker.

I Avlaster-dommen foretok førstvoterende en vurdering av grensen mellom en arbeidstaker og oppdragstaker. Dommen peker på tradisjonelle kriterier som taler for at vedkommende er arbeidstaker. A hadde plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon, uten å kunne bruke medhjelpere.⁴⁸ Dette talte sterkt i retning av å anse

⁴³ Preseptoriske kontraktsvilkår i en arbeidskontrakt følger av aml. § 14-6

⁴⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 74

⁴⁵ Avlaster-dommen, avsnitt 39

⁴⁶ Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware-dommen)

⁴⁷ Samme dom, s. 1048

⁴⁸ Avlaster-dommen, avsnitt 43

A som arbeidstaker. I tillegg fikk A utbetalt lønn hver måned.⁴⁹ Det er klart at en au pair har personlig arbeidsplikt og mottar lønn fra vertsfamilien hver måned.⁵⁰ Noen av kriteriene for å anse en person som arbeidstaker taler dermed i retning av au pairen kan regnes som en arbeidstaker.

I dommen fra Oslo tingrett uttrykket dommeren at retten ”antar” at hushjelpforskriften ikke kommer til anvendelse på aupairforhold, fordi en au pair ikke kan regnes som en arbeidstaker og vertsfamilien ikke som arbeidsgiver etter aml. § 1-2 første ledd, jf. § 1-8. I dommen ble det likevel ikke utelukket at arbeidsmiljøloven kan anvendes på et au pair-forhold, der det reelle forholdet mellom partene er et ordinært arbeidsforhold. Det må imidlertid tas i betraktning at dommen har begrenset vekt av to årsaker. For det første er det en underrettsdom, da Høyesterett foreløpig ikke har tatt stilling til spørsmålet. Underrettsdommer vil ha begrenset vekt i rettskildebildet.⁵¹ For det andre følger utsagnet av et obiter dictum, og er dermed ikke brukt som et avgjørende argument i saken. Det må likevel kunne utledes av dommen at domstolen ikke har utelukket at en au pair kan regnes som arbeidstaker.

Internasjonal praksis har også vurdert spørsmålet om en au pair kan være en arbeidstaker. EU-domstolens tolkninger er bindende for EUs medlemsstater, og således ikke for Norge. Norge er imidlertid medlem av EØS-avtalen, som forplikter Norge til en rekke EU-regler.⁵² Både lojalitetsplikten mellom EU og EØS og homogenitetsprinsippet tilsier at EU-domstolens avgjørelser som et minimum er veiledende.⁵³

Et eksempel fra internasjonal praksis er EU-domstolens avgjørelse Payir, Akyuz og Ozturk v. Secretary of State for the Home Department.⁵⁴ Saken gjaldt de tre tyrkiske statsborgerne Payir, Aykuz og Oztur, som flyttet til England i medhold av gyldige, men midlertidige oppholdstillatelser. Payir hadde oppholdstillatelse i medhold av au pair-ordningen, og Akyuz og Ozturk hadde oppholdstillatelse som studenter. I saken

⁴⁹ Samme dom, avsnitt 54

⁵⁰ UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.7

⁵¹ Eckhoff, Helgesen (2001) s. 23

⁵² Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (videre EØS-loven)

⁵³ Boe (2010) s. 247

⁵⁴ Sak C-294/06, Payir, Akyuz og Ozturk v. Secretary of State for the Home Department

vurderte EU-domstolen om de i realiteten kunne regnes som arbeidstakere, og således kunne utvidet oppholdstillatelse.

EU-domstolen oppstilte tre betingelser som måtte være oppfylt for at Payir, Aykuz og Oztur kunne regnes som arbeidstakere.⁵⁵ Den første betingelsen gjaldt det praktiske arbeidsforholdet. Den som var i arbeid måtte utføre reelle aktiviteter for og under ledelse av en annen person i et visst tidsrom, og motta vederlag for dette. Dette gjaldt ikke aktiviteter av marginal karakter. Den andre betingelsen var at arbeidstakeren måtte være registrert som arbeidstaker i landet. Den tredje betingelsen var at oppholdstillatelsen var trygg og rettmessig, og således gyldig. Dette er momenter som er overførbare til au pair-ordningen i Norge. En au pair som utfører arbeidsoppgaver for en vertsfamilie, som mottar lønn, som er registrert i folkeregisteret og betaler skatt, og som har fått oppholdstillatelse i medhold av UDIs regelverk, kan regnes som en arbeidstaker etter EU-domstolens praksis. EU-domstolens tolkning støtter således opp om det faktum at enkelte au pair-forhold kan regnes som et arbeidsforhold.

Henning Jakhelln og Helga Aune har lagt til grunn at i tilfeller hvor au pairen har arbeidet utover kontrakten, er au pairen å anse som en arbeidstaker i arbeidsmiljølovens forstand og derfor er vernet av hushjelpforskriften.⁵⁶

JURK har uttrykket at de fleste au pairer vil regnes som arbeidstakere etter hushjelpforskriften.⁵⁷ JURK begrunner dette med at en au pair i realiteten er en arbeidstaker, og at de fleste au pairer ikke vil falle inn under unntaksbestemmelsen i hushjelpforskriften § 1 tredje ledd. Unntaksbestemmelsen gjelder arbeidsforhold som varer mindre enn en måned, hvor den ukentlige arbeidstiden er mindre enn 8 timer.

På bakgrunn av denne vurderingen, kan det konkluderes med en au pair kan regnes som en ”arbeidstaker” etter omstendighetene. Forholdet mellom en au pair og en vertsfamilie kan dermed rammes av hushjelpforskriften i tilfeller hvor forholdet i realiteten er et arbeidsforhold. Når au paires arbeidsrettslige vern skal vurderes i

⁵⁵ Samme sak, avsnitt 28-30

⁵⁶ Jakhelln, Aune (2013) s. 1

⁵⁷ JURK rapport (2012) s. 9

forhold til reglene som følger av arbeidsmiljøloven, vil derfor både UDIs rundskriv om au pair og hushjelpforskriften utgjøre sammenligningsgrunnlaget.

3. Overordnede arbeidsrettslige hensyn og interesser

3.1 Utgangspunkt

Under pkt. 4 i denne oppgaven vil det foretas en sammenligning av gjeldende rett som omfatter arbeidstakere og au pairer. Denne sammenligningen er delt inn etter ulike arbeidsrettslige hensyn, som skal ivareta interessene til den som er i arbeid på en forsvarlig måte. Disse hensyn vil redegjøres for i det følgende.

3.2 Hensynet til forutberegnelighet

Private rettssubjekter benytter avtaler for å organisere sine rettslige forpliktelser overfor hverandre. For at avtalen skal være hensiktsmessig, er det sentralt at den fungerer etter sine forutsetninger og at tilliten til at avtalen fullbyrdes opprettholdes.⁵⁸ Dette er grunnlaget for det alminnelige avtalerettslige prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått.⁵⁹ Prinsippet ivaretar forutberegnelighet i kontraktsforholdet.

I utgangspunktet skiller ikke en arbeidsavtale seg fra andre avtaletyper.⁶⁰ En arbeidstaker er imidlertid i de fleste tilfeller økonomisk avhengig av at avtalen med arbeidsgiver fullbyrdes slik den ble inngått. I tillegg er ytelsen som kreves av arbeidstaker av personlig karakter. Hvor arbeidsgiver har en vid adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør eller til å endre innholdet i arbeidsavtalen, vil hensynet til forutberegnelighet svekkes.

Utgangspunktet i norsk rett er avtalefrihet.⁶¹ Dette betyr at enhver står fritt til å inngå avtaler med ethvert innhold. Motsetningsvis er arbeidsmiljøloven preseptorisk, jf. aml. § 1-9. Det at arbeidsmiljølovens regler binder partene i et arbeidsforhold, bidrar til å gjøre arbeidsforholdet mer forutberegnelig.

Loven stiller strenge krav til at arbeidsgiver skal kunne bringe arbeidsforholdet til opphør mot arbeidstakers vilje. Dette kan ikke skje på et urettmessig grunnlag, fordi en arbeidsgiver må ha ”saklig grunn” for å si opp en arbeidstaker, jf. aml. § 15-7.

⁵⁸ Høgberg (2015) s. 154

⁵⁹ For eksempel Rt. 1933 s. 207 (Eskedommen)

⁶⁰ Fanebust (2015) s. 49

⁶¹ Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL 5-1-2) 2. art

3.3 Hensynet til liv og fysisk helse

En arbeidstaker utøver en personlig ytelse. Dette betyr at vedkommendes livssituasjon vil påvirkes av arbeidet. Rent menneskelige forhold vil derfor vektlegges sterkt i arbeidsretten.⁶² I arbeidsmiljøloven er det stilt krav til arbeidsmiljøet i form av regler som skal beskytte den enkelte arbeidstakers liv og fysiske helse i arbeidssituasjonen.

Det følger av aml. § 4-1 at arbeidsmiljøet skal være ”fullt ut forsvarlig”. Det heter i forarbeidene at loven krever at arbeidet organiseres på en slik måte at arbeidstakerne er sikret mot skade på liv og helse så langt det lar seg gjennomføre.⁶³ I de øvrige bestemmelsene i kapittel fire i arbeidsmiljøloven utdypes kravet til forsvarlighet, som for eksempel med krav til det fysiske arbeidsmiljøet i aml. § 4-4. Formålet med kravene i bestemmelsen er å forebygge arbeidsulykker og helseskadelige forhold i arbeidsmiljøet, og dermed bidra til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.⁶⁴

3.4 Hensynet til integritet, autonomi og verdighet

De tidligere vernereglene i arbeidslovgivningen tok kun sikte på å hindre at arbeidstakerne ble utsatt for uheldig fysisk eller psykisk belastning.⁶⁵ Dagens regler stiller også krav til at arbeidsgiver skal ivareta arbeidstakerens integritet, autonomi og verdighet.

Det følger av aml. § 10-2 første ledd at arbeidstidsordninger skal være slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige fysiske og psykiske belastninger, og slik at det er mulig å ivareta sikkerhetshensyn. Det følger av forarbeidene at regelen begrenser adgangen for arbeidsgiver til å utnytte lovens øvre grenser for arbeidstid, dersom det er fare for at arbeidstaker utsettes for uheldige psykiske og fysiske belastninger eller at arbeidstakernes mulighet til å ivareta sikkerhetshensyn reduseres.⁶⁶ Det er derfor ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver baserer arbeidstidsordningen på lovens yttergrense

⁶² Jakhelln (2006) s. 132

⁶³ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 26

⁶⁴ Jakhelln, Aune (2007) s. 49

⁶⁵ Fanebust (2015) s. 184

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 315

for arbeidstid etter lovens regler, fordi arbeidstiden må utformes slik at hensynene etter aml. § 10-2 første ledd blir ivaretatt.⁶⁷

Hensynet til arbeidstakers integritet, autonomi og verdighet viser seg også ved lovregulering av den psykososiale delen av arbeidsmiljøet. Dette er i tråd med at kravene som stilles i loven skjerpes i takt med samfunnsutviklingen.⁶⁸

Krav til det psykososiale arbeidsmiljøet følger av aml. § 4-3. Det følger av regelens første ledd at arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers ”integritet og verdighet ivaretas”. Det følger av forarbeidene at ordet ”integritet” er nytt, og at departementet antar at Arbeidslivslovutvalget har ment å synliggjøre et generelt krav om respekt for arbeidstakers egenverd.⁶⁹ Dette medfører et videre nedslagsfelt enn bestemmelsen tidligere har hatt.

Rettsutvikling på det psykososiale området av arbeidsretten er også uttrykket i rettspraksis. Et eksempel på dette er Rt. 1991 s. 616.⁷⁰ Saken gjaldt en ansatt i et gatekjøkken som var tiltalt for underslag fra arbeidsgiveren. Påtalemyndigheten fikk ikke fremlegge et hemmelig videoopptak fra arbeidsplassen som bevis, som resulterte i at den ansatte ble frifunnet. Førstvoterende uttrykket at overvåkingen representerte et ”vidtgående integritetsinngrep i forhold til de ansatte”.⁷¹ Det heter videre i kjennelsen at selv om det kunne være diskutabelt om et hemmelig videoopptak på arbeidsplassen rammes av de aktuelle positive lovbestemmelsene, var det klart at fremgangsmåten medførte et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra ”alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel”.⁷²

⁶⁷ Jakhelln, Aune (2006) s. 92

⁶⁸ Se oppgavens pkt. 1.3

⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 101

⁷⁰ Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkken-kjennelsen)

⁷¹ Samme kjennelse, s. 620

⁷² Samme kjennelse s. 623

4. Sammenligning: Rettsvernet til en arbeidstaker og en au pair

4.1 Vernet for forutberegnelighet

4.1.1 Ufravikelighet

Det er uomtvistet at arbeidsmiljøloven er preseptorisk, jf. aml. § 1-9. På bakgrunn av dette er arbeidsgiver og arbeidstaker bundet av reglene i arbeidsmiljøloven.

UDIs standardkontrakt om kulturutveksling må undertegnes av både au pairen og vertsfamilien, jf. UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.1. Under samme punkt følger det at det ikke er adgang til å utforme eventuelle tilleggskontrakter som strider med innholdet i standardkontrakten. Både arbeidstakere og au pairer er derfor formelt sett forsøkt beskyttet gjennom preseptoriske regelverk.

4.1.2 Oppsigelse og avskjed

4.1.2.1 Utgangspunkt

Reglene om arbeidsforholdets opphør fremgår av arbeidsmiljøloven kapittel 15. I kapittelet reguleres blant annet adgangen for arbeidsgiver og arbeidstaker til å si opp arbeidsforholdet, samt reglene om arbeidsgivers mulighet til å avskjedige en arbeidstaker. I det følgende er det reglene om oppsigelse fra arbeidsgivers side og avskjed som vil behandles.⁷³

4.1.2.2 Frister og formkrav

Når arbeidsgiver skal si opp en ansatt, stilles det bestemte krav til innholdet. På denne måten vil arbeidstaker få nødvendig informasjon for at vedkommende skal kunne ivareta sine interesser i forbindelse med oppsigelse eller avskjed.

I aml. § 15-4 første ledd, hushjelpforskriften § 9 annet ledd og UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.10 annet ledd stilles det krav til skriftlig oppsigelse. Det følger også av reglene at dersom den som blir oppsagt krever det, skal begrunnelsen for oppsigelsen

⁷³ Det stilles lavere krav til oppsigelsen fra både arbeidstakerens og au paires side, enn fra henholdsvis arbeidsgiverens og vertsfamiliens side etter gjeldende rett. Reglene er dermed ikke like relevant å behandle i vurderingen av rettsvernet for au pairer

fremstilles for arbeidstakeren. Reglene om skriftlighet og begrunnelse er dermed likestilt for arbeidstakere og au pairer.

Det følger av aml. § 15-4 annet ledd at oppsigelsen skal anses for å ha funnet sted når den har ”kommet frem” til arbeidstaker. Det følger av hushjelpforskriften § 9 tredje ledd annet punktum og UDIs rundskriv pkt. 3.3.10 første ledd at oppsigelsesfristen løper fra og med den dagen oppsigelsen ”kommer frem” til den annen part. Det kan utledes av dette at oppsigelsen først har funnet sted når den ”kommer frem” til au pairen, i likhet med arbeidsmiljølovens regel.

Ordlyden av ”kommet frem” er i tråd med reglene om tilbud og aksept som følger av alminnelig avtalerett.⁷⁴ De tolkningsmomenter som er relevante for avtalelovens regel kan dermed legges til grunn i vurderingen.

Tidspunktet for når oppsigelsen har funnet sted er relevant i henhold til reglene om oppsigelsesfrist. Dersom reglene om oppsigelsesfrist ikke hadde vært preseptorisk, kunne arbeidsgiver ha sagt opp arbeidstaker på dagen dersom de øvrige vilkårene for oppsigelse var oppfylt. Dette hadde gjort rettsstillingen til arbeidstakeren mindre forutberegnelig, ved at vedkommende får mindre tid til å omstille seg ved å for eksempel skaffe nytt arbeid.

Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven er at oppsigelsesfristen løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen ”fant sted”, jf. aml. § 15-3 fjerde ledd. Dette betyr at dersom oppsigelsen kom frem til arbeidstakeren 1. november, begynner oppsigelsesfristen å løpe 1. desember. Den alminnelige oppsigelsesfristen i arbeidsmiljøloven er på én måned, jf. aml. § 15-3 tredje ledd første punktum.

Det følger av hushjelpforskriften § 9 tredje ledd første punktum at oppsigelsesfristen er på minst 14 dager fra den dagen oppsigelsen kom frem til arbeidstaker. Dette tilsvarer et svakere vern for forutberegneligheten i kontraktsforholdet, enn etter arbeidsmiljølovens regler. Imidlertid er au pairen bedre vernet etter UDIs regler, hvor oppsigelsesfristen er på en måned fra den dagen oppsigelsen kom frem til au pairen,

⁷⁴ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (videre avtaleloven eller avtl.) § 2 første ledd

jf. UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.10 første ledd. Dette er likevel er en kortere oppsigelsesfrist enn etter reglene som følger av arbeidsmiljøloven. En au pair vil således ha mindre tid til å omstille seg enn en vanlig arbeidstaker ved opphør av kontraktsforholdet.

4.1.2.3 Drøftelsesplikten

Før arbeidsgiver fatter beslutning om oppsigelse, skal spørsmålet så langt det er praktisk mulig drøftes med arbeidstaker, jf. aml. § 15-1. Dette gjelder med unntak av tilfeller hvor arbeidstaker selv ikke ønsker drøftelsesmøte. Det følger av forarbeidene at drøftelsesmøter er ”viktige for at arbeidsgiver skal kunne foreta de nødvendige vurderinger av saklighetskravet i arbeidsmiljøloven”⁷⁵ og at disse vurderingene ”vanskelig kan foretas uten i samarbeid med arbeidstakeren”.⁷⁶ I tillegg må det legges til grunn at dersom en eventuell oppsigelse blir drøftet i forkant, vil arbeidstaker være forberedt på at en oppsigelse kan forekomme i nær fremtid. Regelen ivaretar dermed hensynet til forutberegnelighet på en forsvarlig måte.

En tilsvarende drøftelsesplikt følger verken av hushjelpforskriften eller UDIs rundskriv om au pair. En oppsigelse kan dermed foretas av vertsfamilien, uavhengig av om au pairen får uttale seg i forkant. Dette medfører at au pairen har et svakere oppsigelsesvern enn en arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven.

4.1.2.4 Saklighetskravet

En arbeidstaker kan ikke sies opp uten at oppsigelsen er ”saklig begrunnet”, jf. aml. § 15-7 første ledd. Det følger også av UDIs rundskriv pkt. 3.3.10 og hushjelpforskriften § 9 første ledd at oppsigelsen må ha en ”saklig” grunn.

Etter arbeidsmiljølovens regler er saklighetskravet en rettslig standard, som følger med den sosiale utviklingen i samfunnet ellers.⁷⁷ Det følger av omfattende rettspraksis at terskelen for å si opp en ansatt er høy, og at en arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.⁷⁸

⁷⁵ Innholdet i saklighetskravet vurderes under pkt. 4.1.2.4 i denne oppgaven

⁷⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182

⁷⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁷⁸ Blant annet Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52

I dommen fra Oslo tingrett uttrykket dommeren at hva som kan anses som saklig grunn må vurderes opp mot au pair forholdets egenart, herunder for eksempel at au paires er invitert inn i familiens hjem, skal behandles som et familiemedlem og få mulighet til å delta aktivt i familielivet. Ettersom kontrakten mellom au paires og vertsfamilien fordret at au paires skulle bo hos vertsfamilien, fikk ikke au paires medhold i saken når hun hadde flyttet inn sammen med kjæresten sin. Grunnlaget hadde ikke nødvendigvis vært saklig etter arbeidsmiljølovens standard, fordi det er et privat anliggende heller enn et arbeidsrettlig. Dommen illustrerer at vurderingen av saklighetskravet er skjønnsmessig, og at ethvert forhold må vurderes for seg. Det kan derfor legges til grunn at saklighetskravet som rettslig standard er likestilt for au paires og arbeidstakere.

Etter arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften må oppsigelsen være begrunnet i enten arbeidstakers- eller arbeidsgivers forhold. I tillegg er virksomhetens forhold et alternativ etter arbeidsmiljølovens regler. Forholdene som oppsigelsen er motivert av må dermed ligge innenfor ytre rammer, som innebærer at utenforliggende hensyn ikke kan trekkes inn i grunnlaget for oppsigelsen.⁷⁹

I UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.10 stilles det ikke krav til at oppsigelsen må begrunnes i arbeidstakers- eller arbeidsgivers forhold. Dette er naturlig, da ordningen formelt sett ikke regnes som et arbeidsforhold. Den tidligere standardkontrakten mellom au paires og vertsfamilier oppstilte imidlertid et vilkår om at oppsigelsen måtte være saklig begrunnet i vertsfamiliens eller au paires forhold.⁸⁰ Det kan dermed vurderes om det bør innfortolkes et vilkår om at oppsigelsen må være saklig begrunnet i vertsfamiliens eller au paires forhold, for at oppsigelsen av au paires skal være rettmessig.

I dommen fra Oslo tingrett viste dommeren til UDIs daværende standardkontrakt for au paires og vertsfamilier, hvor kontrakten oppstilte vilkåret om at oppsigelsen måtte være saklig begrunnet i vertsfamiliens eller au paires forhold. Dommeren uttrykket at siden saklighetskravet tilsvarte ordlyden i aml. § 15-7, var det naturlig å forstå innholdet i begrepet på samme måte. Da aml. § 15-7 stiller krav til at oppsigelsen må

⁷⁹ Fanebust (2015) s. 248

⁸⁰ Se henvisning i dommen fra Oslo tingrett

være begrunnet i blant annet arbeidstakers eller arbeidsgivers forhold, taler dette for at det kan innfortolkes et vilkår om at oppsigelsen av au pairer må være saklig begrunnet i vertsfamiliens eller au parens forhold.

Et ytterligere argument er at dersom oppsigelsen er begrunnet i andre forhold enn au pairen eller vertsfamilien, er det utfordrende å argumentere for at den er saklig. Gode grunner taler dermed for at oppsigelsen av au pairen må være saklig begrunnet i au parens eller vertsfamiliens forhold, og at øvrige utenforliggende hensyn ikke vil oppfylle saklighetskravet. De materielle vilkårene som ligger til grunn for oppsigelse av au pairer og arbeidstakere er derfor likestilt.

4.1.2.5 Særlig oppsigelsesvern

I enkelte tilfeller foreligger det tungtveiende hensyn som medfører at arbeidstakere innehar et særlig oppsigelsesvern. I arbeidsmiljøloven gjelder dette blant annet ved sykdom og graviditet.

En arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av en ulykke eller sykdom, kan ikke sies opp på grunnlag av sykdommen de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte, jf. aml. § 15-8 første ledd. Bestemmelsen forutsetter således at sykdommen har resultert i arbeidsuførhet.

Det finnes ikke et tilsvarende oppsigelsesvern for au pairer ved sykdom, verken etter hushjelpforskriften eller UDIs rundskriv om au pair. Dersom au pairen er syk, danner det alminnelige saklighetskravet rettslig grunnlag for oppsigelse.

Det følger imidlertid av UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.5 at vertsfamilien skal betale forsikring for au pairen som dekker en eventuell hjemreise ved sykdom. Dersom au pairen fortsetter å bo hos vertsfamilien på tross av sykdom som medfører arbeidsuførhet, ville vertsfamilien påta seg et ansvar som går utover det UDIs rundskriv om au pair omfatter. Det er dermed nærliggende at saklighetskravet er oppfylt i lys av au pair-forholdets egenart⁸¹ ved tilfeller av alvorlig sykdom.

⁸¹ Se pkt. 4.1.2.4 i denne oppgaven

En arbeidstaker som er gravid kan ikke sies opp av denne grunn, jf. aml. § 15-9 første ledd. Det finnes ikke et tilsvarende oppsigelsesvern som beskytter au pairen, verken etter reglene som følger av hushjelpforskriften eller av UDIs rundskriv. Det alminnelige saklighetskravet er således rettslig grunnlag for oppsigelse også i tilfeller hvor au pairen er gravid. I ytterste konsekvens kan forholdet omfattes av lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (videre likestillings- og diskrimineringsloven eller ldl.), ldl. § 10 første ledd bokstav a, jf. § 6, forutsatt at au pairen er forskjellsbehandlet på grunn av graviditet i tilfeller hvor det ikke er gjort for å beskytte au pairen eller fosteret, eller av andre åpenbare grunner som gjør det lovlig.

4.1.2.6 Avskjed

Dersom vilkårene for avskjed er oppfylt, kan arbeidstaker måtte fratregge stillingen uten hensyn til oppsigelsesfristene som følger av loven.⁸²

I arbeidsmiljøloven oppstilles det to alternative vilkår for når en arbeidstaker kan avskjediges. I aml. § 15-4 første ledd heter det at en arbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker med påbud om øyeblikkelig fratreden, dersom arbeidstakeren ”har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd” eller ”annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”. Ordlyden av ”grovt” og ”vesentlig” tilsier at begge vilkår stiller en høy terskel for å avskjedige en arbeidstaker.

De samme vilkår for avskjed gjelder etter hushjelpforskriften § 10 og UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.10 tredje ledd. Reglene om avskjed er dermed tilsvarende for au pairer og arbeidstakere.

4.1.3 Arbeidsplan

4.1.3.1 Kort om plassering av temaet

Reglene om arbeidsplan følger av arbeidslovens kapittel om arbeidstid, som i utgangspunktet redegjøres for under pkt. 4.3 om vernet for integritet, verdighet og autonomi i denne oppgaven. I forarbeidene heter det imidlertid at arbeidsplanen skal vise fordelingen av arbeidstiden, slik at arbeidstaker vet hvilke dager og til hvilke

⁸² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 77

tider vedkommende skal arbeide.⁸³ Dette tilsier at reglene om arbeidsplan skal ivareta forutberegnelighet i arbeidsforholdet. Reglene om arbeidsplan vil således redegjøres for i denne delen om vernet for forutberegnelighet.

4.1.3.2 Reglene om arbeidsplan

I aml. § 10-3 er det stilt krav om at arbeidstaker skal kunne forholde seg til en arbeidsplan som viser hvilke uker, dager og tider den enkelte skal arbeide. Regelen gjelder for arbeidstakere som arbeider til ulike tider på døgnet. Etter gjeldende regler har au pairer ikke fast arbeidstid, med mindre annet er avtalt. Regelen om arbeidsplan utgjør således et relevant sammenligningsgrunnlag.

Hushjelpforskriften inneholder ingen regler om arbeidsplan. Dette blir imidlertid ivaretatt for au pairer av UDIs standardkontrakt for au pairer pkt. 10, hvor det heter at vertsfamilien må fylle inn arbeidsoppgaver og arbeidstid i et skjema.

Det er imidlertid formuleringer i kontrakten og au pair-regelverket for øvrig som kan tyde på at dette skjemaet kun er veiledende, hvilket gjør det utfordrende å avgjøre hva som skal regnes som au parens arbeidstid. Dette belyses med et eksempel. I en innledende bestemmelse i UDIs standardkontrakt for au pairer pkt. 10 heter det at det skal fylles inn hva som regnes som en ”normal” arbeidsuke for au pairen. Ordlyden taler i retning av at skjemaet kun danner et utgangspunkt for arbeidsuken, og således at vertsfamilien kan kreve at au pairen jobber utover det skjemaet forutsetter. Dette gjør at arbeidsplanen kan miste sin opprinnelige funksjon om at vedkommende skal kunne forutse sitt arbeid.

På tross av at arbeidsplanen til en arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven også kan fravikes, må dette gjøres i medhold av regler som følger av lov.⁸⁴ I UDIs rundskriv om au pair finnes det ingen unntaksregel som begrenser retten til å pålegge au pairen arbeid utover arbeidsplanen. Ordlyden åpner således for at vertsfamilien kan endre på arbeidsplanen. Dette medfører at au pairen har svakere rettsvern enn arbeidstakere hva gjelder arbeidsplan.

⁸³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 317

⁸⁴ For eksempel aml. § 10-2, § 10-6

4.2 Vernet for liv og fysisk helse

4.2.1 Utgangspunkt

I arbeidsmiljølovens fjerde kapittel stilles det blant annet minstekrav til det fysiske arbeidsmiljøet i virksomheten. Dette betyr at virksomheten må følge en viss angitt standard for å skape et trygt arbeidsmiljø, og således beskytte arbeidstakeren.

4.2.2 Regler om det fysiske arbeidsmiljøet

Krav til det fysiske arbeidsmiljøet følger av aml. § 4-4. Det heter i bestemmelsens første ledd at fysiske arbeidsmiljøfaktorer som bygnings- og utstyrmessige forhold, inneklima, lysforhold, støy, stråling og lignende skal være ”fullt forsvarlig” ut fra hensynet til arbeidstakernes helse, miljø, sikkerhet og velferd. Bestemmelsen angir således en generell regel om det fysiske arbeidsmiljøet.

Det følger av hushjelpforskriften § 4 første ledd første strekpunkt at arbeidsgiveren skal sørge for at arbeidsstedet, arbeidsutstyr og innemiljø ikke medfører ”uheldige fysiske belastninger”.

Det følger av UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.9 at boligen må tilfredsstillere offentlige krav i den tiden søknaden gjelder, jf. utlendingsforskriften § 10-12. Det følger videre av utlendingsforskriften § 10-12 første ledd at bolig anses å være sikret når utlendingen disponerer hus, leilighet, hybel og lignende ”som tilfredsstillere offentlige krav”. Det må dermed legges til grunn at rommet/rommene som au pairen disponerer må tilfredsstillere de offentlige kravene som stilles til bygningsforhold, inneklima, lys og lignende som har betydning for et eventuelt arbeidsmiljø. Disse kan utledes av lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (videre plan- og bygningsloven eller pbl.) med tilhørende forskrifter.⁸⁵⁸⁶ De offentlige krav må anses å tilfredsstillere kravene som følger av aml. § 4-4.

I aml. § 4-4 annet ledd står det at arbeidsplassen skal innredes og uformes slik at arbeidstaker unngår uheldige fysiske belastninger, jf. aml. § 4-4 annet ledd. Regelen

⁸⁵ Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften/SAK10)

⁸⁶ Forskrift 19. juni 2017 nr. 840 om tekniske krav til byggverk (byggeteknisk forskrift/TEK17)

oppstiller et spesifikt krav til arbeidsplassens utforming. En au pair utfører sine arbeidsoppgaver i en privat bolig som ellers er tillagt vertsfamilien. Det er derfor nærliggende at denne er innredet på en slik måte at de som befinner seg i boligen unngår uheldige fysiske belastninger. Om boligen mot formodning er utformet slik at den medfører uheldige fysiske belastninger, er det nærliggende at dette vil bli fanget opp av regelen om at boligen må tilfredsstille offentlige krav.

For en arbeidstaker som bor på arbeidsplassen stilles det krav om at en eventuell innkvartering som stilles til arbeidstakers disposisjon skal være forsvarlig utstyrt, innredet og vedlikeholdt, jf. aml. § 4-4 fjerde ledd. Det samme følger av hushjelpforskriften § 4 første ledd femte strekpunkt.

I UDIs rundskriv pkt. 3.3.9 heter det at au pairen skal ha eget rom hos familien, uten at det stilles noen øvrige krav til rommet. Regelen om forsvarlig innkvartering som følger av både arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften gjelder dermed ikke for au pairer. Rommet som au pairen skal disponere avhenger dermed av vertsfamilien velger å tilby. I ytterste konsekvens kan et rom med dårlig standard kunne bryte med formålet til utlendingsloven, som skal gi verne utlendinger som har krav på beskyttelse etter internasjonale avtaler som Norge er bundet av, jf. utlendl. § 1 tredje ledd.⁸⁷

4.3 Vernet for integritet, verdighet og autonomi

4.3.1 Regler om arbeidstid

4.3.1.1 Kort om plassering av temaet

Det er på det rene at arbeidstid kan påvirke både den fysiske og den psykiske helsen til arbeidstakere. I denne oppgaven vil reglene om arbeidstid gjøres rede for under vernet for integritet, verdighet og autonomi.

⁸⁷ Det følger innledningsvis av Europarådets konvensjon om au pair at au parene skal beskyttes

4.3.1.2 Alminnelig- og ukentlig arbeidstid

I både arbeidsmiljøloven, hushjelpforskriften og UDIs rundskriv om au pair stilles det krav om alminnelig og ukentlig arbeidstid, som i en viss utstrekning kan fravikes etter blant annet beslutning fra arbeidsgiver eller avtale med arbeidstaker. Reglene om arbeidstid inneholder også krav til arbeidstidens plassering, og arbeidstakers rett til hvile og ferie.

I aml. § 10-4 første ledd heter det at den ”alminnelige arbeidstid” må ikke overstige 9 timer i løpet av 24 timer, og 40 timer i løpet av 7 dager. Med ”arbeidstid” menes den tid arbeidstaker ”står til disposisjon” for arbeidsgiver, jf. aml. § 10-1 første ledd. Ordlyden tilsier at arbeidstiden er når arbeidstakeren er i arbeid etter hva som er avtalt med arbeidsgiver.

Reglene om den alminnelige arbeidstid i arbeidsmiljøloven samsvarer med reglene som følger av hushjelpforskriften § 6 annet ledd. En au pair som omfattes av forskriften er dermed likestilt som en arbeidstaker etter reglene om arbeidstid.

Det følger av UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.3 første ledd at arbeidstiden til au pairen normalt ikke skal overstige 5 timer per dag (i løpet av 24 timer) og maksimalt 30 timer per uke (7 dager). Dette betyr at reglene om arbeidstid som gjelder for au pairer ligger innenfor grensene som arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften stiller til alminnelig arbeidstid. Rettsvernet til au pairer er således tilfredsstillende på dette punkt.

En arbeidstaker skal ha sammenhengende arbeidsfri periode på 35 timer i løpet av 7 dager, jf. aml. §10-8 annet ledd. Det skal gis en friperiode på 48 timer i løpet av 7 dager for arbeidstakere som omfattes av hushjelpforskriften, jf. hushjelpforskriften § 7 annet ledd. Denne skal ”så vidt mulig” være sammenhengende. En arbeidstaker som omfattes av hushjelpforskriften er mer nærliggende å arbeide på andre tider av døgnet enn en ordinær arbeidstaker, i lys av arbeidets art.⁸⁸ Kravet til sammenhengende fri er derfor noe lavere etter hushjelpforskriften enn etter arbeidsmiljøloven.

⁸⁸ Se hushjelpforskriften § 1 første ledd

En au pair skal ha minst en fridag (24 timer) i uken, jf. UDIs rundskriv pkt. 3.3.3. En au pair har dermed krav på færre timer sammenhengende fri enn etter reglene som følger av både arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften. Imidlertid har au pairen etter gjeldende regler mer fritid i løpet av uken. I tillegg følger det av UDIs rundskriv pkt. 3.3.3 annet ledd at au pairen skal få tilstrekkelig tid til å delta i norskopplæring og fritidsaktiviteter, samt utvide sine kulturelle og faglige kunnskaper. Dette er i lys av au pair-ordningens formål om kulturutveksling. På tross av at au pairen har mindre sammenhengende fri enn etter både arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften, danner UDIs rundskriv om au pair grunnlag for at au pairen skal ha tilstrekkelig fritid uten at det skal gå ut over au paires integritet.

Reglene i arbeidsmiljøloven som regulerer arbeidstid fokuserer på at arbeidstaker skal ha søndagsfri dersom dette er mulig. Det følger av aml. §10-10 annet ledd at arbeid på søndager ikke er tillatt, med mindre ”arbeidets art” gjør det nødvendig. Det følger av forarbeidene at forbudet er begrunnet i arbeidstakeres sosiale og velferdsmessige behov, heller enn hensynet til liv, helse og sikkerhet.⁸⁹ I tillegg heter det at felles hvile- og helgedager skape en følelse av kollektiv tilhørighet i samfunnet, og verner om en felles fridag som gir mulighet til sosial kontakt med venner og familie. Regelen er således relevant for au pairer.

I aml. § 10-8 fjerde ledd første punktum om arbeidsfri heter det at arbeidsfri skal så vidt mulig omfatte søndag. Det følger av hushjelpforskriften § 7 tredje ledd at arbeidstakere skal ha friperioden sin på søndager dersom dette er mulig. I UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.3 annet ledd følger det at minst en fridag i måneden skal være søndag. Det stilles dermed et absolutt krav om en fri søndag i måneden for au pairer. Det er imidlertid ingen regler som fastsetter at for øvrig bør søndagsarbeid være fri dersom dette er mulig, på samme måte som etter reglene i arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften. Dette tilsier at dersom au pairen har hatt fri én søndag i måneden, står vertsfamilien ellers fritt til å kreve at au pairen utfører søndagsarbeid de resterende søndagene.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 178

4.3.1.3 Nattarbeid

Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven er at nattarbeid er ulovlig, med mindre ”arbeidets art” gjør det nødvendig, jf. aml. § 10-11 annet ledd. Det generelle forbudet mot nattarbeid har som formål å verne arbeidstakerne mot helsemessige belastninger som nattarbeid kan komme til å medføre.⁹⁰ Dersom ”arbeidets art” tilsier det, kan likevel nattarbeid gjennomføres. Dette er begrunnet i produksjonsmessige, bedriftsøkonomiske, og samfunnsøkonomiske hensyn.⁹¹

Ettersom bestemmelsen er en videreføring av daværende lov 04. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (videre arbeidsmiljøloven av 1977) § 42 annet ledd, kan de unntakskriteriene for nattarbeid som ble oppstilt i regelen være veiledende for tolkningen av dagens regel.⁹² Et eksempel på unntak for nattarbeid var arbeid i virksomhet for syke- og pleiehjelp, jf. etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 42 annet ledd bokstav h.

I hushjelpforskriften § 6 annet ledd annet punktum heter det at for arbeidstakere som ”hovedsakelig arbeider om natten” må den normale arbeidstid ikke overstige 8 timer. En au pair skal derimot ikke ”hovedsakelig” arbeide om natten, fordi nattarbeid skal ikke inngå som en del av au parens ”faste oppgaver”, jf. UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.4 annet ledd. Nattarbeid som nevnt i hushjelpforskriften gjelder derfor ikke au pairer.

En av arbeidsoppgavene til au pairer etter UDIs rundskriv om au pair er ”pass av barn”.⁹³ I tilfeller hvor det dreier seg om pass av små barn, er det nærliggende at nattarbeid kan forekomme. På tross av at nattarbeid som utgangspunkt ikke skal inngå som en del av au parens ”faste oppgaver”, følger det av UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.3 første ledd tredje punktum at eventuelt barnepass om kvelden og/eller natten skal medregnes i arbeidstiden. Bestemmelsene er derfor motstridende. UDIs rundskriv om au pair inneholder heller ingen snever unntaksregel for å gjennomføre

⁹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 175

⁹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 175

⁹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 321

⁹³ UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.4 annet ledd

nattarbeid, på samme måte som arbeidsmiljøloven. En au pair er dermed ikke vernet fra nattarbeid på tilsvarende måte som ordinære arbeidstakere.

4.3.1.4 Overtidsarbeid

Det følger av aml. § 10-6 (1) at det ikke er tillatt med arbeid ”utover avtalt arbeidstid” uten at det foreligger et ”særlig” og ”tidsavgrenset” behov for det. Ordlyden av ”avtalt arbeidstid” tilsier alminnelig arbeidstid.⁹⁴ Overtid gjelder dermed arbeid utover reglene om den alminnelige arbeidstid som følger av aml. § 10-4. Ordlyden av ”særlig” og ”tidsavgrenset” tilsier at det er høy terskel for at arbeidstaker skal arbeide overtid.

Det følger av hushjelpforskriften § 6 tredje ledd tredje punktum at overtidarbeid må ikke gjennomføres som fast ordning. For arbeidstakere som omfattes av forskriften er det dermed lavere terskel for at overtidarbeid gjennomføres. Likevel beskyttes au pairer gjennom UDIs rundskriv pkt. 3.3.3, hvor det heter at au pairen ikke får arbeide mer enn hva som følger av kontrakten. UDIs rundskriv om au pair stiller dermed et absolutt forbud mot overtidarbeid. Formelt sett er derfor au pairer beskyttet mot overtidarbeid, og har således et sterkere rettsvern enn ordinære arbeidstakere.

4.3.2 Regler om godtgjørelse for gjennomført arbeid

I verken arbeidsmiljøloven eller hushjelpforskriften stilles det krav om minstelønn for arbeidstakere. Det generelle utgangspunktet er dermed at det er opp til arbeidsgiver og arbeidstaker å avtale lønn for arbeidstakers ytelse.

Mange virksomheter er imidlertid bundet av tariffavtaler som regulerer hvilken lønn som kan avtales, og for enkelte bransjer finnes det gitte minstelønnssetninger, jf. lov 04. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven). Det følger av allmenngjøringsloven § 1 at loven skal bidra til å hindre at utenlandske arbeidstakere blir utnyttet ved å få dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn hva norske arbeidstakere har.

⁹⁴ Bestemmelsen viser til aml. § 10-4

Det eksisterer ingen tariffavtale som per dags dato omfatter au pair-ordningen, eller en type virksomhet som omfatter au pair-ordningen.

Lønnsatsene til en au pair reguleres av UDI. Lønnen (også omtalt som lommepenger) som au pairen mottar er satt til minimum kr 5600 per måned før skatt.⁹⁵ En au pair skal være sikret underhold og bolig, jf. utlendl. § 58 første ledd. I tillegg til å skatte for lønnen, må au pairen skatte for verdien av underhold og bolig, jf. UDI rundskriv om au pair pkt. 3.3.7 annet ledd.

I UDIs rundskriv om au pair er det ikke oppgitt at au pairen skal betale skatt av de pengene som vertsfamilien betaler for norskkurs.⁹⁶ Det forutsettes dermed at kurset ikke er relevant for beregning av lønn.

Minstelønnen til en au pair vil illustreres med et eksempel i det følgende. En au pair arbeider 30 timer per uke i en måned.⁹⁷ For dette får au pairen utbetalt minimum kr 5600 i lønn før skatt per måned, hvilket tilsvarer kr 46,67 per time. Ettersom au pairen må skatte for verdien av underhold og bolig, legges denne til lønnen ved oppgjøret. Per døgn er satsen for fri kost og losji satt til kr 124⁹⁸. Dersom au pairen i tillegg til lønn, mottar bolig og underhold til en verdi av kr 124 i 30 dager som også skal regnes som lønn, legger man til kr 3720. Dette tilsvarer kr 77,67 per time.

Til sammenligning er det ingen av bransjene i Norge med regler om minstelønn, hvor denne er på under 125,94 kr for personer over 18 år som er ansatt over 6 måneder.¹⁰⁰ Dette tilsier at au pairen har betydelig dårligere lønnsvilkår enn det som er vanlig i Norge. Formålet som allmenngjøringsloven er ment å ivareta, er dermed ikke ivaretatt for au pairer.

⁹⁵ UDIs rundskriv nr. 15/2012 om au pair, vedlegg 1

⁹⁶ UDIs rundskriv pkt. 3.3.6 stiller krav om at vertsfamilien betaler for norskkurs

⁹⁷ 30 timer er maksimalt antall arbeidstimer per uke for en au pair, jf. UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.3 første ledd annet punktum

⁹⁸ Skattedirektoratet har myndighet til å fastsette satser for kost og losji i medhold av lov 17. juni 2005 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven) § 5-8 annet ledd, jf. skatteloven § 5-12 tredje ledd

⁹⁹ Oversikt over skattedirektoratets satser for kost og losji, se <https://www.skatteetaten.no/satser/kost-og-losji---sats-for-fordelsbeskatning/> (sist sjekket 02.12.18)

¹⁰⁰ Arbeidstilsynets oversikt over minstelønn for bransjer, se <https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/lonn/minstelonn/> (sist sjekket 02.12.18)

Dersom det gjennomføres arbeid ut over lovens grense for alminnelig arbeidstid, skal overtidsarbeidet betales med et lønnstillegg på minst 40 prosent, jf. aml. § 10-6 ellefte ledd. Det følger av hushjelpforskriften § 6 tredje ledd annet punktum at lønn for overtidsarbeid skal avtales særskilt.

Det er følgelig ingen regler som regulerer godtgjørelse for overtidsarbeid for au pairer, da det ikke er tillatt. JURK har imidlertid lagt til grunn at det er mange au pairer som arbeider utover au pair-ordningens begrensninger.¹⁰¹ Dersom au pairer mot formodning arbeider overtid, vil de imidlertid ikke kunne kreve overtidsbetaling fra vertsfamilien.

4.3.3 Regler om det psykososiale arbeidsmiljøet

I aml. § 4-3 stilles krav til det psykososiale arbeidsmiljøet. Det følger av første ledd at arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers ”integritet og verdighet ivaretas”. Det følger mer spesifikt av tredje ledd at arbeidstaker ikke skal utsettes for ”trakassering” eller ”annen utilbørlig opptreden”.

I hushjelpforskriften § 4 heter at arbeidsgiver må sørge for at arbeidstaker ikke utsettes for ”trakassering” eller ”annen utilbørlig opptreden”, og at hans eller hennes verdighet ikke krenkes. De samme vilkår følger av UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.2.4. Både arbeidsmiljøloven, hushjelpforskriften og UDIs rundskriv stiller dermed samme generelle krav for å beskytte det psykososiale arbeidsmiljøet, hvorav reglene i hushjelpforskriften og UDIs rundskriv om au pair er komprimert til én regel.

Ordet ”trakassering” er ikke legaldefinert i arbeidsmiljøloven. Det følger av lovens forarbeider at trakassering kan være ”(..)alt fra uvelkomne kommentarer om arbeidstakers kropp fra en arbeidskollega, til press om seksuelle tjenester fra en overordnet”.¹⁰² Det heter videre at regelen omfatter alle former for trakassering.

Ordlyden av ”annen utilbørlig opptreden” tilsier upassende oppførsel fra andre som arbeidstakeren møter på arbeidsplassen. Bestemmelsen peker ikke på et bestemt

¹⁰¹ JURK rapport (2012) s. 10

¹⁰² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 230

tilfelle, men gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering. Forhold som ikke regnes som direkte trakassering, men som ligger tett opp mot dette, er derfor nærliggende å rammes av vilkåret.

I aml. § 4-3 fjerde ledd heter det at arbeidstaker skal så langt det er mulig beskyttes mot ”vold”, ”trusler” og ”uheldige belastninger som følger av kontakt med andre”. Ordlyden av ”uheldige belastninger som følger av kontakt med andre” tyder på at arbeidsgivers plikt til å beskytte arbeidstaker er vidtrekkende.

Det kan ikke utledes spesifikke regler om beskyttelse mot vold, trusler og lignende fra verken hushjelpforskriften eller UDIs rundskriv om au pair. På tross av dette, er det psykososiale arbeidsmiljøet forsøkt ivaretatt ved å oppstille generelle regler. Det kan dermed legges til grunn at forhold som er nærliggende å rammes av vold, trusler eller uheldige belastninger som følger av kontrakt med andre, vil rammes av ordlyden i ”annen utilbørlig opptreden”.

4.3.4 Tvangsarbeid

Dersom negative forhold på arbeidsplassen påvirker arbeidstakere utover forhold som arbeidsmiljøloven dekker, er arbeidstakeres integritet beskyttet subsidiært av reglene som følger av straffeloven. Loven skal beskytte alle som oppholder seg i Norge, jf. strl. § 4 første ledd. Den gjelder således både for arbeidstakere og au pairer.

En sentral bestemmelse på det arbeidsrettslige området er strl. § 257 første ledd bokstav b om menneskehandel. Det følger av regelen at den som ved vold, trusler, misbruk av en sårbar situasjon eller annen utilbørlig atferd tvinger, utnytter eller forleder en person til ”arbeid eller tjenester”, straffes for menneskehandel med fengsel inntil 6 år.

Det følger av forarbeidene til strl. § 257 at den viderefører tidligere lov 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig Straffelov (videre straffeloven av 1902) § 224 første til tredje ledd.¹⁰³ Rettskilder som gjelder overtredelse av strl. § 224 første til tredje ledd er dermed relevant ved anvendelse av strl. § 257.

¹⁰³ Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) s. 421

I straffeloven av 1902 § 224 første ledd bokstav b uttrykket regelen ”tvangsarbeid”. I dagens regel brukes ikke termen ”tvangsarbeid” direkte, men regelen må leses slik at den omfatter tvang til arbeid.

I forarbeidene til straffeloven av 1902 § 224 første ledd følger det at i ”tvangsarbeid” ligger det at personen som utnyttes ikke har kommet frivillig inn i arbeidsforholdet, og/eller ikke har mulighet til å komme frivillig ut av det.¹⁰⁴ Forarbeidene gir videre eksempler på to tilfeller som typisk vil kunne rammes av regelen. Det ene eksempelet er personer som blir lokket med arbeid i et annet land, men arbeidskraften deres ender med å bli utnyttet fordi de ikke har lovlig opphold i landet og derfor havner i en sårbar situasjon. Det andre eksempelet er anskaffelse av hushjelp som verken får lønn eller får slutte i tjenesten når han eller hun ønsker. Eksemplene viser at i vurderingen av om arbeidstaker ”har mulighet til å komme frivillig ut av det” dekker tilfeller hvor konsekvensene av at arbeidsforholdet avvikles er så alvorlige at arbeidstakeren heller blir, på tross av om det foreligger en ren fysisk mulighet til å komme seg ut av det.

Eksemplene som er gitt i forarbeidene er situasjoner som kan ramme en au pair. Det forutsettes at en au pair har lovlig opphold. Oppholdstillatelsen er likevel tilknyttet arbeidstillatelsen, og ved brudd på kontrakten med vertsfamilien kan dette resultere i at kontrakten avsluttes og au pairen må reise ut av landet. Ettersom au pairene er i Norge for å arbeide, kan det legges til grunn at de har motivasjon for å være her. Det å risikere å bli sendt tilbake til hjemlandet ved å anføre brudd på kontrakten, tilsier derfor at au pairene havner i en sårbar situasjon. Hva gjelder det andre eksempelet, kan au pairen etter gjeldende ordning ha samme arbeidsoppgaver som en typisk hushjelp, herunder ”lettere husarbeid”.¹⁰⁵ Konsekvensene av at au pairen anfører brudd på au pair kontrakten og således brudd på vilkårene for oppholdstillatelse er derfor stor. Det er dermed nærliggende at terskelen er høy. Det må derfor kunne legges til grunn at au paires er i en utsatt posisjon hva gjelder tvangsarbeid i forhold til en ordinær arbeidstaker.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) s. 98

¹⁰⁵ UDIs rundskriv om au pair pkt. 3.3.4 annet ledd

I dommen fra Borgarting lagmannsrett i 2014 sto en vertsfamilie tiltalt for overtredelse av tidligere straffelov § 224 første ledd bokstav b. Dommeren ga uttrykk for at au pairesne var i en vanskelig og utsatt situasjon i Norge, som gjorde det utfordrende for dem å sette grenser for omfanget av sitt eget arbeid. Dommen resulterte likevel i frifinnelse av vertsfamilien, blant annet fordi au pairesne visste om muligheten til å bytte vertsfamilie og derfor hadde mulighet til å komme seg ut av forholdet. I tillegg kunne de reise hjem til Filippinene. Det at et slikt bytte har saksbehandlingstid og et gebyr kunne ikke være avgjørende.

I en dom avgjort av Høyesterett i 2017 var spørsmålet om to gartnere hadde utnyttet indiske sesongarbeidere på en slik måte at forholdet utgjorde grov menneskehandel til tvangsarbeid.¹⁰⁶ Førstvoterende uttalte at ”det vil kunne foreligge tvangsarbeid selv om vedkommende i og for seg ville ha kunnet bryte ut, dersom situasjonen realistisk bedømt likevel ga lite valg”.¹⁰⁷ Dommen viser at praksis er skjerpet i henhold til vurderingen om at arbeidstakeren har mulighet til å komme seg ut av avtaleforholdet. I samme avsnitt i dommen heter det at blant annet også arbeids- og lønnsforhold, samt maktbruk og ulike former for underordnings- eller avhengighetsforhold spiller inn på om det foreligger tvangsarbeid i straffelovens forstand.

4.4 Konsekvenser ved brudd på reglene fra vertsfamiliens og arbeidsgivers side

4.4.1 Regler om straffansvar for vertsfamilien og arbeidsgiver

En arbeidsgiver kan bli holdt strafferettslig ansvarlig dersom vedkommende bryter arbeidsmiljøloven, jf. aml. § 19 første ledd. Dette gjelder tilfeller hvor arbeidsgiver har opptrådt med forsett eller grov uaktsomhet, eller hvor situasjonen har resultert i fare for liv eller helse. Deler av loven er imidlertid unntatt å gjelde, herunder blant annet brudd på reglene om oppsigelse og avskjed, jf. aml. § 19 fjerde ledd. Reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 19 gjelder også for arbeidstakere som omfattes av hushjelpforskriften, jf. hushjelpforskriften § 15.

¹⁰⁶ HR-2017-1124-A

¹⁰⁷ HR-2017-1124-A, avsnitt 35

Det følger ikke tilsvarende regler av UDIs rundskriv om au pair. UDIs rundskriv om au pair er gitt i medhold av utlendl. § 26 første ledd bokstav a. Bestemmelsene som følger av utlendingsloven kan dermed anvendes i forbindelse med brudd på reglene som følger av rundskrivet.

I utlendl. § 108 tredje ledd følger det regler om straff som er aktuell å anvende som rettslig grunnlag overfor en vertsfamilie som har opptrådt urettmessig. I regelens bokstav a følger det regler om straff for den som forsettlig eller grovt uaktsomt har gjort bruk av utlendingens arbeidskraft, når utlendingen ikke har nødvendig tillatelse etter loven. Et eksempel på dette er å benytte seg av arbeidskraften til en au pair ved arbeid som går utover det UDIs rundskriv om au pair fordrer. Det stilles dermed tilsvarende strenge krav til straffansvar for arbeidsgivere etter arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften, og for vertsfamilier etter reglene i utlendingsloven.

4.4.2 Erstatningsansvar ved urettmessig oppsigelse

Dersom en oppsigelse er i strid med reglene som følger av aml. §§ 15-6 til 15-10, skal retten kjenne oppsigelsen ugyldig etter påstand fra arbeidstaker, jf. aml. § 15-12 første ledd. En oppsigelse kan dermed kjennes ugyldig blant annet dersom den ikke er saklig begrunnet i medhold av aml. § 15-7. Det følger av aml § 15-12 annet ledd at dersom oppsigelsen er i strid med aml. §§ 15-16 til 15-11, kan arbeidstaker kreve erstatning. Det må presiseres at et eventuelt erstatningsansvar forutsetter ikke at oppsigelsen kjennes ugyldig etter første ledd, og således at arbeidstakeren får stillingen tilbake. En arbeidstaker kan velge å kun kreve erstatning etter annet ledd.

I hushjelpforskriften § 12 er det ikke grunnlag for at retten kan kjenne en usaklig oppsigelse ugyldig. En rett for hushjelpen til å tre tilbake i stillingen i et privat hjem vil være inngripende i familiens privatliv. Regelen hjemler derfor kun retten til å kreve erstatning dersom oppsigelsen ikke er saklig.

Erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig, jf. aml. § 15-12 annet ledd og hushjelpforskriften § 12 annet punktum. Momentene som legges til grunn i vurderingen av erstatningsutmålingen er således tilsvarende for

arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften. De alminnelige erstatningsrettslige reglene oppstiller imidlertid et vilkår om at det må foreligge økonomisk tap for den som krever erstatningen.¹⁰⁸ De arbeidstakerne som omfattes av arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften har derfor et særskilt erstatningsvern, som skiller seg fra alminnelige erstatningsregler ved at det foreligger grunnlag for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap etter en skjønnsmessig, helhetlig vurdering.

I UDIs rundskriv om au pair er det ikke oppstilt bestemmelser som gir grunnlag for au parens eventuelle erstatningskrav som følge av en usaklig oppsigelse. Dette betyr at dersom au pairen blir sagt opp på urettmessig grunnlag, må vedkommende kreve erstatning på bakgrunn av de alminnelige erstatningsrettslige reglene. Dette bekreftes i dommen fra Oslo tingrett, hvor dommeren gir uttrykk for at dersom kontrakten hadde vært brutt fra vertsfamiliens side, kunne au pairen krevd erstatning etter reglene om kontraktsbruddansvar. En au pair har dermed et snevrere grunnlag enn en ordinær arbeidstaker til å anføre erstatningsansvar mot arbeidsgiver.

¹⁰⁸ Lødrup, Kjelland (2009), s. 53-54

5. Håndheving

5.1 Arbeidstilsynet

Reglene om tilsyn med arbeidsmiljøloven følger av arbeidsmiljøloven kapittel 18. I aml. § 18-1 første ledd heter det at Arbeidstilsynet fører tilsyn med at bestemmelsene i medhold av arbeidsmiljøloven blir overholdt. Det følger av aml. § 18-6 første ledd at Arbeidstilsynet kan blant annet gi pålegg og treffe enkeltvedtak som er nødvendig for gjennomføring av enkelte arbeidsrettslige regler.

Reglene i arbeidsmiljøloven gjelder for arbeidstakere i ”virksomhet”, jf. aml. § 1-2 første ledd. Dette innebærer at tilsyn i private hjem faller utenfor Arbeidstilsynets arbeidsoppgaver. Begrunnelsen for at Arbeidstilsynet ikke fører tilsyn med private hjem synes å være hensynet til familiens privatsfære. Det å ta seg inn i en virksomhet uanmeldt kan ikke likestilles med å ta seg inn i et privat hjem, i medhold av retten til respekt for privatliv og familieliv.¹⁰⁹ Da det ikke finnes et tilsvarende kontrollorgan for arbeid i private hjem, foreligger det større risiko for utnyttelse av arbeidstakere som arbeider i arbeidsgivers hjem.

Det foreligger imidlertid tungtveiende hensyn som tilsier at man fra samfunnet side i enkelte tilfeller kan gjøre inngrep i borgernes rett til privatliv og familieliv. I Norge har barnevernet som hovedoppgave å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp, omsorg og beskyttelse til rett tid, jf. lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (videre barnevernloven eller bvl.) § 1-1 første punktum. Barn under 18 år har et særlig behov for beskyttelse, da de ikke har samme forutsetninger som voksne for å beskytte seg selv og/eller komme i kontakt med andre dersom de trenger hjelp. Uten sammenligning for øvrig, står også au pairer i en særstilling. De er ikke kjent med den norske arbeidskulturen og regelverket for øvrig. En au pair er i tillegg eneste arbeidstaker hos vertsfamilien, og har begrensede rettigheter.¹¹⁰ De vil dermed ikke ha samme forutsetninger som en ordinær arbeidstaker til å nå ut til aktuelle institusjoner og skaffe hjelp. Likevel finnes det ikke et kontrollorgan for au pairer som håndhever au pair-ordningen.

¹⁰⁹ Se lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven) § 102

¹¹⁰ Se momenter under pkt. 4 i denne oppgaven

6. Konklusjon

I løpet av sitt opphold i Norge vil au pairer befinne seg i en parallell arbeidssituasjon som en ordinær arbeidstaker. På tross av dette, foreligger det ubegrunnede avvik mellom rettsvernet til en au pair og en ordinær arbeidstaker. Personer som vernes av arbeidsmiljøloven har således et særskilt stillingsvern, som etter dagens regler ikke beskytter au pairer i arbeid.

7. Selvstendige vurderinger – de lege ferenda

En au pair bor hos en norsk vertsfamilie, som etter UDIs rundskriv om au pair skal bidra til at au pairen blir kjent med den norske kulturen. Forholdet mellom au pairen og vertsfamilien blir derfor personlig, sammenlignet med et ordinært arbeidsforhold. Det er derfor klart at au pair-ordningen skiller seg fra ordinære arbeidsforhold, hvor partene møtes på en arbeidsplass i et begrenset tidsrom.

I dommen fra Oslo tingrett ga dommeren uttrykk for at særtrekkene ved et au pair-forhold tilsier at au paires ikke skal gis et like sterkt oppsigelsesvern som arbeidstaker i et ordinært arbeidsforhold. Menneskelige forhold skal imidlertid vektlegges sterkt i arbeidsretten. Det er således nærliggende å vurdere om nettopp det potensielt nære og personlige tillitsforholdet som oppstår mellom au pairen og vertsfamilien tilsier at au pairen skal inneha rettsvern som en arbeidstaker, på tross av om rettsvernet ivaretas i ulike regelsett.

En au pair vil ikke ha mulighet til å benytte seg av tillitspersoner på arbeidsplassen eller oppleve et kollektivt samhold som i en virksomhet. Dette taler også for at en au pair som et minimum bør inneha tilsvarende rettsvern som en ordinær arbeidstaker.

Formålet med denne oppgaven var å kunne påvise ubegrunnede avvik mellom vernet til en au pair og en vanlig arbeidstaker, for deretter å eventuelt kunne foreslå tiltak for å forbedre au paires rettsvern. Jeg har konkludert med at det foreligger ubegrunnede avvik på flere av arbeidsrettens områder.¹¹¹ De aktuelle tiltakene for å forbedre au paires rettsvern vil derfor redegjøres for i det følgende.

Det foreligger strenge vilkår for arbeidsinnvandring for statsborgere utenom EU-, EØS- og Schengen-samarbeidet.¹¹² Det er således lite sannsynlig at det utarbeides en ordning for ufaglært arbeidsinnvandring for personer fra land utenom EU-, EØS- og Schengen-samarbeidet. På grunnlag av dette ser jeg det ikke som ønskelig å avskaffe au pair-ordningen. De tiltakene som vil redegjøres for i det følgende omhandler derfor

¹¹¹ Se konklusjon under pkt. 6 i denne oppgaven

¹¹² jf. utlendingsforskriften § 6-1, jf. utlendl. § 23

endringer for å forbedre rettsvernet til au pairer som omfattes av dagens au pair-ordning.

En au pair bor hos vertsfamilien, og er i realiteten disponibel for vertsfamilien når han eller hun oppholder seg i huset, sml. aml. § 10-1 første ledd og hushjelpforskriften § 6 første ledd. Det er nærliggende at au pairen vil bidra med familiens daglige gjøremål, i lys av formålet om kulturutveksling. Dette regnes likevel ikke nødvendigvis som arbeid. I praksis synes derfor reglene om au paires arbeidstid å være noe av det mest utfordrende med au pair-ordningen. Dette viser seg også ved de formelle reglene. I UDIs rundskriv om au pair er blant annet reglene om arbeidsplan og nattarbeid både motstridende og synes ufullstendige. Det er således et klart behov for en tilstrekkelig beskyttelse av au pairene på dette punkt. Det bør derfor stilles krav om at au pairene har en bestemt arbeidstid i løpet av døgnet.

Dersom en au pair har arbeidet maksimalt antall timer per uke med minstelønn, tilsvarer dette kr 77,67 per time.¹¹³ Til sammenligning er det ingen av bransjene i Norge med regler om minstelønn, hvor denne er på under 125,94 kr for personer over 18 år som er ansatt over 6 måneder. Ordningen burde således inneha en høyere sats for minstelønn, enn hva som i dag følger av UDIs rundskriv om au pair vedlegg 1.

Under pkt. 4.3.4 om tvangsarbeid i denne oppgaven ble det konkludert med at au pairer befinner seg i en utsatt posisjon i henhold til tvangsarbeid. Regelen om tvangsarbeid som følger av strl. § 257 første ledd bokstav b har en streng ordlyd som stiller krav om forsett.¹¹⁴ Dette begrenser adgangen for au pairer til å fremme sitt krav. Regelen burde skrives om til også å ramme tilfeller av uaktsomhet. På denne måten vil den ramme forhold hvor arbeidsgiver forsto eller burde ha forstått at au pairen oppfattet situasjonen som en tvangssituasjon. En slik regel kan bidra til å forbedre rettsvernet til både au pairer og andre grupper arbeidere som er utsatt for en tilsvarende kompleks arbeidssituasjon.

¹¹³ Inkludert verdien av bolig og underhold

¹¹⁴ Regelen stiller krav om at gjerningspersonen "(..)ved vold, trusler, misbruk eller annen utlørlig atferd tvinger, utnytter eller forleder en person til(..)"

Både au pairer og vanlige arbeidstakere beskyttes av preseptoriske regelverk. Dette innebærer at arbeidsgiver ikke kan utarbeide avtaler som strider mot verken arbeidsmiljøloven, hushjelpforskriften eller UDIs rundskriv om au pair, dersom forholdet i realiteten er et arbeidsforhold. Når reglene som omfatter au pair-ordningen ikke håndheves, faller imidlertid deler av formålet med å beskytte au pairen ved preseptoriske regelverk bort. Det burde derfor opprettes et håndhevingsapparat, som aktivt sørger for at rettighetene til arbeidstakere i arbeidsgivers hjem blir ivaretatt.

UDI sitter med omfattende kompetanse på utlendingsrettens område. UDI har både utarbeidet regelverket for au pairer, og har ansvar for å både innvilge og fatte vedtak om tilbakekall av oppholdstillatelse. Det er således hensiktsmessig at apparatet er utledet av UDI.

Håndhevingsapparatet bør i første omgang fungerer som en rådgiver. På denne måten kan vertsfamilien og au pairen få muligheten til å rette opp eventuelle feil og deretter gjennomføre ordningen i henhold til UDIs rundskriv om au pair, før det eventuelt blir fattet vedtak om tilbakekall av oppholdstillatelse.

For at håndhevingsapparatet skal bli klar over eventuelle feil og mangler i au pair-forholdet innebærer dette at de må ha rett til å føre tilsyn. Både hushjelpforskriften og UDIs regelverk om au pair bør regulere dette, slik at en familie som ansetter i sitt eget hjem vil måtte akseptere tilsyn. Retten til privat- og familieliv må imidlertid være i behold på en forsvarlig måte, i tillegg til at samfunnsøkonomiske interesser må ivaretas. Det bør derfor ikke føres uanmeldt tilsyn mer enn én gang i løpet av au paires opphold i Norge, som er maksimalt to år.

Dersom det er uenighet mellom au pairen og vertsfamilien, bør det også være et obligatorisk forsøk på konfliktløsning før au pair-forholdet avsluttes. UDIs nettsider har informasjon til au pairer som skal arbeide i Norge, hvor det blant annet er vist til organisasjonen Caritas.¹¹⁵ Caritas gir informasjon og veiledning for au pairer og vertsfamilier, i tillegg til å bidra med konfliktløsning mellom partene.¹¹⁶ En

¹¹⁵ UDIs informasjon til au pair på nettsidene, se <https://www.udi.no/har-fatt-svar/au-pair/> (sist sjekket 02.12.18)

¹¹⁶ Caritas nettsider, se <https://www.caritas.no/au-pair-senter/> (sist sjekket 02.12.18)

organisasjon som Caritas kan således utgjøre et meklingsråd hvor det har oppstått konflikt, ettersom at organisasjonen har erfaring med au pairer i Norge og kjenner til de mest relevante problemstillingene. Dersom konflikten ikke blir løst etter mekling, kan au pair-forholdet avvikles.

I praksis vil det være utfordrende for au pairer å påberope seg rettighetene sine, på grunn av en grunnleggende utfordring med au pair-ordningen. Dersom au pairen påberoper seg rettigheter som går utover det UDIs standardkontrakt om au pair fordrer, tilsier dette at det foreligger brudd på oppholdstillatelsen. Et kontraktsbrudd kan således resultere i at au pairen må reise ut av Norge, hvilket ikke nødvendigvis er ønskelig. En au pair kan velge å bytte vertsfamilie, men dette vil koste au pairen kr 5400 og er således ikke aktuelt for alle au pairer. Prisen for å bytte vertsfamilie bør derfor settes ned, da flere av au pairene kommer fra land med betydelig lavere kostnadsnivå enn Norge, som for eksempel Filippinene. Dersom au pairen er ansvarlig for kontraktsbruddet, er det hensiktsmessig at vedkommende betaler for bytte av vertsfamilie. I tilfeller hvor vertsfamilien er ansvarlige for kontraktsbruddet, bør imidlertid vertsfamilien betale for et eventuelt bytte.

I tilfeller hvor vertsfamilien vil si opp au pairen, mangler au pairen rett til et drøftelsesmøte i forkant av oppsigelsen. Dette gjelder på tross av at det i forarbeidene til arbeidsmiljøloven er pekt på møtets sentrale funksjon for at saklighetskravet i det hele tatt skal være oppfylt. Det bør således stilles krav om at au pairen har rett på drøftelsesmøte.

I tillegg har au pairene en kortere oppsigelsesfrist enn vanlige arbeidstakere, som gjør at de får mindre tid til å omstille seg. Gode grunner taler for at en au pair som et minimum skal ha tilsvarende oppsigelsestid som en arbeidstaker, fordi au pairen eventuelt må finne en ny vertsfamilie. Oppsigelse i et au pair-forhold bør derfor ha samme oppsigelsesfrist som en arbeidstaker i et ordinært arbeidsforhold.

Dersom au pairen blir sagt opp på urettmessig grunnlag, kan vedkommende kreve erstatning. Det er imidlertid høyere terskel for at au pairer når frem med sitt krav om erstatning for ulovlig oppsigelse, enn for en ordinær arbeidstaker. En au pair må kreve erstatning i medhold av alminnelige erstatningsrettslige regler, hvorav en

arbeidstaker kan kreve erstatning for ikke-økonomisk tap basert på en skjønnsmessig vurdering etter arbeidsmiljøloven eller hushjelpforskriftens egne regler. En au pair bør likestilles med arbeidstakere etter både arbeidsmiljøloven og hushjelpforskriften, slik at au pairer også kan kreve erstatning for ikke-økonomisk tap.

8. Kildeliste

Lover

Lov 15.04.1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL 5-1-2)

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven)

Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven av 1902)
(*opphevet*)

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 31. mai 1963 nr. 3 om arbeidsvilkår for hushjelp (hushjelploven) (*opphevet*)

Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 04. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven av 1977) (*opphevet*)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester (barnevernloven)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomisk samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 04. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven)

Endringslov 06. januar 1995 nr. 2 om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 3 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven)

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (videre plan- og bygningsloven eller pbl.)

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Forskrifter

Forskrift 05. juli 2002 nr. 716 om husarbeid, tilsyn og pleie i privat arbeidsgivers hjem eller hushold (hushjelpforskriften)

Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1258 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)

Forskrift 26. mars 2010 nr. 488 om byggesak (byggesaksforskriften/SAK10)

Forskrift 19. juni 2017 nr. 840 om tekniske krav til byggverk (byggeteknisk forskrift/TEK17)

Forarbeider mv.

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) Om lov om endringer i lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.)

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (lovtiltak mot organisert kriminalitet og menneskehandel, gjengangerstraff mv.)

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget: Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Prop.97 L (2009-2010) Endringer i straffeloven 1902 mv. (skjerping av straffen for drap, annen grov vold og seksuallovbrudd)

Prop.154 L (2012-2013) Endringer i utlendingsloven (misbruk av aupairordningen mv.)

NOU 2016:15 Lønnsdannelsen i lys av nye økonomiske utviklingstrekk

Representantforslag 54 S (2016-2017) fra stortingsrepresentantene Kirsti Bergstø og Karin Andersen 23. februar 2017, om avvikling av au pair ordningen og strengere reaksjoner mot vertsfamilier som utnytter au pairer

Høyesterettspraksis

Rt. 1933 s. 207 (Eskedommen)

Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware-dommen)

Rt. 1991 s. 616 (Gatekjøkken-dommen)

Rt. 2013 s. 354 (Avlaster-dommen)

Rt. 2009 s. 685

HR-2017-1124-A

Underrettspraksis

TOSLO-2007-130127, Oslo tingrett

LB-2014-9300-1, Borgarting Lagmannsrett

Forvaltningspraksis

UDI rundskriv nr. 15/2012 om oppholdstillatelse til au pair – utlendingsloven § 26 første ledd bokstav a, jf. utlendingsforskriften § 6-25 (UDIs rundskriv om au pair)

UDI rundskriv nr. 15/2012 om oppholdstillatelse til au pair – utlendingsloven § 26 første ledd bokstav a, jf. utlendingsforskriften § 6-25, vedlegg 1 – sats for norskkurs og lømmepenger/lønn for au pair

Internasjonale konvensjoner

European Treaty Series No. 68, on Au Pair Placement, 1969

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)), 1966

Universal Declaration of Human Rights (FNs verdenserklæring om menneskerettigheter) 1948

European Declaration of Human Rights (den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)), 1950

Internasjonal rettspraksis

EU-domstolens avgjørelse 24. januar 2008, sak C-294/06, Payir, Akyuz and Ozturk v. Secretary of State for the Home Department

Juridisk litteratur

- Eckhoff, Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo, 2001
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo, 2006
- Jakhelln, Aune (2007) Jakhelln, Henning og Aune, Helga, *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon*, 2. utgave, Oslo 2007
- Lødrup, Kjelland (2009) Lødrup, Peder og Kjelland, Morten, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave, Oslo, 2009
- Boe (2010) Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss – juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo, 2010
- Hotvedt (2012) Hotvedt, Marianne Jenum, ”Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, bind 6, 2012, s. 142-143
- Jakhelln, Aune (2013) Jakhelln, Hennig og Aune, Helga, ”Betenkning om au-pairenes arbeidsrettslige stilling – krav på lønn for utført arbeid, *Kvinnerettslig skriftserie nr. 92*, 2013, s. 1-3
- Fanebust (2015) Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett – den individuelle del*, 4. utgave, Bergen, 2015
- Høgberg (2015) Høgberg, Alf Petter, ”Avtaletolkning – om forutberegnelighet og rimelighet i nordisk tradisjon”, *Aftaleloven 100 år*, 2015, s. 153-162

Øvrige kilder

- JURK rapport (2012) JURK rapport v/ Lene Løvdahl, ”Au pairer i Norge – Rettigheter og rettighetsinformasjon, 2012

UDIs utdanningstillatelser etter statsborgerskap og type tillatelser

<https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utdanningstillatelser-etter-statsborgerskap-og-type-tillatelse-2017/> (sist sjekket 02.12.18)

UDIs standardkontrakt om kulturutveksling mellom au pair og vertsfamilie

<https://www.udi.no/globalassets/global/skjemaer/kontrakt-au-pair-contract-au-pair-be.pdf> (sist sjekket 02.12.18)

JURKs nettsider, om JURK

www.jurk.no/om-jurk (sist sjekket 02.12.18)

Oversikt over skattedirektoratets satser for kost og losji

<https://www.skatteetaten.no/satser/kost-og-losji---sats-for-fordelsbeskatning/> (sist sjekket 02.12.18)

Arbeidstilsynets oversikt over minstelønn for bransjer

<https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/lonn/minstelonn/> (sist sjekket 02.12.18)

UDIs informasjon til au pair på nettsidene

<https://www.udi.no/har-fatt-svar/au-pair/> (sist sjekket 02.12.18)

Caritas nettsider, om Caritas

<https://www.caritas.no/au-pair-senter/> (sist sjekket 02.12.18)