

Kristin Alsos, Stein Evju og Anne Mette Ødegård

Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping

Kristin Alsos, Stein Evju og Anne Mette Ødegård

Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping

© Fafo 2008
ISSN 0804-5135

Innhold

Forord	5
1 Innledning	7
1.1 Tema og avgrensninger	8
1.2 Tjenestedirektivets bakgrunn og målsetting	9
2 EØS-retten og nasjonale reguleringer i arbeidslivet	11
2.1 Tjenestereglene i EØS-området	11
2.2 Utstasjoneringsdirektivet og den norske gjennomføringen	12
2.3 Tjenestedirektivet og arbeidsrettsområdet	13
3 Regjeringens handlingsplan mot sosial dumping	15
3.1 Tiltak knyttet til allmenngjøringsloven	15
3.1.1 Styrking av Arbeidstilsynets sanksjonsmidler	16
3.1.2 Innsynsrett for tillitsvalgte	18
3.1.3 Utvidet ansvar for oppdragsgiver	21
3.2 Øvrige tiltak	23
3.2.1 Endringer i regelverket for inn- og utleie av arbeidskraft	23
3.2.2 Krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anbudprosesser	26
3.2.3 Id-kort i byggenæringen	29
3.2.4 Tiltak rettet mot «kontraktørvirksomhet» og enmannsfirmaer	31
4 Tjenestedirektivet og handlingsplanen mot sosial dumping	32
4.1 Unntaksreglene – oversikt og sammenheng	32
4.2 Regelstrukturen	34
4.2.1 Utstasjoneringsdirektivets forrang	34
4.2.2 «Arbeidsrettsunntaket»	34
4.2.3 Vikarbyråunntaket	35
4.2.4 Sammenfatning	36
4.3 Direktivet og handlingsplanens ulike tiltak	36
4.3.1 Godkjenningsordning for vikarbyråer/bemanningsforetak og vilkår for inn- og utleie av arbeidskraft	37
4.3.2 Styrking av tilsynsmyndighetenes virke- og sanksjonsmidler	37
4.3.3 Informasjonsplikt, påseplikt og innsynsrett	37
4.3.4 Id-kort i byggenæringen	38
4.3.5 Kontraktsklausuler om lønnsvilkår og «kontraktører»	38
4.4 Sammenfatning	40
Referanser	41

Forord

Nærings- og handelsdepartementet har bedt Fafo om en vurdering av hvilke konsekvenser tjenstedirektivet kan ha for arbeidet mot sosial dumping, som i denne sammenhengen er definert som regjeringens handlingsplan mot sosial dumping. Spørsmålet som skal besvares er dermed om regulerings- og kontrolltiltakene i handlingsplanen kan gjennomføres og/eller videreføres hvis tjenstedirektivet gjøres til en del av EØS-avtalen. Det ligger derfor i hovedsak utenfor rammen av utredningen å drøfte det generelle EØS-regelverket, unntatt der det knytter seg direkte til hovedproblemstillingen (se tema og avgrensninger i avsnitt 1.1).

Fafo har laget denne utredningen i samarbeid med professor Stein Evju ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.

Niklas Bruun, professor ved Institutt for privatrett, Helsingfors universitet og Jonas Malmberg, professor ved Juridiska fakulteten, Uppsala universitet, har fungert som referansegruppe. Det vil si at disse to har vært med i diskusjonen om hvordan oppdraget skulle løses, og de har i tillegg kommentert et endelig utkast til utredning. Ved Fafo har Jon M. Hippe, Line Eldring og Jon Erik Dølvik bistått gjennom prosessen.

Anne Mette Ødegård har fungert som prosjektleder og har sydd de ulike delene av utredningen sammen. Hun har hovedansvar for kapittel 1 og 2. Kristin Alsos har skrevet kapittel 3 og Stein Evju kapittel 4.

Oslo, 29. februar 2008

Kristin Alsos, Stein Evju og Anne Mette Ødegård

1 Innledning

I EØS-området er regulering av lønns- og arbeidsvilkår i hovedsak et nasjonalt ansvar. Lønn, organisasjonsfrihet og arbeidskampsspørsmål er eksempler på områder der fellesskapet ikke har noen direkte reguleringskompetanse. På de feltene man har felles regelverk, er hovedregelen at fellesskapet fastsetter minstestandarder, og at det enkelte land kan ha høyere standarder. EUs indre marked, med blant annet fri bevegelse av tjenester, sikrer tjenesteytters rett til å levere tjenester i hele EØS-området. Etter EF-traktatens artikkel 49 (EØS-avtalens artikkel 36) er det forbud mot restriksjoner som hindrer fri utveksling av tjenesteytelser innenfor fellesskapet. Forholdet mellom den frie bevegelsen av tjenester og nasjonale reguleringer på arbeidslivets område er grunnlaget for de problemstillingene som drøftes i denne utredningen.

Tjenstedirektivet¹ er et ledd i et bredere arbeid med å utvikle dette indre markedet, med bakgrunn i Lisboa-prosessen fra 2000.² Direktivet har som formål å gjøre det lettere for tjenesteytere å etablere seg og tilby tjenester over landegrensene, og skal samtidig sikre høy kvalitet på tjenestene i EØS-området, jf. artikkel 1 nr. 1. Det ble endelig vedtatt 12. desember 2006 og skal gjennomføres i medlemslandene innen 28. desember 2009. I EØS-komiteen må EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein vurdere om tjenstedirektivet er EØS-relevant og akseptabelt for innlemmelse i EØS-avtalen.

EUs utvidelse med ti nye medlemsland fra 1. mai 2004 medførte en rekke spørsmål knyttet til mulig arbeids- og tjenestevandring fra de nye medlemslandene. Utvidelsen har resultert i en omfattende arbeids- og bedriftsvandring til Norge, spesielt fra Polen og de tre baltiske landene (Estland, Latvia og Litauen). Det ble innført overgangsordninger for den frie bevegelsen av arbeidskraft fra de åtte østeuropeiske medlemslandene. Overgangsordningene stiller krav om arbeidstillatelse og norske lønns- og arbeidsvilkår for å arbeide i Norge.³ Når det gjelder fri bevegelse av tjenester, som er temaet i denne utredningen, var det ikke adgang til å innføre overgangsregler. Det betyr at når et utenlandsk firma medbringer sine egne arbeidstakere for å utføre et oppdrag i Norge, så er ikke disse arbeidstakerne omfattet av overgangsreglene. De er på midlertidig tjenesteoppdrag i et annet EØS-land, og dermed omfattet av EØS-reglene om fri bevegelse av tjenester.

Tjenstedirektivet innebærer ingen nye målsettinger for det indre markedet, men inneholder et sett virkemidler for å virkeliggjøre målsettingene. Et første forslag til direktiv ble fremmet av EU-kommisjonen i januar 2004, altså bare noen måneder før EU-utvidelsen den 1. mai samme år. Forslaget ble sterkt omstridt på flere områder. Noe av motstanden var begrunnet i usikkerhet overfor og skepsis til et mulig press på arbeids- og tjenestemarkeder i de daværende medlemslandene. Dette hadde sin bakgrunn i frykt for at tjenstedirektivet skulle begrense handlingsrommet for nasjonal arbeidsrettslig regulering. Det første direk-

¹ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF om tjenesteytelser i det indre marked.

² På Det europeiske rådsmøtet i Lisboa i 2000 vedtok EU-landene en strategi for å gjøre EU til verdens mest konkurransekraftige, kunnskapsbaserte økonomi på et bærekraftig og sosialt grunnlag innen 2010. Den fikk navnet Lisboa-prosessen.

³ Dette er regulert i lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 (utlendingsloven) med tilhørende forskrift. Overgangsordningene må avvikles senest 30. april 2009. Bulgaria og Romania ble en del av EØS-området fra 1. august 2007 og er også omfattet av overgangsordningene.

tivforslaget ble imidlertid gjenstand for en omfattende behandling og betydelige endringer, blant annet i de bestemmelsene som knytter seg til arbeidsrettslige spørsmål. I den endelige direktivteksten fra desember 2006 ble det stadfestet et generelt unntak for arbeidsrett og grunnleggende rettigheter, unntak for tjenester fra vikarbyråer og klargjøringer/unntak når det gjaldt offentlig sektor. Ett omstridt tema i den politiske behandlingen var det såkalte opprinnelseslandsprinsippet. Kort sagt innebar prinsippet at tjenesteyter utelukkende skulle være underlagt opprinnelseslandets (hjemlandet) regler, og opprinnelseslandet hadde ansvaret for kontrollen med tjenesteyter og tjenestene, også når de ble utført i en annen medlemsstat (Arnesen 2006). Dette prinsippet kan sammenliknes med det regelverket som gjelder for fri flyt av varer. Opprinnelseslandsbegrepet er tatt ut av den endelige direktivteksten.

Diskusjonen om tjenstedirektivet og de «gamle» medlemslandenes frykt for sosial dumping gjorde seg også gjeldende i Norge. Den kom blant annet til uttrykk i regjeringens politiske plattform (Soria Moria-erklæringen),⁴ der det heter at «Regjeringen vil arbeide for at EU ikke gjennomfører et tjenstedirektiv som fører til sosial dumping».

Som nevnt førte EØS-utvidelsen til en omfattende arbeids- og bedriftsvandring til Norge. Bruken av østeuropeisk tjenstearbeidskraft, med mange eksempler på dårlige lønns- og arbeidsvilkår, var en viktig årsak til at regjeringen la fram sin handlingsplan mot sosial dumping, 1. mai 2006. Målet med handlingsplanen er å sikre at alle arbeidstakere som kommer hit – inklusive arbeidstakere på tjenesteoppdrag – tilbys ordnede lønns- og arbeidsvilkår.

Sosial dumping er ikke et rettslig begrep og heller ikke noe entydig begrep. I Stortingsmelding nr. 2 (2005–2006) har regjeringen definert det på følgende måte:

Etter Regjeringens vurdering er det sosial dumping av utenlandske arbeidstakere både når de utsettes for brudd på helse-, miljø- og sikkerhetsregler, herunder regler om arbeidstid og krav til bostandard, og/eller når de tilbys lønn og andre ytelser som er uakseptabelt lave sammenliknet med hva norske arbeidstakere normalt tjener eller som ikke er i tråd med allmenngjøringsforskrifter, der slike gjelder.

Bruken av begrepet «sosial dumping» i dette notatet relaterer seg til denne definisjonen.

1.1 Tema og avgrensninger

Mandatet for denne utredningen er å vurdere hvilke konsekvenser tjenstedirektivet kan ha for regjeringens handlingsplan mot sosial dumping. Det omfatter både gjeldende og foreslåtte reguleringer og kontrolltiltak. Hovedspørsmålet er om tjenstedirektivet innebærer nye restriksjoner sammenliknet med dagens situasjon.

Handlingsplanen mot sosial dumping omfatter en rekke tiltak av til dels ulik karakter. Enkelte tiltak tar sikte på å effektivisere arbeidet mot sosial dumping ved å samordne forvaltningens arbeid og styrke samarbeidet mellom myndighetene og partene i arbeidslivet. Videre er det lagt opp til økte ressurser til tilsynsorganene – Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet – og til en styrking av statistikk- og analysegrunnlaget. Disse tiltakene fører ikke til problemer i den sammenhengen som er tema her. Det samme gjelder handlingsplanenes skisserte tiltak

⁴ Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005–2009, 13. oktober 2005.

for kystfarten (krav om arbeids- og oppholdstillatelse for sjøfolk) og landbruket (informasjon og tilsyn). Vi går derfor ikke nærmere inn på disse tiltakene.

De øvrige tiltakene i handlingsplanen er bygget på, eller må forankres i, lovgivning. Det er dessuten tale om tiltak som vil omfatte hele eller større deler av arbeidsmarkedet. I hovedsak er det nødvendige lovgrunnlaget lagt, gjennom lovendringer og forskriftsverk, men ikke alle tiltakene er satt i verk ennå. Tiltak som er omfattet av denne utredningen er:

- tilsynsmyndighetenes kontrollvirksomhet med hjemmel i allmenngjøringsloven
- tillitsvalgtes innsynsrett i bedrifter som er omfattet av allmenngjøringsforskrifter
- oppdragsgivers informasjonsplikt om allmenngjøringsforskriftene og deres påseansvar for at kravene følges
- id-kort i byggebransjen
- obligatorisk godkjenningsordning for bemanningsforetak
- innstramming i reglene for utleie/innleie mellom produksjonsbedrifter
- krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i kommunale anbudprosesser (jf. ILO-konvensjon nr. 94).

I tillegg behandles forskrift om offentlige anskaffelser § 3-11 (4)⁵, som har en bestemmelse som har blitt omtalt som «antikontraktørklausulen». Den regulerer adgang til å benytte spesielle kontraktsvilkår i offentlige anbud om bygge- og anleggsarbeid. I forskriften heter det blant annet at oppdragsgiver kan sette som betingelse for gjennomføring av kontrakten at arbeidet utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt av underentreprenør og deres ansatte, eller ved bruk av lovlig innleid arbeidskraft. Bakgrunnen for å ta med denne bestemmelsen her, er at den har vært omdiskutert i forbindelse med tjensteddirektivet.

I kapittel 3 beskrives tiltakene i regjeringens handlingsplan mot sosial dumping, og i kapittel 4 drøftes tiltakene i forhold til tjensteddirektivets bestemmelser.

Om tjensteddirektivet innebærer nye restriksjoner sammenliknet med dagens situasjon, kan ikke ses helt uavhengig av sitt komplekse bakteppe, som handler om forholdet mellom EØS-retten og nasjonale reguleringer av lønns- og arbeidsvilkår. Dette beskrives kort i kapittel 2. Flere av tiltakene i handlingsplanen er knyttet til lov om allmenngjøring av tariffavtaler.⁶ Det redegjøres derfor kort om bakgrunnen for og hovedpunkter i allmenngjøringsloven i kapittel 3. Innledningsvis gis det en kort bakgrunn for tjensteddirektivet.

1.2 Tjensteddirektivets bakgrunn og målsetting

Tjenestenæringer er et betydningsfullt og voksende område, både i global og europeisk økonomi. I EØS-landene står tjenestenæringene for mer enn to tredjedeler av all verdiskaping, og

⁵ Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

⁶ Lov av 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

95 prosent av nyetablerte arbeidsplasser i EU-landene mellom 1997 og 2002 kom i tjenestesektoren. Bakgrunnen for tjenstedirektivet er problemene med å få til et reelt indre marked for tjenester.

Det er flere grunner til at tjenester ikke er like mobile som varer. For det første er tjenester ofte stedbundne, det vil si at de må utføres der hvor tjenestemottakeren er. Et forhold som henger sammen med det første punktet, er at språk, tillit og kultur som regel spiller en større rolle ved tjenesteyting enn ved varehandel. En tredje årsak, som EU-kommisjonen la stor vekt på da de la fram forslaget til direktivet, er at det finnes et utall nasjonale reguleringer som hindrer tjenesteflyt over grensene, blant annet autorisasjons- og godkjenningsordninger. Barrierene, som da i praksis fungerer som handelshindringer, kan være nasjonal lovgivning, praksis, lang saksbehandlingstid i byråkratiene og problemer med konsesjon og godkjenning. OECD har identifisert 1100 former for handelshindrende reguleringer, der brorparten er å finne i EU-landenes tjenestenæringer (Grünfeld 2004).

Målet med tjenstedirektivet er å fjerne flest mulig hindringer for å øke tjenestehandelen og konkurransen. Direktivet har regler om etablering, midlertidig tjenesteyting og administrativt samarbeid. Det skal bli enklere å etablere seg i en annen medlemsstat og enklere å tilby tjenester på tvers av landegrensene. Når det gjelder administrativt samarbeid, pålegges medlemslandene å rapportere om sine nasjonale krav. Dette skal gjøre det lettere for tjenesteyterne å få oversikt over hvilke krav som stilles i de ulike landene. Direktivet pålegger også landene administrativt samarbeid, for eksempel på tilsynsområdet. Direktivet bygger i stor utstrekning på EF-domstolens rettspraksis innenfor etableringsfrihet og fri utveksling av tjenester.

2 EØS-retten og nasjonale reguleringer i arbeidslivet

De alminnelige tjenestereglene i EU/EØS danner et bakteppe for tjenstedirektivets regler. Tjenstedirektivet må derfor fortolkes i lys av traktatreglene på dette området. Hovedspørsmålet i dette kapittelet er hvilke muligheter medlemsstatene har for nasjonal regulering av tjenstearbeidsmarkedet med dagens regelverk. På slutten av kapittelet gir vi en generell introduksjon til tjenstedirektivet og arbeidsrettsområdet.

2.1 Tjenestereglene i EØS-området

Fri bevegelse av tjenester er regulert i EF-traktatens artikkel 49. Hva som regnes som tjensteytelser er nærmere definert i artikkel 50. I EØS-avtalen finner man tilsvarende bestemmelser i artikkel 36 og 37. Artikkel 46 i traktaten (artikkel 33 i EØS-avtalen) omhandler krav til likebehandling og forbud mot nasjonalitetsdiskriminering, med strengt formulerte vilkår for unntak.

Den sentrale bestemmelsen i denne sammenhengen er EØS-avtalens artikkel 36 (nr. 1), som lyder:

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

Bestemmelsen innebærer et *diskrimineringsforbud*. Ifølge rettspraksis fra EF-domstolen kan diskriminering bare oppstå ved å bruke forskjellige bestemmelser på sammenliknbare situasjoner, eller bruke samme bestemmelser på forskjellige situasjoner.⁷ Diskriminerende tiltak kan bare tillates etter unntaksbestemmelsen i artikkel 33 i EØS-avtalen, der det heter:

[...] skal ikke hindre at bestemmelser om særbehandling av fremmede statsborgere får anvendelse når de er fastsatt ved lov eller forskrift og begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen.

Det er også, gjennom rettspraksis, etablert at artikkel 36 i EØS-avtalen inneholder et *restriksjonsforbud*. Det betyr at ordninger som virker restriktivt – hindrende eller begrensende – er forbudt. Man kan opprettholde restriksjoner for å ivareta «tvingende allmenne hensyn». Dette begrepet er forholdsvis vidt. En alminnelig oppfatning er at rent økonomiske, proteksjonistiske eller forvaltningsmessige hensyn ikke faller inn under begrepet. På den andre siden

⁷ Se for eksempel EF-domstolens dom i *Laval-saken* – sak C-341/05. *Laval und Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, dom 18. desember 2007. EFD 2007 I-00000, avsnitt 115.

vil for eksempel hensyn til vern av arbeidstakere, stabilitet i arbeidsmarkedet, arbeidsmiljø, helse og sikkerhet være relevante (Evju 2006, Hjelmeng og Kolstad 2006).

I tillegg må tiltakene vurderes i forhold til det såkalte *proporsjonalitetsprinsippet*. Det betyr at et tiltak må være egnet, og ikke gå lenger enn det som er strengt nødvendig for å oppnå målsettingen. Det er også slik at man må vurdere om målsettingen eventuelt kan nås på en måte som er mindre inngripende i retten til fri bevegelse.

Målsettingen med en *nasjonal* regulering av tjenestearbidsmarkedet er blant annet å sikre arbeidstakere som er på midlertidig oppdrag i et annet land. Dette forholdet reguleres i hovedsak av utstasjoneringdirektivet (jf. 2.2 nedenfor). Også utstasjoneringdirektivet må tolkes i lys av traktatens artikkel 49.⁸

2.2 Utstasjoneringdirektivet og den norske gjennomføringen

Den frie bevegelsen av tjenester inkluderer som nevnt arbeidstakere som er på midlertidig oppdrag, i forbindelse med tjenesteyting, i et annet EU-/EØS-land. Disse arbeidstakerne omtales som utstasjonerte eller utsendte arbeidstakere. Utstasjoneringdirektivet⁹ utgjør, sammen med traktatbestemmelsene, det rettslige rammeverket som regulerer medlemsstatenes muligheter for nasjonal regulering av tjenestearbidsmarkedet (Stensvik 2007).

Utsasjoneringdirektivet har en dobbel målsetting. I tillegg til å sikre fri bevegelse, skal det samtidig sikre arbeidstakere på oppdrag i et annet EØS-land de samme grunnleggende lønns- og arbeidsvilkår som i vertslandet (det landet de er på oppdrag i). I hovedsak skal vertsstatens rett være avgjørende med hensyn til å trekke skillet mellom hvem som regnes som arbeidstaker og hvem som regnes som selvstendig næringsdrivende, jf. artikkel 2 nr. 2.

Direktivet gir vertsstaten dels en *plikt* til å sørge for at visse nasjonale regler om arbeidsforhold gis anvendelse også for utstasjonerte arbeidstakere. Dels gis vertsstaten en *rett* til å gi andre nasjonale regler anvendelse. Etter direktivets artikkel 3 nr. 1¹⁰ skal utstasjonerte arbeidstakere være omfattet av regler som er fastsatt i lovgivning eller gjennom «allment gyldige tariffavtaler» om maksimal arbeidstid og minimum hviletid, ferie, minstelønn, helse og sikkerhet, beskyttelse av særskilte arbeidstakergrupper og likebehandling. I tillegg kan vertsstaten la nasjonale regler om minstelønn (herunder overtidbetaling) få anvendelse. Det gjelder også vilkår for utleie av arbeidstakere. Utover dette er vertsstatens adgang til å gjøre nasjonale regler om «arbeids- og ansettelsesvilkår» gjeldende for utstasjonerte arbeidstakere begrenset til regler som kan begrunnes i «tvingende offentlige interesser».¹¹ Direktivet skal imidlertid ikke være til hinder for at arbeidstakerne får gunstigere vilkår, for eksempel gjennom en arbeidsavtale med arbeidsgiveren, eller som de har krav på etter lovgivning i hjemstaten.¹²

⁸ Se spesielt EF-domstolens dom i *Laval*-saken, avsnitt 61. I denne dommen ble forholdet til utstasjoneringdirektivet (96/71/EF) og EF-traktatens artikkel 49 om fri bevegelse av tjenester drøftet.

⁹ Europaparlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF. Dette direktivet omtales også som utsendingdirektivet.

¹⁰ Jf. nr. 8 og 10.

¹¹ Jf. artikkel 3 nr. 10 første strekpunkt. I den norske oversettelsen er uttrykket «offentlig orden» benyttet. De ulike språkversjonene bruker ulike uttrykk, og rekkevidden av dem er ikke klar i alle henseender. Jf. Evju 2006 s.12, Evju 2008.

¹² Jf. artikkel 3 nr. 7 og fortolkningen av bestemmelsen i dommen *Laval*-saken, avsnitt 79–81.

Utstasjoneringdirektivet har også bestemmelser om samarbeid mellom statene, blant annet om informasjon, for å gjøre regelverket effektivt (artikkel 4). Statene pålegges å sørge for kontrolltiltak m.v. (artikkel 5).

I Norge ble utstasjoneringdirektivet gjennomført med et nytt kapittel XII B i arbeidsmiljøloven av 1977, som ble tilføyd i 2000. Denne loven er nå avløst av arbeidsmiljøloven av 2005.¹³ Her gir § 1-7 og tilhørende forskrift¹⁴ regler for utsendte arbeidstakere. Forskriften gjelder når utenlandsk virksomhet sender arbeidstakere til Norge i forbindelse med tjenesteyting, forutsatt at det foreligger et arbeidsforhold mellom den utenlandske virksomheten og den utsendte arbeidstakeren i utsendingsperioden, jf. forskriften § 1. Den gir bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår innenfor – og til dels utenfor – rammen i direktivets artikkel 3, med unntak av regler om lønn (Evju 2006, Evju 2008).

Som kjent er det ingen generell lovfestet minstelønn i Norge. Lønnsfastsettelsen er først og fremst et tema for forhandlinger mellom partene i arbeidslivet. Norske avtaler har imidlertid ingen automatisk virkning for utenlandske tjenesteytere og deres arbeidstakere. For å motvirke at utstasjonerte arbeidstakere gis dårligere vilkår enn det som er fremherskende i det norske arbeidsmarkedet, er det gitt muligheter for å allmenngjøre lønns- og arbeidsvilkår. Dette gjøres med grunnlag i allmenngjøringsloven. I utstasjoneringsforskriften § 2 andre ledd står det at dersom den utsendte arbeidstakeren arbeider innenfor et område der en tariffavtale er allmenngjort, skal de bestemmelsene i allmenngjøringsvedtaket som gjelder lønn eller arbeids- og ansettelsesvilkår, gjelde. Om det ikke gjelder forskrifter om lønn etter et slikt vedtak, og en virksomhet heller ikke er bundet av tariffavtale, er den alminnelige regel derimot at lønnen kan avtales fritt, for utstasjonerte likesom for norske arbeidstakere (Alsos og Ødegård 2007). Andre minimumsvilkår i utstasjoneringsforskriften vil imidlertid gjelde like fullt.

2.3 Tjenestedirektivet og arbeidsrettsområdet

I dette avsnittet gis det en generell introduksjon til forholdet mellom tjenestedirektivet og arbeidsrettsområdet. En mer inngående drøfting av dette området, i tillegg til de konkrete tiltakene i handlingsplanen mot sosial dumping, kommer vi tilbake til i kapittel 4.

Tjenestedirektivet omfatter i utgangspunktet hele området for tjenesteytelser i fellesskapsrettslig forstand. På grunn av dette har unntakene fra direktivet preget debatten. Dette gjelder ikke minst unntakene for arbeidsrettsområdet. Denne debatten hadde blant annet bakgrunn i at det fantes en rekke uklarheter og tolkningsspørsmål i det opprinnelige direktivforslaget.

Direktivet som ble vedtatt i desember 2006 har en omfattende regulering om unntak for arbeidsrettsområdets del. Det gjelder for det første de bredt formulerte unntaksbestemmelser i artikkel 1 nr. 6 og 7. I nr. 6 heter det at direktivet ikke berører arbeidsretten, med en utlegning av hva det siktes til med dette begrepet (se avsnitt 4.3.2). I artikkel 7 sies det blant annet at direktivet heller ikke berører retten til å forhandle om, inngå og håndheve tariffavtaler og retten til arbeidskamp i samsvar med nasjonal rett og praksis.¹⁵

¹³ Lov 17. juni 2005 nr. 62.

¹⁴ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

¹⁵ Fortalens pkt 13–15 knytter seg til disse bestemmelsene.

I tjenstedirektivets artikkel 3 gjøres det også unntak for spørsmål som omfattes av utstasjoneringsdirektivet gjennom en bestemmelse som gir dette forrang fremfor tjensteddirektivets regler.

Direktivets artikkel 16 har vært spesielt omdiskutert. Her pålegges statene til ikke å gjøre adgangen eller utøvelsen av tjensteytelser betinget av krav som er i strid med grunnleggende prinsipper. Det vil si at kravene ikke må virke diskriminerende, de må være «nødvendige» og i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. Videre er det i artikkel 16 nr. 2 listet opp en del krav som en medlemsstat ikke kan stille til en utenlandsk tjensteyter. Dette gjelder blant annet krav om forretningssted/kontor i vertsstaten, krav om offentlige tillatelser (herunder opptak i registre m.v.), krav om at tjensteyteren skal ha et «særlig identitetsbevis» og krav om særlige kontraktsmessige ordninger mellom yteren og tjenstemottakeren som hindrer eller begrenser at tjenester ytes av selvstendig næringsdrivende. Artikkel 17 nr. 2 i direktivet gir imidlertid en unntaksbestemmelse. Etter denne får artikkel 16 i sin helhet *ikke* anvendelse for spørsmål som er omfattet av utstasjoneringsdirektivets regler. I tillegg heter det blant annet i artikkel 16 nr. 3 at medlemsstatene ikke skal forhindres i å anvende sine regler om ansettelsesvilkår, herunder slike som er fastlagt i kollektive avtaler.

Det er også en lang rekke former for *tjensteytelser* som er uttrykkelig unntatt fra direktivets anvendelsesområde, jf. artikkel 2 nr. 2. Dette gjelder blant annet ikke-økonomiske tjensteytelser av allmenn interesse, finansielle tjenester (som for eksempel bank-, kreditt- og forsikringsvirksomhet og pensjonsordninger, verdipapirtjenester m.v.), elektroniske kommunikasjonstjenester og nettverk m.v., transporttjenester (herunder havnetjenester), helsetjenester, audiovisuelle tjenester, spill, nærmere angitt sosiale tjenester, private vakttjenester og virksomhet som er forbundet med utøvelse av offentlig myndighet.

Hver for seg kan disse unntaksbestemmelsene reise omfattende og vanskelige tolknings-spørsmål, men det er ikke tema her. Det er kun unntaket om tjensteytelser i forbindelse med vikarbyråer (bemanningsforetak) som er relevant for regjeringens handlingsplan mot sosial dumping. Dette vil bli behandlet nærmere i kapittel 4.

3 Regjeringens handlingsplan mot sosial dumping

Regjeringens handlingsplan mot sosial dumping består av en rekke tiltak, hvorav enkelte har trådt i kraft, mens andre kun er fremmet som forslag. Hvilke tiltak handlingsplanen omfatter, fremgår av St.meld. nr. 2 (2005–2006) Revidert nasjonalbudsjett 2006 s. 63–67. Her pekes det på at overgangsreglene for individuelle arbeidsinnvandrere vil utvikles senest 30. april 2009.¹⁶ Da vil det samme regelverket gjelde både for individuelle og utstasjonerte (utsendte) arbeidstakere – det vil si at det ikke stilles spesielle krav til lønns- og arbeidsvilkår utover det som følger av arbeidsmiljølovens bestemmelser og eventuelle allmenngjorte tariffavtaler. Regjeringen så det derfor nødvendig å iverksette «tiltak som på best mulig måte kan sikre likeverdige og ordnede forhold på det norske arbeidsmarkedet» (s. 63).

De tiltakene som omfattes av handlingsplanen, kan grupperes på ulike måter. For den videre diskusjonen her er det naturlig å dele dem i to hovedgrupper. Den første hovedgruppen omfatter tiltak som knytter seg spesielt til loven om allmenngjøring av tariffavtaler og tar sikte på å gjøre denne til et mer effektivt virkemiddel. Dette gjelder innsynsrett for tillitsvalgte, et utvidet ansvar for oppdragsgiver for å sikre at regelverket etterleves, og en styrking av tilsynsmyndighetenes virkemidler og sanksjoner. Den andre hovedgruppen omfatter id-kort i byggenæringen, endringer i regelverket for inn- og utleie av arbeidskraft, og krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i offentlige¹⁷ anbudsprosesser. I tillegg behandler vi her et tiltak som ikke er en del av regjeringens handlingsplan, men som har vært trukket fram som et virkemiddel for å motvirke lavlønnskonkurranse. Det gjelder bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-11 (4) om adgang til å stille som vilkår at arbeid skal utføres av ansatt eller lovlig innleid arbeidskraft – ofte kalt «antikontraktørklausulen».

3.1 Tiltak knyttet til allmenngjøringsloven

Lov om allmenngjøring av tariffavtaler trådte i kraft 1. januar 1994, samtidig med EØS-avtalen. Bakgrunnen var frykt for at en åpning av arbeidsmarkedet som følge av EØS-avtalen ville medføre at arbeidstakere fra EU-/EØS-området (særlig Spania og Portugal) ville ta arbeid i Norge til vilkår som var langt dårligere enn det som var vanlig på det norske arbeidsmarkedet.

¹⁶ Overgangsreglene stiller krav om at arbeidstakere fra landene Polen, Tsjekkia, Slovakia, Slovenia, Litauen, Latvia, Estland, Ungarn, Bulgaria og Romania må ha oppholdstillatelse med adgang til å arbeide for å kunne ta arbeid i Norge. Som vilkår for tillatelsen stilles det krav til at det kan fremlegges konkret tilbud om arbeid. Det må som hovedregel dreie seg om heltidsarbeid med lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke, se lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 58a jf. forskrift 21. desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 175 andre ledd.

¹⁷ I handlingsplanen mot sosial dumping er det krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i kommunale og fylkeskommunale anbudsprosesser som er tema. Lovendringen omfatter imidlertid også reguleringer for statlige anbudsprosesser som tidligere var omfattet av rundskriv fra Moderniseringsdepartementet nr. 2/2005.

Strømmen av utenlandske arbeidstakere uteble imidlertid, og loven ble ikke tatt i bruk før i forbindelse med EUs utvidelse 1. mai 2004.

Per i dag eksisterer det tre forskrifter som allmenngjør bestemmelser i tariffavtaler:

- Forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land av 26. juni 2006 nr. 703
- Forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen av 26. juni 2006 nr. 704
- Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge av 21. november 2006 nr. 1291

Det betyr at bestemmelser i Fellesoverenskomsten for byggfag mellom NHO/BNL og LO/Fellesforbundet er allmenngjort for hele landet, bestemmelser i Landsoverenskomsten for elektrofagene mellom NHO/TELFØ (nå Norsk Teknologi) og LO/EL & IT Forbundet er allmenngjort for byggeplasser i Osloregionen og for enkelte petroleumsanlegg på land, og bestemmelser i Verkstedsoverenskomsten mellom NHO/Norsk Industri og LO/Fellesforbundet er allmenngjort for enkelte petroleumsanlegg på land.

Begrepet «allmenngjøring» slik det brukes i norsk sammenheng, innebærer at en statlig oppnevnt nemnd – Tariffnemnda – vedtar at enkelte bestemmelser i tariffavtalene skal gjelde for alle arbeidstakere som arbeider innenfor et nærmere angitt område, og med nærmere angitte arbeidsoppgaver. Tariffnemnda er et forvaltningsorgan, og dens vedtak er rettslig sett forskrifter.

Formålet med allmenngjøringsloven er å sikre at utenlandske arbeidstakere får lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med norske arbeidstakeres vilkår, jf. loven § 1-1. Forutsetningen for å vedta allmenngjøring er at nemnda finner det sannsynliggjort at utenlandske arbeidstakere utfører arbeid på vilkår som samlet sett er påviselig dårligere enn hva som er fastsatt i landsomfattende tariffavtale for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Det er kun tariffavtalenes individuelle vilkår som kan allmenngjøres, og i sin praksis har Tariffnemnda kun inkludert enkelte vilkår i sine vedtak, i første rekke lønnsbestemmelser.

3.1.1 Styrking av Arbeidstilsynets sanksjonsmidler

Da allmenngjøringsloven ble vedtatt i 1993, vurderte man det som nødvendig å opprette en egen kontrollordning. Etterlevelsen av vedtak om allmenngjøring skulle sikres gjennom adgangen til boikott eller politianmeldelse fra berørte organisasjoner.¹⁸ Adgangen til boikott ved brudd på allmenngjøringsvedtak ble utvidet i forhold til det som for øvrig gjaldt etter boikottloven, og politianmeldelse kunne blant annet lede til foretaksstraff og/eller inndragning av fortjeneste. En lovendring i 2004 medførte at Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet fikk ansvar for å føre tilsyn med at lønns- og arbeidsvilkårene i de allmenngjorte tariffavtalene ble etterlevd, se allmenngjøringsloven § 8 første ledd.¹⁹ Lovendringen trådte i kraft 1. oktober 2004, det vil si før det første vedtaket om allmenngjøring fikk virkning. Til hjelp for tilsynenes arbeid ble det også vedtatt at alle som er underlagt tilsyn etter § 8, har plikt til å fremlegge opplysninger som anses nødvendige for utførelsen av tilsynet, se § 8 tredje ledd. Dersom tilsynene

¹⁸ Se Ot.prp. nr. 26 (1992–93), s. 25.

¹⁹ Jf. lov 2. juli 2004 nr. 66 om endringer i arbeidsmiljøloven m.v.

avdekker forhold som kan tyde på at allmenngjøringsforskriftene blir brutt, kan dette meldes til politiet, som da vil stå for videre etterforskning og eventuell straffeforfølgelse.

Som en del av regjeringens tiltak mot sosial dumping har Arbeidstilsynets og Petroleums-tilsynets kompetanse blitt utvidet på håndhevingssiden. Gjennom endring av allmenngjøringsloven har tilsynsetatene fått myndighet til å bruke sine ordinære virkemidler også med hensyn til håndhevelse etter allmenngjøringsloven.²⁰ Endringene innebærer at tilsynene med virkning fra 1. desember 2006 kan gi pålegg, sette nærmere vilkår i forbindelse med enkeltvedtak, fastsette løpende tvangsmulkt, og helt eller delvis stanse en virksomhets aktiviteter inntil pålegget er oppfylt.²¹ Pålegg som virkemiddel skal kun anvendes til å få arbeidsgiver til å fremlegge dokumentasjon på at lønns- og arbeidsvilkår er i tråd med allmenngjøringsforskriftene.²² Ved mangelfull betaling kan tilsynene altså ikke gi pålegg om oppfyllelse. Utenlandske arbeidstakere som har et lønnskrav mot sin arbeidsgiver er, i likhet med norske arbeidstakere, henvist til å reise søksmål for domstolene.

Både «tillitsvalgte» og oppdragsgiver skal gjøres kjent med pålegg og andre enkeltvedtak som tilsynene treffer. Dette følger av henholdsvis arbeidsmiljøloven § 18-6 (8) og allmenngjøringsloven § 8 andre ledd, siste punktum. Etter forarbeidene skal uttrykket «arbeidstakers tillitsvalgte» i denne sammenheng i praksis forstås som virksomhetens verneombud. Der det ikke finnes verneombud, skal en annen representant for arbeidstakerne på arbeidsplassen orienteres.²³ Bakgrunnen for at oppdragsgiver skal informeres er at denne typen vedtak kan ha betydning også for oppdragsgivers virksomhet.

Det fremkommer videre av arbeidsmiljøloven § 18-6 (2) at pålegg skal være skriftlige, og at det skal settes en frist for når de skal være utført. Pålegget skal inneholde bestemmelser som klageadgang, klagefrist og nærmere fremgangsmåte ved klage, samt retten til å se sakens dokumenter, jf. forvaltningsloven § 27. Vedtak som fattes av det lokale arbeidstilsyn kan påklages til Direktoratet for arbeidstilsynet, mens vedtak fattet av Direktoratet for arbeidstilsynet eller Petroleumstilsynet kan påklages til Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Om begrunnelsen for lovendringen heter det i Ot.prp. nr. 92 (2005–2006) s. 8:

Det kan [...] se ut til at boikott er et lite anvendelig virkemiddel av både praktiske og juridiske grunner. Når tilsynsetatene i tillegg erfarer at det er vanskelig å gjennomføre effektive tilsyn med at forskriftene etterleves uten å ha ytterligere virkemidler, må hensynet til å sikre et effektivt regelverk veie tungt.

Det er opp til tilsynene å avgjøre hvilket virkemiddel som skal brukes i det enkelte tilfellet. Tradisjonelt har stansing blitt ansett som et sekundært virkemiddel i forhold til tvangsmulkt, men forarbeidene åpner for at det ved overtredelse av allmenngjøringsloven kan vurderes å bruke stansing også som det primære virkemidlet. Bakgrunnen er at stansing kan være mer effektivt der arbeidsgiver ikke er tilgjengelig eller det er vanskelig å inndrive tvangsmulkt. Samtidig vil følgene av et stansingsvedtak for oppdragsgiver medføre at også denne presser på for å få den aktuelle arbeidsgiver til å bringe forholdene i tråd med allmenngjøringsloven.

²⁰ Jf. endringslov 24. november 2006 nr. 63. Se allmenngjøringsloven § 8 andre ledd, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6, (1), (2), (6), (7) og (8), samt §§ 18-7 og 18-8. En samtidig endring i utlendingsloven ga Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet mulighet for å bruke sine ordinære virkemidler i forbindelse med tilsyn med at vilkårene for arbeidstillatelse når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår og stillingens omfang følges i virksomhetene, se utlendingsloven § 11 a, andre og fjerde ledd.

²¹ Tilsynene kan også stanse arbeidet uten at pålegg er gitt dersom det foreligger overhengende fare. Dette synes imidlertid som lite aktuelt i relasjon til overtredelse av bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår.

²² Ot.prp. nr. 92 (2005–2006) s. 9.

²³ Samme sted.

Endringen av allmenngjøringsloven § 8 omfattet også en tilføyelse til nytt tredje ledd der det heter at opplysninger som anses nødvendige for tilsynet, kan kreves fra andre offentlige tilsynsmyndigheter uten hinder av den taushetsplikt som ellers gjelder, se andre punktum.

3.1.2 Innsynsrett for tillitsvalgte

I Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) ble det lagt fram et lovforslag som skulle gi tillitsvalgte rett til innsyn i underleverandørers lønns- og arbeidsvilkår. Dette gjelder der bedriftene utfører oppdrag innenfor et område dekket av et allmenngjøringsvedtak. Forslaget ble vedtatt gjennom en endring av allmenngjøringsloven § 8, og vil tre i kraft 14. mars 2008.²⁴ Fra samme dato vil forskrift 22. februar 2008 (foreløpig unummerert) om informasjons- og påseplikt og innsynsrett tre i kraft.

Innsynsretten omfatter alle underleverandører, uavhengig av hvor i kontraktskjeden de befinner seg, der disse utfører arbeid som er omfattet av forskrift om allmenngjøring. Formålet med tiltaket er å sikre en mer effektiv oppfølging av allmenngjøringsforskriftene.²⁵ I departementets vurdering er det trukket fram at Arbeidstilsynets og Petroleumsstilsynets tilsynsoppgave er vanskelig og tidkrevende, og at de derfor vil kunne dra nytte av den informasjon og kunnskap som tillitsvalgte har.²⁶ Departementet legger videre til grunn at en innsynsrett for tillitsvalgte i større grad vil føre til at brudd kan avdekkes, og sannsynligvis også i større grad rettes opp, uten at tilsynsmyndighetene involveres. Samtidig understrekes det at det fremdeles er tilsynsetatene som har ansvar for å føre tilsyn. Det er ingen plikt for den tillitsvalgte til å kreve innsyn, kun en rett.²⁷

Innsynsretten er i utgangspunktet lagt til de lokale tillitsvalgte hos hovedleverandøren. Begrepet «hovedleverandør» er nærmere definert i forskriften § 3 tredje ledd som «entreprenør eller leverandør som har påtatt seg oppdrag for bestiller og som har en eller flere underleverandører til å utføre en del av oppdraget». «Hovedleverandør» atskiller seg fra begrepet «bestiller», som er «en fysisk eller juridisk person som engasjerer entreprenører eller leverandører til å utføre et oppdrag».²⁸ Bestilleren vil med andre ord være den som er på toppen av kontraktskjeden, for eksempel en skole, mens hovedleverandøren er den som har fått oppdraget som bestilleren har tilbudt, for eksempel å sette opp et påbygg til skolen. Etter departementets veiledning til forskriften²⁹ § 3 er det ikke noe vilkår for å bli definert som hovedleverandør at denne påtar seg det vesentlige av utførelsen av et oppdrag.

²⁴ Lov 29. juni 2007 nr. 42.

²⁵ Dette fremgår også av forskriften § 1 hvor det heter at formålet er «å bidra til å sikre etterlevelse av lønns- og arbeidsvilkår som følger av forskrifter om allmenngjøring av tariffavtaler».

²⁶ Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 39.

²⁷ Se Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 39. Bestemmelser om innsynsrett for tillitsvalgte finnes per i dag i flere tariffavtaler innenfor privat sektor. Bestemmelsene er noe ulikt utformet, og departementet legger til grunn at det etter overenskomst for byggfag mellom NHO/BNL og LO/Fellesforbundet per i dag ikke foreligger en plikt for virksomhetene til å dokumentere lønns- og arbeidsvilkårene hos underleverandørene. Det er nettopp innenfor denne næringen at departementet ser det spesielt viktig at det etableres en innsynsrett, men det presiseres likevel at innsynsretten skal gjelde alle næringer hvor det er gitt forskrift om allmenngjøring. Den lovfestede innsynsretten skal likevel ikke gripe inn i tariffestede rettigheter, se forskriften § 2 andre ledd.

²⁸ Det presiseres i høringsnotatet til forskriften at begrepet «bestiller» også er ment å gjelde situasjoner der den fysiske eller juridiske personen foretar innleie av arbeidstakere.

²⁹ Veiledning til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. februar 2008, se <http://www.regjeringen.no/templates/Regelverk.aspx?id=501600&cepslanguage=NO>

Retten til innsyn gis bare til tillitsvalgte som representerer den organisasjonen som er part i den allmenngjorte tariffavtalen.³⁰ Dersom det ikke finnes tillitsvalgte hos hovedleverandør i forskriftens forstand, legges innsynsretten hos tillitsvalgte hos hovedleverandørens nærmeste underleverandør, se forskriften § 7 andre ledd. Dette vil være tilfellet der for eksempel hovedleverandøren ikke er bundet av den tariffavtalen som ligger til grunn for allmenngjøringsforskriften, eller der det ikke finnes noen tillitsvalgt hos hovedleverandøren.³¹ Eksisterer det heller ingen tillitsvalgt i forskriftens forstand hos underleverandør, vil det etter forskriftens ordlyd ikke foreligge noen innsynsrett. Dersom hovedleverandør (alternativt underleverandør) er bundet av en tariffavtale som er lagt til grunn for et vedtak om allmenngjøring, men som ikke er sammenfallende med den allmenngjøringsforskrift som den aktuelle underleverandør er omfattet av, vil det dermed heller ikke foreligge noen rett til innsyn. Dette vil for eksempel være tilfellet der hovedleverandøren/underleverandøren er bundet av byggfagsoverenskomsten mens det på kontraktsnivået under utføres arbeid som faller inn under en forskrift om allmenngjøring av overenskomst for elektrofag.

Innsynsretten skal gjennomføres ved at den tillitsvalgte fremsetter en begjæring til egen arbeidsgiver (hovedleverandør/underleverandør), jf. forskriften § 7 første ledd. En slik begjæring vil utløse en plikt for hovedleverandøren til å dokumentere at underleverandørens lønns- og arbeidsvilkår er i tråd med gjeldende allmenngjøringsforskrift. Hovedleverandøren vil dermed måtte skaffe seg de opplysninger den trenger for å dokumentere dette. Plikten for underleverandører til å utlevere opplysninger følger av allmenngjøringsloven § 8 nytt femte ledd.³² Begjæringen skal være skriftlig, og angi grunnlag for begjæringen og hvilke virksomheter og arbeidstakergrupper den gjelder, jf. forskriften § 8. I samme bestemmelse presiseres det at begjæringen kun kan omfatte lønns- og arbeidsvilkår til arbeidstakere som utfører arbeid som er omfattet av en allmenngjøringsforskrift.

Tillitsvalgte og arbeidsgiver skal avtale en frist for når arbeidsgiver plikter å fremlegge de opplysninger som begjæringen omfatter, jf. forskriften § 8 siste ledd. Fristen skal være på minst tre dager. Bakgrunnen for denne bestemmelsen er å sikre at innsynsrett blir en effektiv håndhevingsmetode.³³

Hvilken informasjon de tillitsvalgte kan kreve fremlagt, reguleres av forskriften § 9: «Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår skal dokumenteres ved kopi av arbeidsavtale, lønsslipp og timelister.» Forskriftens ordlyd innebærer at innsynsretten er begrenset til den dokumentasjon som er uttrykkelig opplistet, og at tillitsvalgte ikke har rett til å se annen dokumentasjon.³⁴ Forskriften forutsetter ikke at dokumentene som kreves utlevert, er tilgjengelige i Norge eller på norsk. I forarbeidene vises det til at dagens elektroniske løsninger gjør at oversendelse av

³⁰ Se allmenngjøringsloven § 8 nytt femte ledd, siste punktum, sammenholdt med forskriften § 3 siste ledd.

³¹ Formålet er blant annet å forhindre omgåelse av innsynsretten gjennom administrativ entreprise, se Veiledning til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. februar 2008.

³² Verken lov eller forskrift fastsetter sanksjoner mot underleverandører som ikke etterkommer opplysningsplikten. Departementet anbefaler derfor at dette kontraktsfestes. Alternativt vil tilsynsetatene kunne kreve opplysninger direkte fra underleverandør, eventuelt ved hjelp av sine sanksjonsmidler.

³³ Se Veiledning til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. februar 2008, se <http://www.regjeringen.no/templates/Regelverk.aspx?id=501600&epslanguage=NO>

³⁴ I departementets høringsnotat Høring – Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 6. september 2007, var det foreslått at innsynsretten også skulle omfatte «annen dokumentasjon som på egnet måte kan vise at lønns- og arbeidsvilkår er i overensstemmelse med allmenngjøringsforskrifter». Denne delen er ikke videreført i den vedtatte forskriften.

dokumenter ikke vil kreve særlig tid, og i veiledningen til forskriften³⁵ § 11 forutsettes det at det kan være nødvendig å få hjelp fra rådgivere til oversettelse av dokumentene det gis innsynsrett i.

Personopplysninger og opplysninger som ikke er omfattet av begjæringen, skal ikke fremgå av den dokumentasjonen som blir fremlagt, se § 9 første ledd siste punktum. Dette innebærer, ifølge forarbeidene, blant annet at opplysningene skal være anonymiserte, for eksempel ved hjelp av sladding. Der en sladding ikke i tilstrekkelig grad vil ivareta anonymiteten, skal personvern hensyn sikres gjennom tillitsvalgte taushetsplikt, jf. forskriften § 11.³⁶ Ved mistanke om at de fremlagte dokumenter er falske, kan de tillitsvalgte be tilsynsetatene om å foreta en undersøkelse. Opplysninger som gis til tilsynsetatene trenger ikke være anonymiserte og kan dermed lettere kontrolleres.

Dersom arbeidsgiver ikke etterkommer fremleggelsesplikten innenfor den fastsatte tidsfristen, kan tillitsvalgte gå direkte på underleverandøren og kreve opplysninger av denne.

I allmenngjøringsloven § 8 nytt sjette ledd reguleres tillitsvalgte taushetsplikt. Taushetsplikten omfatter opplysninger som den tillitsvalgte får der han eller hun benytter seg av sin rett til innsyn. Departementet begrunner dette med at innsynsretten ikke skal fremstå som et uproporsjonalt kontrollinngrep i henhold til EØS-avtalen, og av personvern hensyn og hensynet til effektiv konkurranse. Taushetsplikten gjelder ikke overfor tilsynsetatene. Etter forskriften § 11 er det dessuten fastsatt at taushetsplikten ikke gjelder overfor rådgivere. Dette gjelder rådgivere som er det er nødvendig å engasjere for å få bistand med «språklig, økonomisk, juridisk eller annen faglig bistand», og det kan være rådgivere i egen organisasjon eller eksterne. De tillitsvalgte vil dermed fritt kunne konsultere rådgiverne. Hvis dette skjer, fastslår forskriften at også rådgiverne er omfattet av taushetsplikten. Brudd på taushetsplikten skal kunne straffes med bøter. Dette følger av forskriften § 12.³⁷

Det fremgår eksplisitt av lovteksten at innsynsretten kun kan benyttes til å undersøke hvorvidt vedtak om allmenngjøring etterleves, jf. § 8 nytt fjerde ledd, siste punktum. Etter forskriften § 10 andre ledd skal opplysningene slettes så snart behovet for opplysningene ikke er til stede.

Som nevnt innledningsvis i denne delen er innsynsretten ment som et virkemiddel som skal avhjelpe tilsynsmyndighetene i deres arbeid. Dette innebærer at dersom de tillitsvalgte finner grunn til å tro at allmenngjøringsforskriften ikke etterleves, kan opplysningene overlates til Arbeidstilsynet eller Petroleumsstilsynet.³⁸ Det er imidlertid ikke innført noen plikt for de tillitsvalgte til å overlate opplysningene til tilsynsmyndighetene, men departementet forutsetter at dette gjøres i den grad virksomhetene ikke selv tar ansvar for å rette opp situasjonen. I departementets argumentasjon for at tiltaket må anses som proporsjonalt i relasjon til EØS-retten, legges det vekt på at forslaget innebærer et samarbeid mellom de tillitsvalgte og tilsynsmyndighetene, og at det er lite trolig at en virksomhet vil bli avkrevd den samme dokumentasjonen flere ganger.³⁹

³⁵ Se Veiledning til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. februar 2008, se <http://www.regjeringen.no/templates/Regelverk.aspx?id=501600&cepslanguage=NO>

³⁶ Se Veiledning til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. februar 2008, § 9 første ledd se <http://www.regjeringen.no/templates/Regelverk.aspx?id=501600&cepslanguage=NO>

³⁷ Straffebestemmelsen er hjemlet i straffeloven § 339 nr. 2 som regulerer straff ved brudd på forskrifter.

³⁸ Se Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 39.

³⁹ Se Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 40.

3.1.3 Utvidet ansvar for oppdragsgiver

Bestillers informasjonsplikt

I forbindelse med evalueringen av allmenngjøringsloven fremmet departementet et forslag om å pålegge byggherren et ansvar for å informere underentreprenører og -leverandører om deres plikt til å etterleve allmenngjøringsforskrifter.⁴⁰ Forslaget ble inkludert i regjeringens handlingsplan mot sosial dumping, og fulgt opp i Ot.prp. nr. 92 (2005–2006).⁴¹ Tiltaket ble vedtatt som en ny bestemmelse i allmenngjøringsloven § 9. Vedtaket innebærer at departementet har fått fullmakt til å gi forskrift som pålegger oppdragsgiver en særlig informasjonsplikt overfor oppdragstaker. Bestemmelsen trådte i kraft 1. desember 2006. Etter bestemmelsen kan det gis forskrift om at oppdragsgiver gjennom kontrakt med oppdragstaker skal informere om plikter etter gjeldende forskrifter om allmenngjøring. Slike bestemmelser er per i dag fastsatt for byggebransjen i byggherreforskriften § 10.⁴² Informasjonsplikten ble begrenset til denne bransjen, da det etter departementets vurdering var her behovet var størst, samt at det var denne bransjen som i hovedsak var omfattet av allmenngjøringsvedtak.⁴³ I forskrift 22. februar 2008 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett § 5 er det tatt inn en generell bestemmelse om informasjonsplikt:

Bestiller skal i kontrakter med entreprenører eller leverandører informere om at virksomhetenes arbeidstakere minst skal de ha lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter. Den samme informasjonsplikten gjelder for entreprenører eller leverandører når disse inngår avtaler med underleverandører.

Informasjonsplikten utvides dermed til å gjelde alle bransjer omfattet av vedtak om allmenngjøring.⁴⁴

Påseplikt

Samtidig med at Stortinget vedtok endringer i allmenngjøringsloven knyttet til innsynsrett, ble det også vedtatt en endring av § 9 i samme lov. Endringen vil tre i kraft 14. mars 2008. I § 9 er det nå gitt en hjemmel for å vedta forskrifter om en «påseplikt» knyttet til arbeid som faller inn under allmenngjøringsforskrifter. Med dette menes at en oppdragsgiver blir pålagt å påse at den informasjonen den har gitt i sine kontrakter om plikter etter allmenngjøringsforskriften, faktisk etterleves. Dette gjelder uavhengig av kontraktens størrelse eller omfang. Etter forarbeidene innebærer plikten at oppdragsgiver må ta nødvendige skritt for å undersøke og, om nødvendig, følge opp at oppdragstakere lønner i henhold til allmenngjøringsvedtaket.⁴⁵ Oppdragsgiver selv får imidlertid ikke et direkte ansvar for lønnsutbetalingen. Formålene med reguleringen er flere. Den skal i større grad ansvarliggjøre oppdragsgiver når det gjelder vern av arbeidstaker. I tillegg skal den bidra til større seriøsitet og mer rettferdig konkurranse. Et tredje formål er hensynet til et effektivt offentlig tilsyn der arbeidsgiver er lokalisert i utlandet.

⁴⁰ Lov om allmenngjøring – evaluering, Arbeids- og sosialdepartementet, 22. september 2005, s. 58.

⁴¹ Jf. endringsloven 24. november 2006 nr. 63.

⁴² Forskrift 21. april 1995 nr. 377.

⁴³ Se Ot.prp. nr. 92 (2005–2006) s. 15.

⁴⁴ Ved ikrafttredelsen av denne forskriften 14. mars 2008 skal den eksisterende bestemmelsen i byggherreforskriften oppheves, se Høring – Forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 6. september 2007, pkt. 2.3.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 56 (2006–2007), s. 31.

Begrepet «påseplikt» er hentet fra petroleumsnæringen, hvor en slik plikt er pålagt operatørene på helse-, miljø- og sikkerhetsområdet.⁴⁶ Det er imidlertid ikke lagt til grunn at innholdet i begrepet etter allmenngjøringsloven skal være det samme som etter forskriften som gjelder i petroleumsnæringen.⁴⁷ Pliktens nærmere innhold fremkommer av forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett⁴⁸ § 6.

Det er «hovedleverandøren», og ikke bestilleren, som skal ha plikt til å påse at allmenngjøringsforskriftene etterleves, jf. forskriften § 6 første ledd.⁴⁹ Bakgrunnen for dette er at det som regel vil være hovedleverandør som har nærmest kjennskap til underleverandørens fagområde og virksomhet. Påseplikten omfatter alle ledd i kjeden av underleverandører som utfører arbeid omfattet av en allmenngjøringsforskrift. Påseplikten ligger dermed på samme nivå i kontraktskjeden som det som er hovedregelen for innsynsretten. Det er ikke noe vilkår at hovedleverandøren selv må være bundet av de tariffavtaler som er brukt som grunnlag for allmenngjøringen. Der hovedleverandør ikke benytter seg av underleverandører, ligger påseplikten hos bestiller, jf. § 6 andre ledd. Bakgrunnen er at det ikke skal være mulig å omgå forskriftens bestemmelse ved å organisere kontraktene slik at det i stedet for underleverandører finnes mange hovedleverandører. Dette unntaket gjelder imidlertid kun så lenge «bestiller» er næringsdrivende, jf. § 6 andre ledd siste punktum. En forbruker vil med andre ord ikke ha påseplikt.

Påsepliktens nærmere innhold følger av forskriften § 6 fjerde ledd. Plikten innebærer at det skal iverksettes systemer og rutiner for å undersøke og om nødvendig følge opp at allmenngjøringsforskrifter etterleves. Forskriften gir videre et eksempel på hvordan påseplikten kan oppfylles: «[...] ved at det tas inn kontraktklausuler om at arbeidstakere minst skal ha de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrifter, og at dette følges opp gjennom innhenting av dokumentasjon på arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår.»

Første del av plikten, slik den er formulert i eksemplet, er sammenfallende med det som uansett følger av informasjonsplikten i utkastet § 5. Tilleggsplikten som følger av utkastet § 6 er knyttet til oppfølgingen/informasjonsinnhenting.⁵⁰ I høringsnotatet er det lagt til grunn at påseplikten er oppfylt dersom systemet er gjennomført i tråd med eksemplet ovenfor, men at også andre systemer vil kunne tilfredsstille kravene. Ifølge forarbeidene vil bestiller/hovedleverandør ikke ha plikt til å etterforske hva som er de reelle forhold ved mistanke om for eksempel doble sett kontrakter.⁵¹

⁴⁶ Se forskrift 31. august 2001 nr. 1016 om helse, miljø og sikkerhet i petroleumsvirksomheten (rammeforskriften) § 14 og midlertidig forskrift 19. desember 2003 nr. 1595 om sikkerhet og arbeidsmiljø for enkelte petroleumsanlegg på land og tilknyttede rørledningssystemer (midlertidig forskrift) § 4.

⁴⁷ Se Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 30.

⁴⁸ Forskrift 22. februar 2008 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.

⁴⁹ I § 6 tredje ledd er det gitt en særregulering for petroleumssektoren. Her ligger påseplikten hos den som «eier eller driver» petroleumsanlegg eller røranlegg, jf. midlertidig forskrift 19. desember 2003 nr. 1595 § 1. Dette vil normalt være operatørselskapene. Bakgrunnen for særreguleringen er behovet for å harmonisere påseplikten etter allmenngjøringsloven med den påseplikten som allerede finnes på dette området når det gjelder helse, miljø og sikkerhet.

⁵⁰ Som eksempel på kontraktsklausul er det i høringsnotatet referert til (det daværende) Moderniseringsdepartementets (MODs) rundskriv nr. 2/2005 av 16. juni 2005, om Løns- og arbeidsvilkår for arbeidrarar som utførar tenestekontraktar og byggje- og anleggskontraktar for staten. Det er imidlertid presisert at denne kontraktsklausulen går lenger enn det forskriften krever, idet klausulen også regulerer sanksjonsspørsmålet.

⁵¹ Se Ot.prp. nr. 56 (2006–2007) s. 31. Dette fremkommer også av Veiledning til forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. februar 2008, se <http://www.regjeringen.no/templates/Regelverk.aspx?id=501600&epslanguage=NO>

Departementet legger videre til grunn at nivået på kontrollen vil kunne variere etter hvem underleverandøren er. Plikten er for eksempel ikke like omfattende når det gjelder en underleverandør som er kjent for oppdragsgiver som en seriøs og lovlydig virksomhet, som når underleverandøren er ukjent. Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet skal føre tilsyn med at påseplikten etterleves. Dette følger av de vedtatte endringer i allmenngjøringsloven § 8 første og andre ledd, jf. siste ledd. Bestiller/hovedleverandør har ingen sanksjonsmidler for å bidra til at underleverandører etterlever sin opplysningsplikt, og må i så fall regulere dette i kontraktene, eller kontakte tilsynsmyndighetene.

Når det gjelder behandling av opplysninger og taushetsplikt, gjelder de samme bestemmelser som for innsynsrett, se forskriften §§ 10 og 11.

3.2 Øvrige tiltak

3.2.1 Endringer i regelverket for inn- og utleie av arbeidskraft

Regjeringen har foreslått to lovendringer i regelverket for inn- og utleie av arbeidskraft. En endring av arbeidsmiljølovens bestemmelser om innleie av arbeidskraft fra produksjonsbedrifter er vedtatt, men ikke trådt i kraft. I tillegg har departementet et utkast til forskrift med hjemmel i arbeidsmarkedsloven⁵² § 27 ute på høring. Forskriften skal gi nærmere vilkår for en godkjennings- og kontrollordning for bemanningsforetak.

Vilkår for innleie fra produksjonsbedrifter

Adgangen til å drive utleie reguleres i hovedsak av arbeidsmarkedsloven, mens muligheten for å leie inn arbeidstakere i hovedsak reguleres av arbeidsmiljøloven. Arbeidsmiljøloven regulerer både innleie fra bemanningsforetak og innleie fra produksjonsbedrifter.

Innleie fra bemanningsforetak er begrenset til de situasjoner hvor arbeidsgiveren har anledning til å benytte seg av midlertidig ansatte, se arbeidsmiljøloven § 14-12 (1), jf. § 14-9 (1). I tillegg kan innleie skje etter avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte dersom bedriften er bundet av tariffavtale og de(n) tillitsvalgte representerer flertallet av den arbeidstakerkategori som innleien omfatter, se arbeidsmiljøloven § 14-12 (2).

Adgangen til innleie fra produksjonsbedrifter er derimot langt videre. Dette gjelder enten produksjonsbedriften er etablert i Norge eller i utlandet. Her er det tilstrekkelig at den innleide arbeidstaker er fast ansatt hos utleier, og at innleien er drøftet med en tillitsvalgt som representerer et flertall av den arbeidstakerkategori som innleien gjelder, se § 14-13 (1). Dersom innleien overstiger ti prosent av de ansatte hos innleier (minst tre personer), og varer i mer enn ett år, skal det inngås avtale med tillitsvalgte. Utleie må videre skje innenfor de samme fagområder som er virksomhetens hovedbeskjeftigelse, og må ikke overstige 50 prosent av de fast ansatte i virksomheten.

Ved endringslov 29. juni 2007 nr. 42 ble det gjort to endringer i arbeidsmiljøloven § 14-13, men ingen av disse har så langt trådt i kraft. For det første ble vilkårene for når det skal inngås avtale endret fra å være kumulative til å bli alternative vilkår. Avtale med tillitsvalgte kreves med andre ord dersom innleien overstiger ti prosent av de ansatte hos innleier, *eller* den varer mer enn ett år. Endringen presiserer dessuten at den avtalen som inngås skal være skriftlig.

⁵² Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedsstjenester.

Dernest fikk bestemmelsen et nytt tredje ledd som betyr at tillitsvalgte som representerer den arbeidstakerkategori som innleien omfatter, kan kreve at arbeidsgiver dokumenterer at vilkårene for innleie er oppfylt. Dette omfatter forhold hos utleiebedriften, det vil si at de innleide er fast ansatt, og at det i realiteten dreier seg om utleie fra en produksjonsbedrift og ikke et bemanningsforetak. For at det skal dreie seg om utleie fra en produksjonsbedrift, må utleie skje fra de fagområder som er utleiebedriftens hovedbeskjeftigelse og ikke overstige 50 prosent av de fast ansatte. Endringen er begrunnet i antatte problemer med å undersøke om vilkårene i § 14-13 (1) faktisk ble oppfylt i det konkrete tilfellet, særlig der utleiebedriften er utenlandsk. Bestemmelsen er utformet etter modell av Verkstedsoverenskomsten mellom NHO/Norsk Industri og LO/Fellesforbundet.⁵³

Godkjennings- og kontrollordning for vikarbyråer/bemanningsforetak

Forbudet mot arbeidsutleie ble opphevet i 2000, ved at slik utleie ble generelt tillatt etter sysselsettingsloven⁵⁴ § 27, men med visse begrensninger (Evju 2003). Sysselsettingsloven ble senere erstattet av arbeidsmarkedsloven, hvor en liknende bestemmelse er tatt inn i denne loven § 27, men uten den eldre lovens krav om selskapsform eller økonomisk garantistillelse.⁵⁵ I bestemmelsens siste ledd heter det at «departementet kan i forskrift fastsette nærmere vilkår for melding, rapportering, tilsyn, organisering og drift av utleievirksomheten». Per i dag har departementet ikke benyttet seg av denne forskriftshjemmelen.⁵⁶

Arbeids- og inkluderingsdepartementet foreslo i desember 2006 å fastsette en forskrift om en godkjennings- og kontrollordning for bemanningsforetak.⁵⁷ Etter forslaget⁵⁸ skal det inntas en ny forskriftshjemmel i arbeidsmarkedsloven § 27, som skal lyde: «Departementet kan i forskrift fastsette vilkår for innleie av arbeidstaker fra utleievirksomhet og for tilsyn med slik innleie.» Høringsfristen for utkastet til forskriftshjemmel og forskrift var 10. januar 2008, og så langt er det ikke vedtatt noen endringer. Den videre gjennomgangen vil derfor ta utgangspunkt i departementets utkast til forskrift.

I forskriftsutkastet foreslår departementet å innføre en ordning med melde- og registreringsplikt for alle foretak som har til formål å drive utleie (bemanningsforetak). Det skal være en forutsetning for å drive utleie at meldeplikten er oppfylt. Formålet med reguleringen er å bedre muligheten for kontroll med at virksomhetene etterlever lovpålagte forpliktelser til staten, og få bedre oversikt over aktørene i utleiebransjen. Dette skal igjen sikre større

⁵³ Se Ot. prp. nr. 56 (2006–2007) pkt. 3.3.3.

⁵⁴ Lov 27. juni 1947 nr. 9, opphevet av arbeidsmarkedsloven.

⁵⁵ Jf. Ot. prp. nr. 62 (2003–2004) s. 36–37.

⁵⁶ En tidligere forskrift av 20. desember 2000 inneholdt nærmere vilkår for melding, rapportering, tilsyn, organisering og drift av utleievirksomheten, men denne ble opphevet 24. januar 2003. Forskriften påla bemanningsforetak å registrere seg i Registerenheten i Brønnøysund. Meldingen skulle blant annet inneholde opplysninger om virksomhetens navn og organisasjonsnummer. Virksomhetene måtte årlig sende inn melding om antall utførte leieoppdrag, antall utleide personer – totalt og fordelt på yrkesgrupper. Forskriften ble vedtatt i tilknytning til at forbudet mot arbeidskraftutleie ble opphevet, da en ville sikre seg kontroll med næringen. En fant det senere unødvendig å stille særkrav til næringen ut over det som ble stilt til andre næringer. (Høringsnotat om tiltak for å sikre ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringsordningen, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. desember 2006 s. 15–16.)

⁵⁷ Jf. høringsnotat om tiltak for å sikre ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringsordningen, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. desember 2006. Forslaget ble senere fulgt opp i Ot. prp. nr. 56 (2006–2007) og i høringsnotat om forskrift om bemanningsforetak/vikarbyrå, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 10. oktober 2007.

⁵⁸ Høringsnotat om forskrift om bemanningsforetak/vikarbyrå, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 10. oktober 2007.

ryddighet, og dermed bidra til å skape mer ordnede arbeidsforhold og skikkelige vilkår for utenlandske arbeidstakere.⁵⁹

Forskriftsutkastet omfatter alle bemanningsforetak som skal drive virksomhet i Norge, jf. utkastet § 1. Departementet foreslår å gjeninnføre krav til selskapsform m.v. Etter § 2 skal slike bemanningsforetak enten være registrert som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap i Norge, eller stille sikkerhet i form av bankgaranti eller garanti fra forsikringsselskap for egenkapital tilsvarende det som kreves for aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Virksomhet som er registrert som aksjeselskap, allmennaksjeselskap eller tilsvarende i et annet EØS-land, anses å oppfylle registreringskravet i § 2. Tilsvarende likestilles garanti stilt av bank eller forsikringsselskap i et annet EØS-land med norsk garanti, jf. utkastet § 4.

Drift av virksomhet i Norge er videre betinget av at det sendes melding til Arbeidstilsynet, jf. § 3. Meldingen skal inneholde:

- Opplysninger om virksomhetens navn, forretningsadresse, organisasjonsnummer, samt navn og adresse på norsk representant for utenlandsk virksomhet uten forretningssted i Norge⁶⁰
- Dokumentasjon som viser at vilkårene for registrering og garanti etter §§ 2 og 4 er oppfylt
- Dokumentasjon som viser at virksomheten er registrert i Enhetsregisteret eller Foretaksregisteret⁶¹
- Dokumentasjon som viser at virksomheten er registrert hos skatteetaten⁶²

I tillegg til førstegangsmeldingen, skal bemanningsforetaket årlig sende en melding til Arbeidstilsynet som bekrefter at kravene til meldeplikten fortsatt er oppfylt. Gjøres ikke dette, kan bemanningsforetaket, etter forutgående varsel, slettes fra registeret, jf. forskriftutkastet § 6. Arbeidstilsynet kan etter utkastet § 8 fastsette et gebyr til dekning av utgifter knyttet til registreringen. Meldeplikten skal bidra til at Arbeidstilsynet får lettere tilgang på informa-

⁵⁹ Se Høringsnotat om forskrift om bemanningsforetak/vikarbyrå, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 10. oktober 2007 pkt. 1.2.

⁶⁰ Etter lov 3. juni 1994 nr. 15 om Enhetsregisteret § 5 andre ledd, bokstav f), skal daglig leder, innehaver eller tilsvarende kontaktperson registreres. Etter § 6 bokstav h) skal videre norsk representant for utenlandsk enhet registreres dersom slik «finnes». Slik bestemmelsen er formulert, innebærer dette ikke en plikt til å ha en stedlig representant. I forarbeidene til loven (Ot.prp. nr. 11 (1993–1994 s. 58) er det imidlertid i merknaden til bestemmelsen uttrykt at det «skal» oppgis norsk representant, noe som synes å forutsette at det skal eksistere en slik representant. Denne forutsetningen legges også til grunn i departementets utkast til forskrift om bemanningsforetak.

⁶¹ Forskriftsutkastet forutsetter altså at virksomheten registreres i Enhetsregisteret. En slik registreringsplikt for utenlandske virksomheter foreligger allerede for virksomheter som registreres i «tilknyttede registre», jf. lov om Enhetsregisteret § 4. Dette omfatter etter loven § 2 blant annet Foretaksregisteret og Merverdiavgiftsmanntallet. Etter lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak (foretaksregisterloven) § 2-1 andre ledd skal alle utenlandske foretak som driver næringsvirksomhet her i landet eller på norsk kontinentalsokkel, registreres.

⁶² Plikten til registrering hos skatteetaten følger av ligningsloven § 6-10. Etter første ledd har en oppdragsgiver som gir et utenlandsk firma et oppdrag i Norge, plikt til å gi visse opplysninger til likningsmyndighetene om oppdragstakeren og dens arbeidstakere. Etter andre ledd har oppdragsgiveren og oppdragstakeren plikt til å gi enkelte opplysninger om egne arbeidstakere. Samlet omfatter opplysningspliktene oppdragstakernes navn, adresse, eventuelt arbeidsgivernummer, tidspunkt da oppdragene forutsettes påbegynt og avsluttet, stedet der oppdraget skal utføres, samt kontraktsbeløpet i kontrakter oppdragsgiveren har inngått, arbeidstakere tilknyttet oppdraget, deres navn, fødselsdata og eventuelt personnummer, adresse, nasjonalitet, sivilstand, tidspunkt for arbeidets begynnelse og antatte avslutning samt arbeidsgiverens navn og arbeidsgivernummer. Fjerde ledd legger en særlig opplysningsplikt på oppdragsgivere innenfor bygg og anlegg, til de som har levert materialer og til de som har utført arbeid for egen regning, om forholdet dem imellom.

sjon, noe som etter departementets mening vil bedre muligheten for tilsyn og kontroll med bransjen.

Arbeidstilsynet skal føre et register over bemanningsforetak som har oppfylt meldeplikten, og opplysningene i registeret skal være offentlig tilgjengelige, se utkastet § 5. Etter § 9 er innleie av arbeidstaker kun tillatt dersom virksomheten det leies fra er registrert i dette registeret. Dette vilkåret er stilt for at kontroll- og godkjenningsordningen skal bli tilstrekkelig effektiv. Arbeidstilsynet skal føre tilsyn med at innleie skjer i tråd med kravet i § 9, og kan i sitt arbeid anvende sine ordinære virkemidler. Overtredelse av forskriften er videre straffbart i henhold til arbeidsmarkedsloven § 30, se forskriftsutkastet § 10.

3.2.2 Krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anbudprosesser

I juni 2005 ble det ved Moderniseringsdepartementets rundskriv nr. 2/2005 innført et krav om at tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter inngått av statlige myndigheter skal inneholde bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår hos oppdragstaker. Regjeringen gjennomførte med dette ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter i norsk rett.⁶³

ILO-konvensjon nr. 94, Labour Clauses (Public Contracts) Convention, ble vedtatt i 1949. Den ble ratifisert av Norge 12. februar 1996.⁶⁴ Konvensjonen gjelder offentlige myndigheters kontrakter om tjenester, produksjon, montasje, transport av gods, bygg og anlegg, m.m. I utgangspunktet forplikter konvensjonen bare sentrale myndigheter, men staten kan utvide anvendelsesområdet til også å gjelde andre deler av offentlig sektor. Formålet med konvensjonen er å sikre at lønns- og arbeidsvilkår hos leverandører til det offentlige blir holdt på et normalt nivå for sammenliknbart arbeid. Etter konvensjonens artikkel 2 skal offentlige kontrakter inneholde klausuler som sikrer de ansatte hos oppdragstaker lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn for sammenliknbare arbeidstakere. Kravet gjelder enten kontrakten inngås med nasjonale eller utenlandske selskaper, og referansenivået er tariffavtaler eller lovbestemmelser. Konvensjonen inneholder dessuten bestemmelser om informasjonsplikt og sanksjoner ved brudd på kontraktsklausulene.

Som en del av regjeringens handlingsplan mot sosial dumping kom Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) den 26. mars 2007 med forslag om en forskriftshjemmel i lov om offentlig anskaffelse om en innføring av tilsvarende bestemmelser i offentlige kontrakter inngått av kommuner og offentlige virksomheter. Lovendringen, i form av en ny § 11a i lov om offentlige anskaffelser,⁶⁵ ble vedtatt i desember 2007⁶⁶ og erstattet rundskrivet som hjemmel for kravet til kontraktsvilkår i statlige kontrakter. Forskriften ble vedtatt 6. februar 2008 og trer i kraft 1. mars 2008.⁶⁷

Formålet med reguleringen er å unngå at offentlige oppdragsgivere inngår kontrakter med virksomheter som driver sosial dumping. I lovforarbeidene heter det at med «sosial dumping» forstår departementet eksempelvis lønns- og arbeidsvilkår som er dårligere enn det minimumsnivået som følger av en aktuell tariffavtale, eller at ytelsene til arbeidstakerne er

⁶³ Se Moderniseringsdepartementets rundskriv nr. 2/2005.

⁶⁴ Jf. St.prp. nr. 62 (1994–95); Stortingets ratifikasjonssamtykke ble gitt 7. november 1995.

⁶⁵ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

⁶⁶ Endringslov 21. desember 2007 nr. 121.

⁶⁷ Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

lave sammenliknet med hva norske arbeidstakere normalt tjener for sammenliknbart arbeid.⁶⁸ Denne formuleringsmåten skiller seg fra den som regjeringen la til grunn i presentasjonen av handlingsplanen mot sosial dumping (se foran i kapittel 1).⁶⁹

Bestemmelsen omfatter statlige, kommunale, fylkeskommunale og offentligrettslige organer. Regjeringen i statsråd gis fullmakt til å fastsette forskrifter som forplikter disse organene å ta inn klausuler som sikrer lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som faller inn under loven. Kravet gjelder altså ikke for andre typer kontrakter som det offentlige måtte inngå.

Lønns- og arbeidsvilkårene for ansatte som medvirker til å oppfylle kontrakten, skal ikke være dårligere enn det som følger av gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke, jf. § 11a første ledd.⁷⁰ Oppdragsgiverne kan videre pålegges å føre tilsyn med at klausulene etterleves, samt å iverksette tiltak overfor leverandørene ved manglende etterlevelse, jf. § 11a andre ledd.

Det er kun kontrakter som overstiger en fastsatt terskelverdi, som omfattes. Dette vil si kontrakter som statlige myndigheter inngår som har en verdi på over kroner 1,05 millioner eks mva, og for andre oppdragsgivere over kroner 1,65 millioner eks mva, noe som tilsvarer EØS-terskelverdiene for tjenstekontrakter.⁷¹ Disse verdiene vil også gjelde for bygg- og anleggskontrakter, noe som er lavere enn EØS-terskelverdien for denne typen kontrakter, og det som per i dag gjelder for statlige myndigheter etter rundskriv Moderniseringsdepartementets nr. 2/2005.

I forskriften § 5 stilles det opp krav til hva kontraktsklausulen skal regulere. Den skal stille krav om at ansatte hos leverandører og underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, skal ha lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende *landsomfattende* tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke, jf. § 5 første ledd. I høringsbrevet er det uttalt at på de områder hvor det finnes forskrifter om allmenngjøring av tariffavtaler, vil disse gjelde som minstevilkår. Forskriftens bestemmelse er på dette området noe snevrere enn hjemmelsbestemmelsen. Den siste bruker uttrykket «tariffavtale» uten krav om at den skal være «landsomfattende». Med dette tilleggsvilkåret avskjærer forskriften sammenlikning med en mulig lokal eller regional tariffavtale. Høringsbrevet fra september 2007 gir ingen holdepunkter for om en slik ulikhet har vært tilsiktet og i tilfelle hvorfor.⁷² Det samme gjelder at forskriften ikke inkluderer hjemmelsbestemmelsens alternativ «regulativ».

I andre tilfeller skal nivået i de aktuelle tariffavtalene legges til grunn. Finnes det flere enn én landsomfattende avtale innenfor et fag eller en sektor, har departementet gitt uttrykk for at det er relevant å se hen til alle de ulike avtalene.⁷³ Der det ikke finnes aktuelle tariffavtaler, skal

⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) s. 12.

⁶⁹ St.meld. nr. 2 (2005–2006).

⁷⁰ Ordlyden er sammenfallende med den som benyttes i utlendingsforskriften § 175, annet ledd for vilkår for oppholdstillatelse for arbeidstakere fra EU-10. Det materielle kravet gjelder også arbeid som skal utføres for norske oppdragsgivere i utlandet, jf. forskriften § 5 første ledd annet punktum. Det vil da være de lønns- og arbeidsvilkår som er vanlige i det området i det landet hvor arbeidet blir utført, som må etterleves. En slik bestemmelse kan imidlertid i prinsippet tenkes å støte mot rettsvalgsregler i arbeidslandet.

⁷¹ Se forskriften § 4. Dette er sammenfallende med de nye terskelverdiene som forventes å tre i kraft 1. april 2008.

⁷² Ordlydsforskjellen er heller ikke fulgt opp i FADs Fakta om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter [udatert, http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Faktaark_sosial_dumping.pdf], som uten videre holder seg til «landsomfattende tariffavtaler».

⁷³ Se Fakta om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, FAD.

det gjøres en skjønnsmessig vurdering av om vilkårene i den aktuelle virksomheten kan anses å falle innenfor det som vurderes som normalt for vedkommende sted og yrke.⁷⁴ I høringsbrevet legges det til grunn at en ved denne vurderingen skal se hen til åpne kilder som oversikter fra bransje- eller fagforeninger eller andre tilgjengelige lønnsstatistikker. Departementet viser til at det ikke er meningen å fastsette et bestemt lønnsnivå, men at oppdragsgiveren skal ta stilling til om lønns- og arbeidsvilkårene i en virksomhet er så dårlige at det karakteriseres som sosial dumping.⁷⁵

I departementets kommentarer til forskriften sies det noe mer om hvordan begrepet «lønns- og arbeidsvilkår» skal forstås. Departementet legger til grunn at kjernen i begrepet er lønns- og arbeidstidsbestemmelser.⁷⁶ Med lønn menes tariffavtalens bestemmelser om minstelønn, men også andre bestemmelser som kan ha betydning for det aktuelle lønnsnivået, slik som overtidbestemmelser og skifttillegg, kan være aktuelle. Men «lønns- og arbeidsvilkår» omfatter også noe mer enn dette. Når det gjelder det nærmere innholdet av begrepet, vises det for øvrig til praksis fra Utlendingsdirektoratet og Tariffnemnda.

Kontraktsklausulene skal også omfatte leverandører og underleverandører som direkte medvirker til at kontrakten oppfylles, jf. forskriften § 5 første ledd.

Oppdragsgiver skal kreve at leverandører og underleverandører på forespørsel dokumenterer lønns- og arbeidsvilkårene til ansatte som medvirker til å oppfylle kontrakten, jf. § 5 andre ledd. Oppdragsgiver har etter § 7 dessuten en plikt til å føre nødvendig kontroll for å sjekke om kravene til lønns- og arbeidsvilkår overholdes. Disse kontrollene kan tilpasses behovet i vedkommende bransje, geografiske område m.v. Kontrollen er ikke ment å være mer omfattende enn det som følger av regelverket om allmenngjøring av tariffavtaler.⁷⁷ Departementet har i denne sammenheng vist til vedtatte forskriftshjemler i allmenngjøringsloven om utvidet oppdragsgiveransvar. Kravet til kontroll etter forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter vil være oppfylt dersom leverandøren ved stikkprøver kan fremlegge dokumentasjon på de gjeldende lønns- og arbeidsvilkår. I likhet med påseplikten etter allmenngjøringsloven er det heller ikke etter dette regelverket meningen at oppdragsgiver skal etterforske hva som er reelle forhold ved mistanke om bruk av doble kontrakter. I slike tilfeller kan forholdet meldes til politiet.

Til forskjell fra bestemmelsen om påseplikt, er det oppdragsgiveren (bestiller) som er ansvarlig etter forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Bestemmelsene legger dermed opp til at det kan gjennomføres parallelle kontroller hjemlet i hvert sitt regelverk, ved at bestiller har plikt til å føre en kontroll etter dette regelverket, og hovedleverandøren har en tilsvarende plikt etter regelverket om påseplikt. FAD har imidlertid lagt til grunn at den kontrollen som må til for å oppfylle påseplikten, normalt vil gi den dokumentasjonen en offentlig oppdragsgiver kan kreve etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.⁷⁸

⁷⁴ Høringsbrevet av 24. september 2007, som her svarer til Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) s. 12.

⁷⁵ Det refereres i denne sammenheng til regjeringens definisjon av sosial dumping i St.meld. nr. 2 (2005–2006), se ovenfor, og ikke til den formuleringen som ble knyttet opp mot forskriftshjemmelens formål, se Ot.prp. nr. 7 (2007–2008) s. 12. Det kan dermed være tvil om hvilket sammenlikningsgrunnlag departementet her har ment at en skal legge til grunn. Departementets kommentarer til forskriften sier ingenting uttrykkelig om denne vurderingen. (Fakta om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, FAD).

⁷⁶ Hvor gjeldende landsomfattende tariffavtale fastsetter vilkår som avviker fra for eksempel arbeidsmiljølovens krav, vil det være tariffavtalens bestemmelse og ikke arbeidsmiljøloven som gjelder. Dette kan for eksempel gjelde arbeidstid der tariffavtalene har bestemmelser om ukentlig («i løpet av sju dager») arbeidstid som er lavere enn arbeidsmiljølovens bestemmelser.

⁷⁷ Se høringsbrevet av 24. september 2007, i avsnittet Kontroll med om kontraktsklausulen følges.

⁷⁸ Se Fakta om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, FAD.

Oppdragsgiver skal videre forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner der leverandøren eller underleverandøren ikke etterlever kontraktsklausulen, jf. § 5 siste ledd. Sanksjonene skal være egnet til å påvirke leverandør eller underleverandør til å oppfylle kontrakten. I FADs kommentarer til forskriften er det inntatt et forslag til en slik bestemmelse. Det baserer seg på tilbakehold av deler av kontraktssummen.

Etter § 6 har oppdragsgiveren plikt til å ta inn informasjon om denne kontraktsklausulen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.⁷⁹

3.2.3 Id-kort i byggenæringen

Med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 1-4 første ledd og § 4-1 sjette ledd har Arbeids- og inkluderingsdepartementet fastsatt en forskrift om identitetskort (id-kort) på bygge- og anleggsplasser.⁸⁰ Forskriften trådte i kraft 1. januar 2008.

Reguleringen har sin opprinnelse i et anmodningsvedtak fra Stortinget (nr. 352 2003–2004). Regjeringen ble bedt om å legge fram forslag til lovhjemmel som gir adgang til å pålegge arbeidsgiver å sørge for at alle ansatte har identitetskort, adgang til å pålegge arbeidstakere å vise identitetskort på forespørsel fra offentlig myndighet, samt adgang til å pålegge arbeidsgiver, hovedentreprenør eller den som har kontrakt med byggherre å legge fram mannskapslister, dokumentasjon av lønnsforhold og utbetalt lønn. Dette resulterte i at regjeringen fremla et forslag til forskriftshjemmel i daværende arbeidsmiljølov § 15a.⁸¹ En forskrift om id-kort for byggenæringen ble vedtatt den 7. oktober 2005, men ble aldri satt i verk, og har senere blitt opphevet. Bakgrunnen var sterk motstand fra næringen selv, som mente at de foreslåtte reglene ikke var tilstrekkelige til å ivareta formålet.⁸² Bestemmelser om mannskapslister trådte imidlertid i kraft fra 1. januar 2006, se byggherreforskriften § 14.⁸³

Forskriftshjemmelen ble videreført i den nye arbeidsmiljøloven av 2005 § 4-1. Den forskriften som nå gjelder fra 1. januar 2008, har særlig som formål å ivareta sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på byggeplasser, jf. § 1. Dette formålet skal ivaretas ved at ordningen gir bedre oversikt over og kontroll med HMS-forholdene på bygge- og anleggsplassene. I Arbeids- og inkluderingsdepartementets høringsbrev av 20. desember 2006 het det:

EØS-utvidelsen 1. mai 2004 har ført til et økt antall utenlandske aktører i næringen. Arbeidstilsynet rapporterer at mange aktører fra ulike land har ført til økte utfordringer og vanskeligheter med å samordne HMS-arbeidet på den enkelte bygge- og anleggsplass. Sammen med oversiktslister vil id-kort bidra til at samordningen og dermed virksomhetenes HMS-arbeid på bygge- og anleggsplassene blir styrket. Tilsynsmyndighetene (Arbeidstil-

⁷⁹ Brudd på forskriften kan innebære at anbudskonkurransen avlyses og/eller at en eller flere av partene har krav på erstatning. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har kompetanse til å behandle klager om brudd på lov om offentlig anskaffelser og forskrifter gitt i medhold av denne. Dette følger av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1. Det ligger ifølge departementet innenfor nemndas kompetanseområde å behandle saker om en kontrakt inneholder klausuler vedrørende lønns- og arbeidsvilkår, men ikke om klausulene faktisk overholdes.

⁸⁰ Forskrift 30. mars 2007 nr. 366 om identitetskort (id-kort) på byggeplasser.

⁸¹ Se Ot.prp. nr. 77 (2003–2004).

⁸² Se St.meld. nr. 9 (2005–2006) s. 16 flg.

⁸³ Etter denne bestemmelsen skal HMS-koordinatoren (som er utpekt i henhold til byggherreforskriften § 7) føre oversiktliste over alle som utfører arbeid på bygge- og anleggsplassen. Oversiktlisten skal føres og kontrolleres daglig og blant annet inneholde opplysninger om navn på arbeidsgivere og enkeltmannsforetak som utfører arbeid på bygge- og anleggsplassen, organisasjonsnummer, samt navn og fødselsdato på alle som utfører arbeid på bygge- og anleggsplassen.

synet og Petroleumstilsynet) vil få lettere tilgang til informasjon om aktørene på bygge- og anleggsplassen, noe som vil kunne lette tilsynsmyndighetenes arbeid[...]

Departementet viste også til at ordningen vil gjøre det lettere å skille seriøse virksomheter fra de useriøse, og at man med ordningen tar sikte på å ramme de som bevisst driver i gråsonen eller utenfor det norske regelverket. Ordningen vil blant annet kunne medføre at det blir enklere å oppdage virksomheter som benytter seg av ulovlig arbeidskraft.

Alle virksomheter som utfører arbeid på bygge- og anleggsplasser er pliktige til å utstyre sine arbeidstakere med id-kort, – uavhengig av type oppdrag og oppdragets størrelse/varighet, jf. §§ 2 og 3.⁸⁴ Bygge- og anleggsplasser er her gitt samme definisjon som i byggherreforskriften, se dens § 2b. Myndighetene, representert ved departementet, står ansvarlig for id-kortordningen, men selve utstedelsen utføres av en kortprodusent etter kontrakt med departementet. For at kortene skal kunne utstedes, er det krav om at virksomhetene har oppfylt nærmere angitte opplysningsplikter til offentlige registre, se § 3 andre ledd. Arbeidsgiver må dessuten ha sørget for nødvendig identitetskontroll av arbeidstaker før id-kort bestilles, jf. § 3 siste ledd.

Forskriften angir ikke nærmere hva som skal anses som relevante registre. I høringsbrevet er det imidlertid sagt at dette i utgangspunktet omfatter

- Merverdiavgiftsmanntallet
- Enhetsregisteret
- Foretaksregisteret

På sikt ønsker departementet også å inkludere Sentralskattekontoret for utenlandssaker (SFU), som står for registrering av utenlandske oppdragsgivere og arbeidstakere i henhold til ligningsloven § 6-10. Det heter videre at det for utenlandsk arbeidskraft innenfor bygg- og anleggsnæringen for tiden ikke skal sendes melding til Arbeidstaker-/Arbeidsgiverregisteret, og at det derfor vil være mer nærliggende å kontrollere registreringsplikten overfor i forhold til SFU.⁸⁵

I forskriften § 4 oppregnes de opplysninger som skal fremgå av id-kortet: Navn på arbeidsgiver eller enkeltpersonsforetak, organisasjonsnummer, navn på kortinnehaver, bilde, fødselsdato, kjønn, signatur, gyldighetsperiode, kortnummer og navn og adresse til utsteder av kortet. Kortet skal være gyldig i to år, men ikke lenger enn det arbeidsforholdet varer, jf. § 5. Ved utløp av gyldighetsperioden skal arbeidsgiver/enkeltpersonsforetak sørge for at kortet sendes til utsteder for makulering. Id-kortet er personlig og kan etter § 6 ikke overdras andre. Det skal videre bæres godt synlig og på oppfordring vises fram til tilsynsmyndighetene, verneombud, HMS-koordinator og bedrift med ansvar for samordning av vernetiltak etter arbeidsmiljøloven § 2-2. Tap av id-kort skal umiddelbart meldes til kortutsteder slik at dette gjøres ugyldig, og nytt kort utstedes, jf. § 7.

Overtredelse av forskriften eller vedtak gitt i medhold av denne er videre straffbar etter arbeidsmiljøloven kapittel 19, jf. forskriften § 8. Manglende id-kort fører ikke til at virksomheten/arbeidstaker ikke kan påbegynne arbeidet, men tilsynsmyndighetene kan i tillegg til straffebestemmelsen benytte sine ordinære sanksjonsmidler for å sørge for at kravene i forskriften etterleves.

Ordningen med id-kort er en generell ordning som gjelder alle virksomheter som utfører arbeid på bygge- og anleggsplasser. Det er imidlertid ingen tvil om at reguleringen er motivert

⁸⁴ Pliktsubjekter er arbeidsgiver eller enkeltpersonsforetak, jf. § 3, første ledd.

⁸⁵ Se nærmere om hva registreringsplikten omfatter under fotnote 61 og 62.

i bruken av utenlandsk arbeidskraft innenfor næringen. Dette kommer klart fram både i departementets beskrivelse av regelverkets formål, og i vurderingen av hvilke offentlige registre som skal omfattes i relasjon til vilkåret om registrering.

3.2.4 Tiltak rettet mot «kontraktørvirksomhet» og enmannsfirmaer

Et tiltak som ikke inngår i regjeringens handlingsplan mot sosial dumping, men som har et visst slektskap med kravet om norske lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anbudprosesser (se pkt. 3.2.2), er en regulering rettet mot «kontraktørvirksomhet» og enmannsfirmaer. Også denne reguleringen er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser, og relaterer seg til hvilke kontraktvilkår som det offentlige kan stille i anbudprosesser. Reguleringen kan dessuten sies å ha en relevans i forhold til allmenngjøringsloven. Bakgrunnen for dette er at selvstendige næringsdrivende ikke omfattes av allmenngjøringsvedtak, og at disse kan dermed tilby sin arbeidskraft basert på fri prisfastsettelse, uten hensyn til gjeldende minstelønnsbestemmelser. Dette medfører en risiko for omgåelse av allmenngjøringsforskriftene ved bruk av «kontraktører» eller enmannsfirmaer. Denne reguleringen søker å begrense bruken av denne typen oppdragstakere.

En regulering opprinnelig omtalt som «antikontraktørklausulen» ble innført i form av et rundskriv fra Næringsdepartementet 10. desember 1991.⁸⁶ Bestemmelsen gjaldt i utgangspunktet kun for staten, og var opprinnelig obligatorisk, men har senere blitt endret. Formålet med den opprinnelige reguleringen kan i dag gjenfinnes i forskrift om offentlige anskaffelser⁸⁷ § 3-11 (4), som har følgende ordlyd:

For bygge- og anleggsarbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt av underentreprenører og deres ansatte, eller ved bruk av lovlig innleid arbeidskraft. Det kan stilles krav om at bruk av enkeltmannsforetak som ikke er entreprenør eller underentreprenør, skal begrunnes.

Bestemmelsen åpner for at det i offentlige anbud om bygge- og anleggsarbeid kan stilles som vilkår at det ikke skal benyttes enkeltpersonsforetak som ikke er entreprenør eller underentreprenør, i oppfyllelse av kontrakten. Det er med andre ord frivillig for det organ som lyser ut anbudet om et slikt vilkår skal inkluderes. Siden bestemmelsen er tatt inn i forskrift om offentlige anskaffelser som er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser, vil den ha samme virkeområde som loven. Dette omfatter med andre ord både stat, kommune, fylkeskommune, offentligrettslige organer med mer, se loven § 2. I tillegg vil bestemmelsen kun gjelde kontrakter som overstiger EØS-terskelverdiene, se forskriften § 2-2.

⁸⁶ Rundskriv K-502-4.

⁸⁷ Forskrift 7. april 2006 nr. 402, i kraft 1. januar 2007.

4 Tjenestedirektivet og handlingsplanen mot sosial dumping

Som nevnt tidligere (se avsnitt 2.3) har tjenestedirektivet flere unntaksregler med referanse til det arbeidsrettslige området. Disse bestemmelsene har en selvfølgelig betydning for det som er hovedproblemstillingen i denne utredningen, om hvorvidt direktivet vil ha innvirkning på adgangen til å sette i verk eller opprettholde de tiltak som omfattes av «handlingsplanen mot sosial dumping». For å kunne ta stilling til dette spørsmålet, er det nødvendig å se nærmere på direktivets unntaksregler og den sammenhengen de inngår i.

Unntaksreglene er i seg selv et komplekst sett av regler som kan angripes på ulike måter. For denne fremstillingens formål er det naturlig å behandle dem trinnvis fra en funksjonell tilnærming. Utgangspunkt er da det mest spesifikke unntaket for utstasjoneringsdirektivet (direktiv 96/71/EF). Andre og mer generelle unntaksregler kommer bare i betraktning hvis det spesielle unntaket ikke har anvendelse. Først vil vi imidlertid gi en oversikt over de ulike unntaksbestemmelsene og forholdet mellom dem.

4.1 Unntaksreglene – oversikt og sammenheng

Tjenestedirektivet inneholder flere unntaksregler som kan se ut til helt eller delvis å omfatte samme forhold. Spørsmålet blir hvordan bestemmelsene står i forhold til hverandre. Sagt på en annen måte: Skal rekkevidden av en mer generell bestemmelse forstås slik at den er avgrenset av en mer spesiell bestemmelse? En slik konklusjon er det generelt sett ikke grunnlag for, verken i bestemmelsenes ordlyd eller i direktivets «forarbeider». Enkelte overlappinger kan kanskje ses som resultat av en kompleks behandlingsprosess. Men det ble i flere sammenhenger understreket at bestemmelser som kan ses som helt eller delvis å overlapse unntaksreglene innledningsvis i direktivet, bare sikter til å tydeliggjøre hva som gjelder.⁸⁸

Direktivets artikkel 1 nr. 6 unntar som nevnt «arbeidsrettslige regler», nærmere angitt, og artikkel 1 nr. 7 gjør unntak for kollektivarbeidsrettslige spørsmål, enkelt sagt. Begge temafelter er omhandlet også i artikkel 16 nr. 3.⁸⁹ Sunnhet og sikkerhet på arbeidsplasser («arbeidsmiljø») er berørt i artikkel 16 nr. 2, f, men omfattes eksplisitt også av artikkel 1 nr. 6. Det er utvilsomt at direktivets artikkel 16 *ikke* kan leses slik at arbeidsrettslig spørsmål i videre forstand omfattes av denne artikkelen, bare med de spesifikke unntakene som er tatt inn i artikkel 16 selv. De generelle unntaksbestemmelsene i artikkel 1 nr. 6 og 7 har «forrang» – de gjelder også på artikkel 16s område. Det samme illustreres også av unntaksbestemmelsen i direktivets artikkel 17 nr. 2. Der heter det at artikkel 16 ikke får anvendelse på «områder som er omfattet av direktiv 96/71/EF». Det er klart at denne konkrete bestemmelsen ikke innebærer at andre

⁸⁸ Se f.eks. Kommisjonens reviderte direktivforslag COM(2006) 160 endelig, av 4. april 2006, s. 10 ad artikkel 16.

⁸⁹ Artikkel 16 nr. 3 er for øvrig et eksempel på dobbel overlapping; dets første punktum, som viser til artikkelens nr. 1, gjør ikke mer enn å repetere vilkårsformuleringen i nr. 1, b.

bestemmelser i tjenstedirektivets kapittel IV⁹⁰ skal ha anvendelse på utstasjoneringsdirektivets område; bestemmelsen i artikkel 17 nr 2 innskrenker heller ikke på noen annen måte rekkevidden av den generelle unntaksbestemmelsen i artikkel 3 nr. 1, a.

I denne forbindelse bør det pekes på at uttrykket «områder» i artikkel 17 nr. 2 i den danske («områden» i den svenske) tekstversjonen av direktivet ikke kan forstås dit hen at det er tale om geografiske eller bransje- eller næringsmessige områder. Her står uttrykket som referanse til direktivets *saklige* anvendelsesområde – hvilket *saksfelt* som faller innenfor dets rammer. Det kommer tydelig frem i andre språkversjoner («matters», «matières», «Angelegenheiten»). I artikkel 3 nr. 1 står derimot den danske versjonens «områder» for bransje, næring, e.l. – «sectors», «secteurs», «Bereichen» i andre språkversjoner.

Et annet tverrgående tema er forholdet til fellesskapsretten for øvrig. I direktivets artikkel 1 nr. 6 og 7 snakkes det om nasjonal rett «som respekterer fellesskapsretten». Formuleringen har en mangslungen bakgrunn som del av direktivteksten. De første forslagene som ble fremmet om unntak for «arbeidsrett» («labour law»), av komiteer i Europaparlamentet, hadde ingen referanser til fellesskapsretten;⁹¹ det hadde heller ikke de formuleringene som Europaparlamentet vedtok i februar 2006.⁹² Kommisjonens reviderte direktivforslag hadde med en henvisning til fellesskapsretten, med en litt annen formulering.⁹³ Den formuleringen som til sist ble vedtatt, skriver seg fra Rådets første behandling. Selv om den ble gjenstand for diskusjon, innebærer den imidlertid ingen realitetsendring i forhold til utgangspunktet.⁹⁴ Det er et generelt – og ganske selvsagt – prinsipp at nasjonal rett i alminnelighet må «respektere», eller være «i samsvar med», fellesskapsrettens regler. Nasjonal rett kan ikke stride mot traktatens eller sekundærlovgivningens regler – og et direktiv kan ikke fritas for plikten til å etterleve overordnet rett. Gjennom en omfattende og konsekvent rettspraksis har EF-domstolen lagt det samme prinsippet til grunn på områder der fellesskapet ikke har direkte reguleringskompetanse. Selv om det for eksempel ikke kan gis fellesskapsregler om utformingen av nasjonale trygderegler, om lønnsfastsettelse eller om arbeidskamp, er medlemsstatenes frihet til å regulere slike spørsmål begrenset av fellesskapsretten på en indirekte måte: Nasjonale regler kan ikke utformes slik at de undergraver eller kommer i konflikt med de rettigheter som fellesskapsrettens direkte reguleringer skal sikre.⁹⁵ Tjenstedirektivet gjør ingen endring i dette prinsippet, verken ved å fravike det til fordel for større frihet på nasjonalt nivå eller ved å gripe inn med større begrensninger enn ellers i forhold til fellesskapsretten i sin alminnelighet.

I dette ligger et ytterligere poeng som er felles, ikke bare for unntaksreglene, men også for tjenstedirektivet og andre slike reguleringer. Hvis noe ikke er omfattet av en unntaksregel eller av direktivet, kan det likevel være at forholdet faller inn under annen og alminnelig fellesskapsrett.

⁹⁰ Kapittel IV i direktivet omhandler fri bevegelse for tjenstestellere.

⁹¹ Jf. IMCO Draft Report (provisional), 25. mai 2005, s. 39, og EMPL Draft Opinion, 10. mai 2005, s. 33 (hvor det lakonisk heter «This Directive does not affect labour relations between workers and employers»), samt EMPL Opinion, 19. juli 2005, s. 51 (hvor formuleringen er bygget ut).

⁹² Jf. European Parliament, Texts adopted by Parliament 16 February 2006, s. 29.

⁹³ Jf. COM(2006) 160 endelig, 4. april 2006.

⁹⁴ Jf. også Ødegård 2007:21–22.

⁹⁵ Se f.eks. sak C-120/95 *Nicolas Decker v Caisse de Maladie des Employés Privés*, EFD 1998 I-1831, sak C-307/05 *Yolanda Del Cerro Alonso – Osakidetza-Servicio Vasco de Salud* (dom 13. september 2007), EFD 2007 I-00000, og dommen i *Laval*-saken, avsnitt 87 med henvisning til flere eldre saker.

4.2 Regelstrukturen

4.2.1 Utstasjoneringsdirektivets forrang

For slike spørsmål som utstasjoneringsdirektivet omhandler, skal dette direktivets regler gjelde. Det betyr at regler i tjensteddirektivet som ellers kunne tenkes anvendelige på samme saksforhold, ikke gjelder. Dette følger av tjensteddirektivets artikkel 3 nr. 1 generelt og av artikkel 17 nr. 2 spesielt i forhold til samme direktivs artikkel 16.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i dette for en vurdering av tiltak i «handlingsplanen mot sosial dumping». Hvis et tiltak ligger innenfor det som omfattes av utstasjoneringsdirektivet, har tjensteddirektivet ingen betydning. Hvis et tiltak *etter sin art* er et som kunne ligge innenfor rammen av utstasjoneringsdirektivet, men er for vidtgående, ligger det nærmest å se saken på samme måte. Tjensteddirektivet vil ikke ha noen betydning eller noen direkte anvendelse for grensedragningen. Spørsmålet om noe er for vidtgående i forhold til utstasjoneringsdirektivet, må avgjøres ut fra alminnelige fellesskapsrettslige regler, med EF-traktatens artikkel 49 (EØS artikkel 36) som den sentrale forankring.

Hvis et tiltak etter sin art ligger utenfor rammen av utstasjoneringsdirektivet, blir det første spørsmålet om det kan falle inn under en annen unntaksbestemmelse i tjensteddirektivet. Praktisk sett vil det her være tale om artikkel 1 nr. 6 eller 7. Hvis et forhold ikke faller inn under noen slik unntaksbestemmelse, blir det neste spørsmålet om forholdet kan henføres under en annen konkret bestemmelse i tjensteddirektivet. Hvis heller ikke det er tilfellet, vil det være fellesskapsrettens *alminnelige* regler som er avgjørende.

De enkelte bestemmelsene i utstasjoneringsdirektivet er det ingen grunn til å gå inn på i detalj her. Det er gitt en oversikt i avsnitt 2.2 foran. En generell fortolkningsdiskusjon uten referanse til spesifikke problemstillinger er en meget omfattende oppgave, og er ikke nødvendig for formålet her. Den konkrete vurderingen av om tjensteddirektivet vil ha betydning, må ta utgangspunkt i de konkrete tiltakene det er tale om (jf. i 4.4 nedenfor)

4.2.2 «Arbeidsrettsunntaket»

Dette leder først videre til unntaksbestemmelsene i artikkel 1 nr. 6 og 7. Disse lyder slik:⁹⁶

6. Dette direktiv berører ikke arbeidsretten, dvs. bestemmelser i lov eller kontrakt om ansettelsesvilkår, arbeidsforhold, herunder sunnhet og sikkerhet på arbeidsplassen, og om forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, som anvendes av medlemsstatene i nasjonal rett som respekterer fellesskapsretten.[...]

7. Dette direktiv berører ikke utøvelsen av grunnleggende rettigheter som er anerkjent i medlemsstatene og i fellesskapsretten. Det berører heller ikke retten til å forhandle om, inngå og håndheve tariffavtaler og retten til å gå til arbeidskamp i henhold til nasjonal rett og praksis som respekterer fellesskapsretten.

⁹⁶Tekstene gis her i vår oversettelse til norsk. Oversettelsen tar utgangspunkt i den danske tekstversjonen, men denne er supplert med flere, spesielt den engelske, den franske og den tyske. Den danske versjonen er ikke ordlydsmessig heldig i alle henseender. Uttrykket «retlige eller kontraktretlige» virker unektelig fremmed i skandinavisk terminologi. Det blir vesentlig tydeligere hva som menes f.eks. med den tyske, eventuelt den franske teksten – «gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen», hhv. «dispositions légales ou contractuelles».

Bestemmelsene knytter seg til det vi tidligere har kalt «arbeidsrettsområdet». Artikkel 1 nr. 6 bruker uttrykket «arbeidsretten».⁹⁷ Det kan gi assosiasjoner til hele rettsfeltet eller området for disiplinen arbeidsrett. Men i direktivets sammenheng kan uttrykket ikke forstås på en så omfattende måte. Det går frem av distinksjonen mellom nr. 6 og nr. 7 ved at sentrale kollektivarbeidsrettslige temaer er omfattet av det siste. Dessuten går det eksplisitt frem av nr. 6 hva som menes med «arbeidsretten» i denne bestemmelsens forstand. Oppregningen i nr. 6 favner vidt. Grovt sett faller den i tre hoveddeler:

- ansettelsesvilkår («terms and conditions of employment»);
- arbeidsforhold – som særlig omfatter sunnhet og sikkerhet på arbeidsplassen; og
- «forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere».

Ordlyden gir i seg selv ingen særlig veiledning for tolkningen med hensyn til hva dette skal omfatte. Fortalens pkt. 14 kan gi litt mer av en pekepinn. Der heter det:

[...] arbeids- og ansettelsesvilkår som f.eks. maksimal arbeidstid og minimum hviletid, minste antall betalte feriedager pr. år, minstelønn og sikkerhet, sunnhet og hygiene på arbeidsplassen, og forholdet mellom arbeidsmarkedets parter, [...]

Eksemplene indikerer at det typisk er regulering for individuelle arbeidsforhold – om (minste) lønn, arbeidstid, fritid, permisjoner, m.v. – og regulering av det vi med hjemlig terminologi kan kalle arbeidsmiljø, som omfattes av de to første alternativene. Det tredje må nok forstås slik at det retter seg mot ulike former for arbeidstakerrepresentasjon og deltakelse i beslutningsprosesser, informasjons- og drøftelsesprosedyrer, m.v. Det er i første rekke slike emner som vil skille «forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere» fra det videre uttrykket «forholdet mellom arbeidsmarkedets parter», som knytter seg nærmere til de kollektivrettslige temaene som er beskrevet i artikkel 1 nr. 7.

Heller ikke her er det grunn til å gå inn på en generell fortolkningsdiskusjon. Som ved tolkningsspørsmål ellers vil det være en del reguleringstemaer som typisk sett faller innenfor bestemmelsenes ramme, mens grensedragningene i andre tilfeller vil volde tvil. De enkelte regler, tiltak eller ordninger må nødvendigvis vurderes konkret.

4.2.3 Vikarbyråunntaket

Etter artikkel 2 nr. 2, e, omfatter tjenstedirektivet *ikke* «tjenesteytelser i forbindelse med vikarbyråer».⁹⁸ Formuleringen skriver seg fra Kommisjonens reviderte direktivforslag fra april 2006. Den ble tatt inn etter at Europaparlamentet hadde vedtatt et knappere formulert unntak for vikarbyråer i februar samme år. Formuleringen lød bare «temporary work agencies», kort og godt. Kommisjonens forslag var for så vidt en tilslutning til Parlamentets vedtak på dette punktet. Samtidig avviste Kommisjonen et annet endringsforslag om en klausul i fortalen, om at det burde skje en full harmonisering av regelverket for denne typen virksomhet.⁹⁹ Ut fra sammenhengens må det anses klart at nr. 2, e, ikke bare omfatter selve leveringen av tjenester,

⁹⁷ Den danske versjonens «de arbejdsretlige regler» skiller seg litt ut her, i andre tekstversjoner er formuleringen mer direkte: «arbeitsrätten», «labour law», «droit du travail», «al Derecho laboral», «das Arbeitsrecht», «het arbeidsrecht».

⁹⁸ I den engelske tekstversjonen lyder formuleringen: «services of temporary work agencies».

⁹⁹ Se COM(2006) 160 endelig, s. 4, jf. Texts adopted by Parliament 16 February 2006, Amendment 301 (s. 7) og Amendment 300 (s. 30).

men at også nasjonale reguleringer av vilkår for etablering, registrering, o.l., er unntatt fra tjensteddirektivets område.

4.2.4 Sammenfatning

Det fremgår av dette at tjensteddirektivet ikke har noen alminnelig anvendelse på arbeidsrettsområdet, eller for arbeidsrettslige spørsmål. Bestemmelsene om forrang/unntak for utstasjoneringsdirektivet plasserer sentrale, kanskje de mest sentrale, arbeidsrettslige temaer ved grenseoverskridende tjensteytelser utenfor tjensteddirektivets nedslagsfelt. Fallene som ikke innfaller under utstasjoneringsunntaket, er et neste spørsmål om det kan omfattes av unntaket for «arbeidsretten» m.v. i tjensteddirektivets artikkel 1 nr. 6 og 7. Det er først hvis også svaret på dette er nei – og det ikke er tale om vikarbyråer – at bestemmelser i tjensteddirektivet eventuelt vil kunne få anvendelse. Spørsmålet blir i så fall om det er konkrete bestemmelser i direktivet som kan anvendes på forholdet. En annen sak er at fellesskapsrettens alminnelige tjensteregler – EF-traktatens artikkel 49, m.v. – uansett vil gjelde. Like lite som tjensteddirektivet gir en uttømmende regulering på tjensteområdet, like lite setter det de alminnelige tjenstereglene ut av spill.

Her reiser det seg et særlig spørsmål knyttet til forståelsen av tjensteddirektivets artikkel 16 nr. 1. Oppstillingen av grunner i tredje ledd, b, som kan berettigje krav eller restriksjoner, er knappere enn det sett av hensyn EF-domstolen har anerkjent under doktrinen om «tvingende allmenne hensyn». I artikkel 16 nr. 1 nevnes bare «hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet, den offentlige sunnhet eller beskyttelsen av miljøet» som slike hensyn som kan berettigje restriksjoner (hensyn som kan gjøre restriksjoner «nødvendige»). Det illustreres av fortalens pkt. 40, hvor de fleste typene av hensyn er regnet opp. Det omfatter blant annet opprettholdelse av samfunnsordenen, sosialpolitiske mål, forbrukerbeskyttelse, beskyttelse av arbeidstakere, herunder den sosiale beskyttelse av disse, dyrevelferd, opprettholdelse av den økonomiske balanse i det sosiale sikringssystem, i tillegg til mye annet. Men dette punktet er da også egnet til å vise at det neppe kan antas at teksten i artikkel 16 nr. 1 tredje ledd, b, er ment å skulle være uttømmende. Fortalens betraktning fremstiller seg tvert imot som en «forklaring» på hvordan direktivteksten skal forstås. Til dette kommer at domstolens alminnelige tilnærming er at et direktiv på dette området må tolkes i lys av traktatens artikkel 49. Det er lite tenkelig at domstolen vil innta en annen stilling og la direktivet lede til omfattende innskrenkninger av hva som kan anses som slike «tvingende allmenne hensyn» som kan berettigje restriksjoner.

Alt i alt er unntakene for arbeidsrettslige spørsmål omfattende. Det følger også av det som er sagt ovenfor at tjensteddirektivets artikkel 16 har liten, om noen, betydning på dette området. Dels er hele artikkel 16 satt til side så langt unntaket for utstasjoneringsdirektivet rekker. Det samme gjelder i relasjon til unntakene i artikkel 1 nr. 6 og 7.¹⁰⁰ Artikkel 16 nr. 1 og 2 vil bare ha betydning for forhold som ikke faller inn under disse unntaksbestemmelsene. Det springende punkt blir for så vidt om en regulering, et tiltak, eller lignende, kan bedømmes slik at det faller inn under eller utenfor en unntaksbestemmelse.

Dette gjelder også for tiltakene i «handlingsplanen mot sosial dumping». Når vi i det følgende går over til å vurdere disse, knytter vi vurderingene til den strukturen i tjensteddirektivets regelsystem som vi har redegjort for ovenfor.

4.3 Direktivet og handlingsplanens ulike tiltak

For å svare på spørsmålet om tjensteddirektivet vil ha konsekvenser for «handlingsplanen mot sosial dumping», må de enkelte tiltakene i planen vurderes mot den bakgrunnen det nå er redegjort for. Drøftelsene knytter seg til beskrivelsene av de ulike tiltakene i kapittel 3.

¹⁰⁰ Jf. i tillegg artikkel 16 nr. 2, f og nr. 3.

4.3.1 Godkjenningsordning for vikarbyråer/bemanningsforetak og vilkår for inn- og utleie av arbeidskraft

Disse tiltakene er beskrevet i avsnitt 3.2.1 foran.

Nasjonale regler om vilkår for utleie – og dermed for så vidt innleie – av arbeidskraft faller inn under utstasjoneringdirektivet, jf. dets artikkel 3 nr. 1, bokstav d. Dette gjelder også slike tjenester som ytes av vikarbyråer/bemanningsforetak, jf. videre artikkel 1 nr. 3 bokstav c og artikkel 3 nr. 9. I tillegg er vikarbyråer særskilt unntatt fra tjensteddirektivet, jf. i 4.2.3 foran. På dette området vil en eventuell gjennomføring av tjensteddirektivet dermed ikke ha direkte konsekvenser.¹⁰¹

4.3.2 Styrking av tilsynsmyndighetenes virke- og sanksjonsmidler

Dette tiltaket er beskrevet i avsnitt 3.1.1 foran.

Det som omfattes av dette tiltaket, er knyttet til kontroll og håndhevelse av allmenngjøringsloven. Denne loven er et element i den norske gjennomføringen av utstasjoneringdirektivet. Direktivet krever at medlemsstatene skal «treffe egnede tiltak i tilfelle av manglende overholdelse av dette direktiv», jf. artikkel 5. Det omfatter også kontrolltiltak. Det er utvilsomt at de alminnelige tjenstereglene (og dermed EØS-avtalen) prinsipielt sett tillater at det etableres ordninger for å sikre at tiltak som skal beskytte slike interesser som vernes av utstasjoneringdirektivet, blir etterlevd. Om tiltak som knytter seg til kontroll og håndhevelse av dette direktivet, skal anses å være for vidtgående, er spørsmål som vil avgjøres etter de alminnelige tjenstereglene, hvor særlig proporsjonalitetskravet vil stå sentralt.¹⁰² Disse tiltakene i handlingsplanen ligger *tematisk* klart innenfor den rammen som trekkes opp av utstasjoneringdirektivet. De faller da utenfor tjensteddirektivets virkefelt. Tjensteddirektivet vil dermed ikke ha noen selvstendig betydning her.

4.3.3 Informasjonsplikt, påseplikt og innsynsrett

Disse tiltakene er beskrevet i avsnitt 3.1.2 og 3.1.3.

En informasjonsplikt for oppdragsgiver slik den nå er fastsatt i forskriften av 22. februar 2008, kan ikke antas å volde problemer. Dette tiltaket må nok sies å ligge utenfor rammen av utstasjoneringdirektivets artikkel 4. For så vidt faller det utenfor unntaksbestemmelsen i tjensteddirektivets artikkel 3 nr. 1. Det er heller ikke nærliggende å anse at det vil omfattes av artikkel 1 nr. 6. Men det er tale om en plikt som vil rette seg mot den *innenlandske* oppdragsgiver, ikke mot en utenlandsk tjensteyter. I utgangspunktet er det dermed ikke tale om noen restriksjon på den frie bevegelse av tjenester. Eventuelle indirekte effekter for en tjensteyter må antas å være helt minimale. De vil dessuten ha bakgrunn i hensynet til å ivareta et legitimt formål, nemlig etterlevelsen av den nasjonale regulering, hvilket i prinsippet er i samsvar med utstasjoneringdirektivets regler. Vi kan derfor vanskelig se at dette tiltaket, isolert sett, kan antas å støte an mot de alminnelige tjenstereglene eller mot tjensteddirektivets artikkel 16 nr. 1.

¹⁰¹ Skranker på dette området vil eventuelt følge av de alminnelige tjenstereglene; jf. eksempelvis EF-domstolens sak C-490/04 *Commission of the European Communities against the Federal Republic of Germany*, EFD 2007 I-00000, avsnitt 83–89.

¹⁰² Se f.eks. forenede saker C-369/96 and C-376/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, as the party civilly liable (C-369/96), and Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, as the party civilly liable (C-376/96)*, EFD 1999 I-8453, avsnitt 38 og 62; sak C-244/04 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, EFD 2006 I-855, avsnitt 36; og sak C-490/04 *Commission of the European Communities against the Federal Republic of Germany*, EFD 2007 I-00000, avsnitt 63–80.

Når det gjelder reglene om «påseplikt» og innsynsrett for tillitsvalgte, er utgangspunktet et litt annet. Begge disse tiltakene er former for *kontrolltiltak* knyttet til allmenngjøringsloven og dermed til utstasjoneringsdirektivet. Som alt påpekt er kontrolltiltak i prinsippet tillatelige. Utstasjoneringsdirektivet tar som utgangspunkt at tilsyn og kontroll utføres av offentlige myndigheter (jf. artikkel 4 nr. 2). Det kan likevel neppe være prinsipielt til hinder for at private – aktører i arbeidsmarkedet – tillegges kontrolloppgaver. I hvilken utstrekning det vil kunne gjøres, er det ikke grunn til å gå inn på her. Vi nøyer oss med å bemerke at ordninger som i større eller mindre grad dublerer andre, gjør tilsyn og kontroll mer byrdefullt for kontrollobjektet. Slike ordninger vil dermed innebære en tilleggsbyrde som kan stride mot de alminnelige tjenestereglens proporsjonalitetskrav. Men ut fra innholdet i tiltakene og de hensyn som skal ivaretas, vil imidlertid begge disse tiltakene tematisk sett ligge innenfor den rammen som trekkes opp av utstasjoneringsdirektivet. De faller da utenfor tjensteddirektivets virkefelt, og heller ikke her kan vi derfor se at tjensteddirektivet vil ha noen selvstendig betydning.

4.3.4 Id-kort i byggenæringen

Etter forskriftens § 1 er *formålet* med denne ordningen «å ivareta sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- og anleggsplasser» (se beskrivelse av tiltaket i avsnitt 3.2.3). Regler på dette området faller saklig sett innenfor utstasjoneringsdirektivets ramme, jf. dets artikkel 3 nr. 1, bokstav e. De vil også falle inn under «arbeidsrettsunntaket» i tjensteddirektivets artikkel 1 nr. 6, som praktisk sett favner det samme feltet. Id-korttiltaket vil for så vidt falle utenfor tjensteddirektivets anvendelsesområde.

En reservasjon må likevel gjøres for enkeltpersonsforetak som er enmannsforetak (en «selvstendig næringsdrivende»). Forskriften gjelder for «virksomhet» som utfører arbeid på bygge- og anleggsplasser jf. § 2. For en tjensteyter som er arbeidsgiver, vil plikten til å sørge for id-kort for egne ansatte falle inn under unntakene nevnt ovenfor. Det er da heller ikke grunn til å vie særlig oppmerksomhet til tjensteddirektivets artikkel 16 nr. 2 bokstav e («forbud mot særlig identitetsbevis»). Vi nøyer oss med å peke på at forbudet gjelder overfor tjensteyteren. For direktivets formål er «tjensteyter» definert i artikkel 4 nr. 2. Begrepet omfatter den som «utbyr eller utfører en tjensteytelse». Arbeidstakere vil, etter den alminnelige fellesskapsrettslige forståelsen av arbeidstakerbegrepet, ikke falle inn under direktivets tjensteyterbegrep. Arbeidstakerbegrepet er ikke definert i direktivet. For en tjensteyter som er enkeltpersonsforetak, vil det derimot være usikkert om unntakene kan få anvendelse. Det må i tilfelle knyttes til sikkerhets-, helse- og miljøhensyn med forankring i arbeidsmiljøloven § 2-2. Hvis dette ikke kan legges til grunn, vil tjensteddirektivets artikkel 16 nr 2 bokstav e gjelde.

Det må likevel pekes på at retten for en tjensteyter – arbeidsgiver – til å få id-kort utstedt til sine ansatte, er betinget av at den har oppfylt visse opplysnings- og registreringsplikter, jf. forskriften § 3 annet ledd. Både forutsetningene for å kunne oppnå registrering og omfanget av opplysnings- og registreringsplikter kan reise spørsmål i forhold til de alminnelige tjenestereglene og proporsjonalitetskravet. Det ligger imidlertid utenfor rammen her å gå nærmere inn på dette. Gitt at tiltaket etter sin art er noe som faller innenfor utstasjoneringsdirektivets virkefelt, vil en gjennomføring av tjensteddirektivet ikke ha noen selvstendig betydning for id-kortordningen.

4.3.5 Kontraktsklausuler om lønnsvilkår og «kontraktører»

Disse tiltakene er beskrevet i avsnitt 3.2.4.

Påbud om kontraktsklausuler om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige oppdragsgiveres tjenstekontrakter vil angå forhold som er oppregnet i utstasjoneringsdirektivets artikkel 3 nr. 1, og omfattes i prinsippet av dette direktivet. Det illustreres for så vidt av *Rüffert*-saken, som

p.t. verserer for EF-domstolen.¹⁰³ Det kan reises spørsmål om en slik metode for å fastsette lønns- og arbeidsvilkår er en måte som er tilstrekkelig etter direktivets art. 3 nr. 1 jf. nr. 8 og 10. Direktivets bestemmelser forutsetter fastsettelse i lov eller gjennom «allment gyldige» tariffavtaler.¹⁰⁴ Det er imidlertid et spørsmål om rekkevidden av utstasjoneringdirektivet og de alminnelige tjenestereglene. Vi kan ikke se at tjensteddirektivet vil ha noen direkte eller selvstendig betydning på dette punkt.

I *Rüffert*-saken er utgangspunkt at delstaten Niedersachsen, med hjemmel i delstatsloven om offentlige anskaffelser, krever at anbydere skriftlig må påta seg å sikre at arbeidstakere som skal utføre arbeid som omfattes av en kontrakt, får minst samme lønn som fastsatt i den tariffavtalen som gjelder på det sted det aktuelle arbeidet skal utføres. Det er da tale om tariffavtaler som ikke er «allmenngjort». Hovedentreprenørens ansvar omfatter også underentreprenører og deres ansatte. Generaladvokat Bot har i sin innstilling gått inn for at den aktuelle ordning må aksepteres i forhold både til utstasjoneringdirektivet og til EF-traktatens artikkel 49 (se nærmere Evju 2007). Domstolens kommende avgjørelse kan gi avklaringer så vel på dette feltet som i forhold til spørsmål som er drøftet i *Laval*-dommen.

De såkalte *antikontraktørklausuler* står i en annen stilling. Det som forskriften om offentlige anskaffelser her gjør, i § 3-11 (4), er å hjemle en adgang for offentlige oppdragsgivere til å stille krav om særskilte kontraktsvilkår for å inngå kontrakt med tjenesteytere. Her er det altså ikke tale om en regulering av rettigheter og plikter for arbeidstakere – annet enn i beste fall helt indirekte – men derimot tale om å kreve at en tjenesteyter er organisert i eller opptrer i bestemte former. Dette faller klart utenfor utstasjoneringdirektivets anvendelsesområde, og det vil likeledes falle utenfor «arbeidsrettsunntaket» i tjensteddirektivets artikkel 1 nr. 6.¹⁰⁵ Det har allerede før tjensteddirektivet ble foreslått og vedtatt vært ansett tvilsomt om slike «antikontraktørklausuler» kan anses forenlige med EØS-retten.¹⁰⁶ De innebærer begrensninger i mulighetene for lovlig organiserte virksomheter til å konkurrere om offentlige kontrakter. Allerede i forhold til EFs anskaffelsesdirektiver, som er en del av EØS-avtalen,¹⁰⁷ og de alminnelige tjenestereglene kan dette være en uakseptabel restriksjon på adgangen til å yte tjenester fritt over landegrensene. Ved en gjennomføring av tjensteddirektivet er det all grunn til å anta at slike klausuler vil måtte anses å stride mot den spesielle forbudsbestemmelsen i direktivets artikkel 16 nr. 2 bokstav d, som forbyr:

anvendelse av spesielle kontraktsmessige bestemmelser [ordninger] mellom tjenesteyteren og mottakeren av tjenesten, som hindrer eller begrenser selvstendiges muligheter for at utføre tjenesteytelser.¹⁰⁸

På dette punktet må det således antas at en gjennomføring av tjensteddirektivet vil medføre at bruk av slike klausuler må opphøre.

¹⁰³ C-346/06 Rechtsanwalt Dr Dirk Rüffert, as the liquidator of the assets of Objekt und Bauregie GmbH & Co KG v Land Niedersachsen. Generaladvokat Bot avga innstilling 20. september 2007.

¹⁰⁴ Jf. illustrasjonsvis EF-domstolens dom i *Laval*-saken.

¹⁰⁵ At artikkel 1 nr. 7 ikke har noen anvendelse, er ikke mindre åpenbart.

¹⁰⁶ Jf. Ot.prp. nr. 3 (2000–2001) s. 31–32, med henvisninger videre til NOU 1997: 21 og Ot.prp. nr. 71 (1997–98).

¹⁰⁷ Europaparlamentets og Rådets direktiver 2004/17/EF og 2004/18/EF (med endringer ved Kommisjonens direktiv 2005/51/EF og Europaparlamentets og Rådets direktiv 2005/75/EF). Det generelle anskaffelsesdirektivet (2004/18/EF) er gjennomført i norsk rett gjennom forskriften om offentlige anskaffelser (forskrift 7. april 2006 nr. 402).

¹⁰⁸ Oversettelsen her er basert på de engelske, franske og tyske språkversjonene av direktivet. Den svenske språkversjonen ligger tett opp til disse; den danske har en litt avvikende form.

4.4 Sammenfatning

Tjenestedirektivet favner vidt. Men det har omfattende unntak for emner av arbeidsrettslig karakter. Om «opprinnelseslandsprinsippet» kan sies å leve videre i stor grad selv om begrepet er gått ut av det vedtatte direktivet, er dette ikke på noen måte tilfellet på arbeidsrettsområdet. Gjennom unntaksbestemmelsene faller det alt vesentlige av arbeidsrettsrelaterte spørsmål ved tjenesteytelser over landegrensene utenfor tjenestedirektivet. Det mest sentrale regelverket i denne sammenhengen er utstasjoneringsdirektivet, som kan sies å bygge på «vertsstatsprinsippet». Det er ikke dermed sagt at dette ikke har sine grenser, eller er uproblematisk. Det er imidlertid ikke et tema her. Problemstillingen er knyttet til mulige virkninger av en eventuell gjennomføring av tjenestedirektivet i norsk rett. Hovedsynspunktet vil da være at for arbeidsrettslige spørsmål i alminnelig forstand vil tjenestedirektivets regler ikke ha noen direkte eller selvstendig betydning. Det gjelder også i forhold til de ulike tiltakene i «handlingsplanen mot sosial dumping». Et unntak gjelder imidlertid for anvendelsen av «antikontraktørklausuler». Som vi også har pekt på foran, vil det i prinsippet også gjelde et unntak for den nylig vedtatte informasjonsplikten for oppdragsgivere. Men at en slik plikt rent prinsipielt kan falle inn under tjenestedirektivets virkeområde, vil neppe ha noen praktisk betydning.

Referanser

- Alsos, Kristin og Anne Mette Ødegård (2007) *Sikrer Norges framtid på minstelønn. Østeuropeisk arbeidskraft på petroleumsanlegg på land*. Fafo-rapport 2007:32. Oslo: Fafo.
- Arnesen, Finn (2006) *Virkningen av at opprinnelseslandsprinsippet er tatt ut av tjenstedirektivet*. Notat til Nærings- og handelsdepartementet.
- Evju, Stein (2003) «Labour-only contracting – the Norwegian way». I: Blanpain, Roger og Manfred Weiss, red, *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law. Liber Amicorum in Honour of Professor Marco Biagi. (Studies in Employment and Social Policy, 23)*, p. 113–126. The Hague/London/New York: Kluwer Law International.
- Evju, Stein (2006) *Evaluering av almenngjøringsordningen – høring*. [Høringsuttalelse, brev av 13. januar 2006 fra S.E. til Arbeids- og inkluderingsdepartementet.] Nettpublisert på: http://www.odin.dep.no/aid/norsk/dok/hoeringer/paa_hoering/046031-990040/ram002-bn.html#ram2 (16.01.2006).
- Evju, Stein (2007) «Utstasjonering, offentlige anbud, lønn – EF-domstolens sak C-346/06 *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert* [‘bobestyrer’] mot Land Niedersachsen, Generaladvokatens innstilling 20. september 2007.» *Nytt i privatretten*, 4, s. 5–6.
- Evju, Stein (2008) «Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv.» *Arbeidsrett*, 2008 (under utgivelse).
- Grünfeld, Leo (2004) *EUs forslag til nytt tjenstedirektiv. Samfunns- og næringsøkonomiske konsekvenser for Norge*. Notat 669. Oslo: NUPI.
- Hjelmeng, Erling, og Olav Kolstad (2006) «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger». *Arbeidsrett*, 2006, s. 1–41.
- Stensvik, Kjetil (2007) *Arbeidstakeres mobilitet under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester. Nasjonal regulering av lønns- og arbeidsvilkår ved grenseoverskridende tjenestevirksomhet – særlig om sosial dumping*. IUSEF nr.51. Senter for europarett. Universitetet i Oslo. Oslo: Universitetsforlaget.
- Ødegård, Anne Mette (2007) *Tjenstedirektivets betydning for reguleringer i arbeidslivet*. Fafo-notat 2007:2. Oslo: Fafo.

Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping

Nærings- og handelsdepartementet har bedt Fafo om å vurdere hvilke konsekvenser tjenestedirektivet kan ha for regjeringens arbeid mot sosial dumping. Hovedspørsmålet i denne utredningen er om regulerings- og kontrolltiltakene i regjeringens handlingsplan mot sosial dumping kan gjennomføres eller videreføres dersom tjenestedirektivet gjøres til en del av EØS-avtalen. Fafo har laget utredningen i samarbeid med professor Stein Evju, Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.



Borggata 2B/Postboks 2947 Tøyen
N-0608 Oslo
www.fafo.no

Fafo-notat 2008:05
Bestillingsnummer 10049
ISSN 0804-5135