

NHO
Postboks 5250 Majorstuen
0303 Oslo

Oslo, 27. februar 2012

Virke
Postboks 2900 Solli
0230 Oslo

Spekter
Postboks 1700 Vika
0117 Oslo

Høring – forslag til tiltak for å sikre at regler vedrørende inn- og utleie av arbeidskraft etterleves – kommentarer til Stein Evjus addendum

Det vises til høringsrunden som er gjennomført i forbindelse med regjeringens tiltakspakke som planlegges innført ved implementeringen av EUs vikarbyrådirektiv. Wiersholm har på vegne av NHO, Virke og Spekter utredet enkelte problemstillinger i den forbindelse. Notatet er datert 20. januar 2012, og er vedlagt de tre organisasjoners høringsuttalelse. Stein Evju har i et addendum 1. februar 2012 kritisert vår utredning og anfører at det ikke er grunn for departementet til å utrede de EØS- og EMK-relaterte spørsmålene nærmere. Hans bemerkninger gjør det nødvendig med en kommentar.

Vi noterer oss at det denne gangen er våre vurderinger som i polemisk form kritiseres av Evju, mens det i hans opprinnelige høringsuttalelse datert 13. desember 2011 var Arbeidsdepartementets *utforming* av høringsnotatet som fikk gjennomgå. Vi vil i vår kommentar til Evjus addendum avstå fra å kommentere spørsmål om form, og konsentrere oss om kommentarene på innholdet i vår vurdering.

Forholdet til EØS-avtalen

Evjus hovedkritikk er at vi skal ha oversett ESAs uttalelse av 2. mars 2011, som ga uttrykk for at bestemmelsene om innsynsrett og solidaransvar etter allmenngjøringsloven og tilhørende forskrifter, er forenlig med EØS-avtalen art. 36.

Etter vår vurdering gir ikke denne ESA-uttalelsen svar på om det solidaransvaret som nå ønskes innført for innleievirksomheter er i henhold til EØS-avtalen. Selv om det kan trekkes paralleller mellom allmenngjøringslovens solidaransvar og solidaransvaret som nå foreslås innført i arbeidsmiljølovens kapittel 14, er det likevel viktige forskjeller. Da solidaransvar ble innført i allmenngjøringsloven § 13, hadde Arbeidsdepartementet konkret erfaring med allmenngjøringsloven som redskap mot sosial dumping. Selv om utenlandske arbeidstakere innenfor visse bransjer var sikret likeverdige lønns- og arbeidsvilkår gjennom allmenngjøringsinstituttet, var det likevel påvist tilfeller av sosial dumping. I Ot.prp. nr 88 (2008-2009) punkt 1.4 fremgår at Arbeidstilsynet hadde gjennomført flere tilsyn der det blant annet var gitt pålegg om å rette opp lønns- og arbeidsvilkår i strid med allmenngjøringsforskriftene. De aller fleste reaksjoner var knyttet til forhold i byggebransjen. I proposisjonens punkt 4.1 fremgår at det var mange arbeidstakere som fikk utbetalt lavere lønn enn det som fulgte av gjeldende allmenngjøringsforskrifter. Solidaransvaret etter allmenngjøringsloven ble dermed innført etter en konkret vurdering av behovet for en slik ordning.

Det er mye som taler for at det ikke foreligger noe tilsvarende behov for et solidaransvar innenfor bemanningssektoren generelt. Det er så vidt vi vet få eksempler på at

bemanningssektoren ikke utbetaler den lønn vikarer har krav på, uavhengig av om vikaren har rettigheter som følge av allmenngjort tariffavtale eller ikke. (Vikarer som arbeider innenfor utsatte bransjer vil uansett fortsatt være beskyttet av solidaransvaret etter allmenngjøringsloven.)

Siden likebehandlingsprinsippet for vikarbyråansatte ennå ikke er innført i norsk rett, har vi heller ingen erfaring med om et vikarbyrå ikke vil forholde seg til plikten til å overholde prinsippet. Dersom likebehandlingsprinsippet og solidaransvaret innføres samtidig, innebærer det derfor en forskuttering av et problem som man ennå ikke vet om vil inntre. I vår utredning har vi påpekt at manglende dokumentasjon av et reelt behov for ordningen vil svekke tiltaket i en eventuell forholdsmessighetsvurdering i forhold til EØS-avtalens art 36. Hele formålet med vikarbyrådirektivet er å anerkjenne vikarbyråer som arbeidsgivere og gi de ansatte nødvendige rettigheter. Forslagene til implementeringstiltak går altså ut over direktivets egen regulering, og da må det påvises et særlig behov.

Det er også grunn til å understreke at solidaransvaret etter allmenngjøringsloven først kommer til anvendelse i de tilfeller det er truffet et vedtak av Tariffnemnda *"dersom det er dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke"*, jf. allmenngjøringsloven § 5. Før det blir tale om et solidaransvar for en oppdragsgiver, vil det derfor være konstatert at det foreligger brudd eller fare for brudd på § 5. Solidaransvar som en helt generell ordning i arbeidsmiljøloven kapittel 14 vil være et mye mindre treffsikkert tiltak, og vil omfatte et betydelig antall arbeidsgivere og bemanningsbyråer som allerede sikrer sine ansatte og vikarer gode arbeidsforhold. I mange situasjoner vil det ikke være behov for et solidaransvar for en innleievirksomhet. At det likevel foreslås som en rettslig forpliktelse for innleievirksomheter generelt, vil kunne skape en usikkerhet som særlig rammer utenlandske vikarbyråer.

ESA-uttalelsen som Evju har vist til i sitt addendum gir uansett bare et svar på hvordan ESA så på den aktuelle ordningen. Det er ikke gitt at EFTA-domstolen ville kommet til samme resultat, dersom spørsmålet hadde blitt reist for domstolen.

Evju viser i sitt addendum også til avgjørelsen Wolff & Müller (C-60/03) og anfører at den innebærer at EU-domstolen har sagt ja til et solidaransvar "i prinsippet". Det er grunn til å understreke at EU-domstolen i Wolff & Müller *ikke* foretar en forholdsmessighetsvurdering av solidaransvar som var innført for sikring av allmenngjort minstelønn i byggebransjen. I dommens premiss 43 fremgår det at tiltaket skal være; *"egnet til at sikre virkeliggjørelsen af det formål, den forfølger, og ikke gå videre end, hva der er nødvendig for at opfylde formålet."* Av premiss 44 fremgår det at det er den foreleggende rett som må ta stilling til dette spørsmålet. Selv om solidaransvar som sådan er godkjent som et virkemiddel, må det vurderes helt konkret om det er behov for innføring av et slikt tiltak innenfor hele bemanningssektoren.

Det relevante spørsmålet nå er hvorvidt det generelle solidaransvaret representerer en uforholdsmessig restriksjon i forhold til et utenlandsk byrås mulighet til å tilby tjenester i Norge. Her vil de *reelle* virkninger for vikarbyråets mulighet til å etablere seg i Norge være utslagsgivende, og Evju går ikke inn på dem.

Forholdet til EMK

I forhold til vår vurdering av innsynsrett og organisasjonsfrihet, synes Evjus hovedinnvending å være at det ikke finnes rettspraksis som vurderer den negative organisasjonsfriheten opp mot en slik form for innsynsrett som tiltakspakken foreslår. Dette har heller aldri vært hevdet fra vår side.

Som Evju selv påpeker, har grensene for vernet av den negative organisasjonsfriheten endret seg gjennom rettspraksis fra EMD. I dette ligger også at hva som tidligere har vært ansett å utgjøre grensene for vernet av organisasjonsfriheten, ikke vil være de samme i fremtiden. EMD fortolker EMK dynamisk – et forhold som ikke problematiseres i tilstrekkelig grad av Evju. Han bygger på en mer formalistisk tilnærming. Utfra vår erfaring med prosedyre for EMD, der norske særregler flere ganger har vært tilsidesatt, anlegger Evju derfor en for snever ramme for sine bemerkninger.

At nasjonale domstoler og EMD per i dag ikke har behandlet lignende ordninger som det foreliggende forslaget om innsynsrett, betyr ikke at det av dette kan slutes at ordningen ikke er konvensjonsstridig. Det er selvsagt ikke slik at konvensjonsstrid først oppstår når spørsmålet vurderes av en domstol.

Tvert om måtte Evju for å vinne frem med sine bemerkninger ha vurdert følgende problemstilling: Hvilke andre land har gjennomført en ordning der representanter for fagforbund som har uttrykt klar skepsis til bruk av vikarer, gis detaljert innsyn i lønns- og arbeidsvilkår nettopp til vikarene. Denne informasjonsflyten må i beste fall sies å være uvanlig, og vil innebære at vikaren overgir informasjon til fagforbund vedkommende selv ikke tilhører, og som har som mer eller mindre uttalt policy at bruk av vikarer bør bekjempes, slik at vedkommende vikars yrkesmuligheter innskrenkes tilsvarende.

Vår vurdering peker på ulike forhold, deriblant rolleblanding og interessemotsetninger, som gir grunn til å hevde at innsynsretten vil kunne oppfattes som problematisk av de innleide arbeidstakerne som utsettes for innsyn. Samlet medfører disse forholdene etter vårt syn et press mot de innleide arbeidstakernes negative organisasjonsfrihet.

At dette spørsmålet så langt ikke er vurdert opp mot prinsippet om negativ organisasjonsfrihet av domstolene, betyr ikke at verken norske domstoler eller EMD i fremtiden vil konkludere med at ordningen står seg.

Også her vil vårt spørsmål være om Arbeidsdepartementet kan være sikker på hvilket resultat en domstol vil komme til dersom en innleid arbeidstaker motsetter seg at tillitsvalgte i innleiebedriften skal få innsyn i vedkommendes lønns- og arbeidsvilkår. Etter vårt syn er dette spørsmålet beheftet med vesentlig usikkerhet, og det er nettopp denne usikkerheten vi har pekt på at Arbeidsdepartementet burde ha utredet nærmere.

Med vennlig hilsen
for Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS



Anders Ryssdal
asr@wiersholm.no