

STEIN EVJU

Professor i arbeidsrett, Universitetet i Oslo
Honorær professor, Handelshøjskolen, Aarhus Universitet

Kontor:
Institutt for privatrett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs pl.
0130 OSLO

Privat:
Stertebakke 4 B
3612 KONGSBERG

Besøksadresse: St. Olavs gate 23^{III}

Arbeidsdepartementet
Postbok 8019 Dep

Tlf.: 22 85 93 25 Tlf.: 32 98 52 99
Fax: 22 85 97 20 Mobil: 909 82 695
E-post: stein.evju@jus.uio.no E-post: stein@evju.co

0030 OSLO

4. mars 2012

Deres ref.: 11/2524

Min ref.: AD 12/004

HØRING – FORSLAG TIL TILTAK FOR Å SIKRE AT REGLER VEDRØRENDE INN- OG UMLEIE AV ARBEIDSKRAFTEN ETTERLEVES – ADDENDUM 2

Jeg viser til NHOs oversendelsesbrev av 28. februar d.å. Det er vedlagt en ny uttalelse fra Wiersholm, Mellbye & Bech, advokatfirma AS som repliserer til min tilleggsuttalelse av 1. februar d.å. Som sist viser jeg til dette som «Wiersholm» eller «notatet» Det gir anledning til noen ytterligere bemerkninger og presiseringer fra min side. Jeg registrerer at Wiersholm har heftet seg ved min «polemiske» form i min tilleggsuttalelse. Jeg er enig med Wiersholm i at det nu ikke er grunn til å gå inn på om min form var adekvat. Jeg forholder meg i det følgende til saksspørsmålene i samme rekkefølge som de er tatt opp i Wiersholms notat.

FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN

Her begynner jeg i en litt annen ende enn Wiersholm. Et utgangspunkt er at grensekryssende arbeidsutleie er en form for utstasjonering av arbeidstagere. Det går frem av utstasjoneringsdirektivets artikkel 1 nr. 3 litra c og, i samsvar med dette, likeledes av arbeidsmiljølovens § 1-7 annet ledd litra c, jfr. fjerde ledd og forskrift om utsendte arbeidstakere (2005) § 1. Jeg mener ikke å hevde at Wiersholm ikke er innforstått med dette. Men det er etter min oppfatning grunn til å gjøre det eksplisitt.

Denne reguleringen innebærer at grensekryssende arbeidsutleie inn i Norge er omfattet av av de grunnregler som følger av forskriftens § 2 første ledd. Slik utleie omfattes imidlertid bare av almengjøringsloven dersom den skjer til virksomhet som er omfattet av et almengjøringsvedtak, jfr. forskriftens § 2 annet ledd. Jeg behøver ikke å gå inn på for hvilke bransjer/områder det har foreligget eller foreligger almengjøringsforskrifter. Innleiepraksis kommer jeg tilbake til. Her er det nok å peke på at det er vel kjent at grensekryssende innleie forekommer innefor de aktuelle bransjene.

Når dette er tilfelle, omfattes også de grensekryssende utleide arbeidstagerne av almengjøringsregelverket, inklusive reglene om innsynsrett i lovens § 11 og om solidaransvar i § 13. Jeg behøver ikke å ta stilling til om § 11 femte ledd *må* tolkes innskrenkende slik at den ikke omfatter enhver «oppdragsgiver», men bare «leverandører og underleverandører» som i § 13. Jeg bemerker bare at i forskriften om informasjons- og påseplikt og innsynsrett (2008) er innsynsretten lagt til «hovedleverandørs» tillitsvalgte.

Det er dessuten grunn til å peke på at Norge – i kontrast til de fleste vest-europeiske land – ikke har benyttet utstasjoneringsdirektivets artikkel 3 nr. 1 litra d og nr. 9 til å gjøre nasjonale rettigheter gjeldende på lik linje i utenlandske og norske vikarbyråer. Dette vil det være adgang til uavhengig av bemanningsbyrådirektivet, og det er selvfølgelig en del av referanserammen for vurdering av nasjonale regler på utstasjoneringsdirektivets område.

Det første poenget gir seg da: At grensekryssende arbeidsutleie er undergitt regler om innsynsrett og solidaransvar, er ikke noe nytt. Om tilsvarende regler innføres på et større felt enn bare der almengjøringsforskrifter er fastsatt, vil forsåvidt ikke innebære noe prinsipielt nytt.

Det er i denne sammenhengen ESAs uttalelse av 2. mars 2011 har interesse for det som er saken her. Fordi grensekryssende arbeidsutleie er omfattet av de aktuelle EØS-reglene såvel som de norske reglene som ble vurdert, har ESAs standpunkt interesse også for spørsmålet om tilsvarende regler på et større felt enn bare der almengjøringsforskrifter er fastsatt, kan anses forenlige med EØS-avtalens artikkel 36 og – i denne sammenheng – bemanningsbyrådirektivet, om det nå blir tatt inn i EØS-avtalen. Jeg mener ikke at ESAs uttalelse fra 2011 uten videre gir svar på dette spørsmålet. Men det er fremmed for meg å ikke ta uttalelsen i betraktning og se regelverkene i sammenheng ut fra dette. Her er min rettskildemessige tilnærming nok en annen enn Wiersholms, særlig i deres første uttalelse.

Mitt poeng er enkelt. ESA har akseptert ordningene innsynsrett og solidaransvar i forhold til utstasjonering. Problemstillingen knyttet seg da til almengjøringslovens spesielle felt. Et første spørsmål er om det er grunn til å anta at ESA vil stille seg annerledes til tilsvarende ordninger over et bredere felt. Selvsagt er intet sikkert, men min vurdering er at en annen vurdering fra ESAs side ikke er nærliggende. Restriksjonsbegrepene er de samme. Proporsjonalitetsvurderingen kan være ulik, jfr. nedenfor. Men da er et neste spørsmål om den må anses å være så forskjellig at det vil være avgjørende. Det kommer jeg til.

Først vil jeg knytte noen bemerkninger til det empiriske. Vi vet at utleie av arbeidskraft til det norske arbeidsmarkedet foregår i et visst omfang. Målt i andel av årsverk er omfanget ikke så stort, mellom 1,2 og 2 % årlig. I 2010 var sysselsettingen i kategorien «utleie av arbeidskraft» ca. 38 000 personer. Storparten var norske borgere (vel 26 000), men en stor andel var fra EU-land i Øst-Europa (vel 11 000). Antall innleide årsverk har gjennomgående vært høyest i bygg/anlegg og kontor/administrasjon.¹ Andelen sysselsatte i vikarbyråer som er arbeidsinnvandrere, var nær 50 % i 2008; nyere tall foreligger ikke.² Hvor mange som er sysselsatt i utenlands bemanningsforetak og er utleid (utstasjonert) til Norge, er det ikke sikre tall for. Men det er en god del utenlandske bemanningsaktører som er aktive på det norske markedet. Mange av disse er basert i de nye EU-landene (Polen og Baltikum) og i Skandinavia, men det er også britiske og irske selskaper som leverer personell i Norge.³ Av polske arbeidsinnvandrere i Oslo jobbet den alt overveiende del i bygg/anlegg både i 2006 og i

¹ For dette tallmaterialet og ytterligere opplysninger viser jeg til L. Eldring m.fl., *Evaluering av tiltak mot sosial dumping*. Fafo-rapport 2011:09, 133–153.

² Se NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor*, 452–468.

³ Opplysninger fra NHO Service.

2010. Bare en ytterst liten andel av disse (2 %) oppgav å være ansatt i et utenlandsk bemanningsforetak, langt flere var ansatt i et norsk foretak (20 %). Videre var 26 % ansatt hos utenlandske underleverandører.⁴ Men innenfor byggfagene er andelen innleide på visse områder oppe i hele 50 %.⁵ Uavhengig av nasjonalitet var andelen som ble lønnet under minstesatsen for bygg/anlegg i henhold til almengjøringsforskrift, 38 % av ansatte hos en utenlandsk underleverandør, 6 % av ansatte i bemanningsforetak (norske og utenlandske). Det er jo et notoriske faktum at underbetaling forekommer også av norske bemanningsforetak, ikke bare i helse- og omsorgssektoren.

Dette er i og for seg kjente data. Jeg tar dem med her bare som en bakgrunn. I notatet anfører Wiersholm at «[s]iden 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» (s. 2). Dette er etter mitt syn en forenkling, og jeg anser den ikke som holdbar. For det første er et «moderert likebehandlingskrav» allerede innført, på de områder der vi har almengjøringsforskrifter. Vi vet at en betydelig andel (38 %) av utstasjonerte arbeidstagere som er ansatt hos utenlandske underleverandører, er blitt lønnet under almengjort minstesats. Gitt at det er slik, er det rimelig grunnlag for å anta at ansatte i utenlandske bemanningsforetak også vil ha en høyere risiko enn gjennomsnittlig for å få lønn under minstesats.

Empirien har selvsagt ikke absolutt prediksjonskraft. Men den er ikke derfor uten interesse.

Jeg vender så tilbake til ESAs uttalelse og den EØS-rettslige vurderingen. Wiersholm har anført at uttalelsen bare gir et svar på hvordan ESA så på den ordningen som var temaet i den saken som da forelå, og fremholder at det «ikke [er] gitt at EFTA-domstolen ville kommet til samme resultat, dersom spørsmålet hadde blitt reist for domstolen» (s. 2). Selvsagt er det slik at vi ikke vet hva EFTA-domstolen kunne ha kommet til. Slik vil det alltid være når et spørsmål ikke er forelagt en domstol. Mitt synspunkt er imidlertid at når man *ikke* har en rettsavgjørelse å holde seg til, og heller ikke noen forutgående rettspraksis, er det lite tjenlig å spekulere om hypotetiske utfall. Det er mer fruktbart å holde seg til det positive rettskildemateriale som foreligger. At ESAs uttalelse ikke gir noe urokkelig sikkert svar på det som er spørsmålene her, har jeg alt gitt uttrykk for (s. 1 foran).

Når man skal vurdere «tillateligheten» av en solidaransvarsordning etter EØS-reglene, har det etter mitt syn interesse å se hva som faktisk finnes av ordninger i andre EU/EØS-stater.⁶ En rekke land har slike ordninger for det som betegnes «subcontracting chains». Dette begrepet omfatter både ordinære kjeder av oppdragsgiver – hovedleverandør – underleveran-

⁴ Se J.H. Friberg og L. Eldring, *Polonia i Oslo 2010 : Mobilitet, arbeid og levekår blant polakker i hovedstaden*. Fafo-rapport 2011:27, 37 –40.

⁵ Se R. Eilertsen, *Innleieboom i byggebransjen*. Notat 6:2011.Oslo: DeFacto, 12 –13.

⁶ Det er, *mutatis mutandis*, det samme syn som jeg har bygget på i drøftelser av spørsmålet om koblingen mellom arbeidsmiljølovens § 14-12 og § 14-9 vil kunne opprettholdes under bamenningsdirektivets artikkel 4 og EØS-avtalens artikkel 36.

dør(er) og utleie/innleie av arbeidskraft. Blandt annet for å møte problemer med utstasjonering har åtte EU-medlemsstater innført solidaransvarsordninger i årenes løp. Det er Belgia, Finland, Frankrike, Italia, Nederland, Spania, Tyskland og Østerrike. De eldste skriver seg fra 1960- og 1970-tallet. Det er et felles trekk for samtlige land at slike ordninger er blitt innført først og fremst for å hindre tilsidesettelse av arbeidstageres rettigheter og at arbeidsgivere skulle unndra seg sine forpliktelser.

I fire av statene – Belgia, Italia, Spania og Tyskland – er solidaransvarsregler begrenset til å gjelde bygg- og anleggssektoren; det er Belgia, Italia, Spania og Tyskland. I de øvrige statene som har slike ordninger, gjelder de generelt. I nær alle landene inkludere disse regler om solidaransvar både for «subcontracting» i snever forstand og for arbeidsutleie/innleie. I Italia er reglene for arbeidsleie adskillig strengere enn de som gjelder for «subcontracting» i snever forstand. De ordningene som gjelder, omfatter både innenlandsk og grensekryssende virksomhet.⁷

Det er selvsagt ikke slik at disse ordningene i andre land løser spørsmålet om tillateligheten av en norsk ordning uten videre og uten tvil. Men de viser at Wiersholms uttalelse (i det første notatet, på s. 12) om at den solidaransvarsordningen som er foreslått av departementet, «synes å være særnorsk», ikke er treffende. Det er min oppfatning at de utenlandske ordningene har interesse i denne sammenhengen. De gir en indikasjon på hva som på EU-siden anses som akseptabelt også i forhold til tjenestefrihetsreglene. Hvis Kommisjonen hadde ansett at de nasjonale ordningene går for langt, er det rimelig å anta at Kommisjonen ville ha reist søksmål for EU-domstolen for å få dette prøvet – slik Kommisjonen gjorde med Luxembourgs «public policy»-regler. Som et mer kuriøst argument kan jeg jo legge til at hvis man vil spekulere om hva EFTA-domstolen kunne komme til å komme til, kan det jo være et moment hvorvidt EFTA-domstolen ville innta et standpunkt som kunne få vidt-rekkende reperkusjoner innad i EU. Men heller ikke en slik spekulasjon gir mye å bygge på i vår sammenheng.

De nasjonale ordningene i andre land har da også interesse som illustrasjon av at slike regler, selv i generell form, ikke i seg selv er ansett som uproporsjonale. Wiersholm fremholder at hvorvidt solidaransvar «representerer en uforholdsmessig restriksjon i forhold til et utenlandsk byrås mulighet til å tilby tjenester i Norge» vil avhenge av «de *reelle* virkninger for vikarbyråets mulighet til å etablere seg i Norge». Den siste formuleringen peker i retning etableringsretten. Men ut fra den første formuleringen og ettersom det er EØS-avtalens artikkel 36 som er tatt som utgangspunkt, legger jeg til grunn at bemerkningene sikter til grensekryssende arbeidsutleie.

Wiersholm peker på at jeg i mitt Addendum (nr. 1) ikke har gått inn på «de *reelle* virkninger for vikarbyråets mulighet til å etablere seg i Norge». Det er riktig nok, det. Man kan selvsagt

⁷ Se til dette [M. Houwerzijl and S. Peters] *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. EF/08/94/EN. Dublin 2008. En ny rapport på oppdrag fra EU-Kommisjonen, som vil dekke flere land, inkludert Norge, er under utarbeidelse, men vil neppe foreligge offentlig før i mai d.å.

diskutere hvilken virkning det vil ha for norske potensielle innleier dersom de skal ha solidaransvar med sitt utenlandsetablerte bemanningsforetak for riktig avlønning av innleide arbeidstagere. Kanskje vil det ha en smule «avkjølende» effekt. Kanskje vil det lede til at norske innleieforetak er mer påpasselige med å se til at medkontrahenten retter seg etter de regler som gjelder, enten det nå er alminnelige utstasjoningsregler og eventuelle almenngjøringsvedtak eller det skulle bli bemanningsdirektivets krav. Det er vanskelig å være sikker på det konkrete plan om slike spørsmål. Men den siste effekten vil være egnet til å ivareta det *formålet* med regelverkene som har å gjøre med vern av arbeidstagerne. Både det og hensynet til arbeidsmarkedets funksjonsmåte er som kjent relevante hensyn i en proporsjonalitetsvurdering. Dette har vært diskutert i en viss bredde i forhold til bemanningsdirektivet generelt (A. van den Heuvel), så jeg går ikke nærmere inn på det her.

Når man skal vurdere proporsjonalitet i vid forstand (egnethet – nødvendighet – proporsjonalitet *strictu sensu*), ser jeg det slik at det også har interesse å se på hvilke tiltak EU (Kommisjonen) ser for seg på blandt annet dette området. Jeg antydte dette i mitt Addendum (nr. 1) med bemerkningene om at «EU-kommisjonen spesielt har trukket frem solidaransvar som et viktig virkemiddel i utstasjoneringssammenheng». Det prosjektet jeg har nevnt i note 7 foran, har både dette og et generelt perspektiv som utgangspunkt. Når det spesielt gjelder utstasjonering, har direktivet en artikkel 5 om «tiltak». Den retter seg mot håndhevelse og håndhevelsesmuligheter. Som kjent har det lenge vært arbeidet med et tilleggsgdirektiv som skal forsterke og effektivisere dette feltet. Kommisjonens direktivforslag skulle vært lagt frem den 8. ds., men fremleggelsen er av andre grunner (Monti II) blitt utsatt. Det er kjent at Kommisjonens forslag inkluderer en bestemmelse om prinsipalt solidaransvar som omfatter både «subcontracting» i snever forstand og, uttrykkelig, arbeidsutleie. Det vil pålegge en *plikt* til å ha en slik ordening i forholdet mellom ett ledd og det neste og åpne mulighet for medlemsstatene til å ha ordninger med «kjedeansvar». Det gjenstår selvsagt å se om det vedtas et direktiv som foreslått.; men så langt er det grunn til å anta at det vil få tilslutning. Den prinsipielle tilnærmingen forslaget er uttrykk for, er uansett av interesse.

Sammenfatningsvis er min oppfatning at ESAs uttalelse og almenngjøringslovens ordninger har større interesse enn det Wiersholm ser ut til å mene. Det er ikke riktig at en solidaransvarsordning som foreslått i høringsnotatet, vil være et særnorsk fenomen. Ordningen av tilsvarende karakter finnes i flere EU-medlemsstater. Sett i sammenheng med EU-kommisjonens arbeid med solidaransvar som virkemiddel for å sikre etterlevelse av nasjonale regler ved grensekryssende tjenesteydelser ved utstasjonering, inkludert arbeidsutleie, viser det at en proporsjonalitetsvurdering må ha et bredere perspektiv enn bare «de *reelle* virkninger for vikarbyråets mulighet til å etablere seg i Norge». Det er ikke mer enn selvsagt, og jeg vil tro at også Wiersholm er enig i dette prinsipielt sett. At det er uenighet om «relevans og vekt» av de enkelte momenter som kan trekkes frem, får så være. Min oppfatning er imidlertid (fortsatt) at det ikke er grunn til å bygge på at en solidaransvarsordning som den foreslåtte, vil anses uforenlig med EØS-avtalens artikkel 36 og utstasjoningsdirektivet, og eventuelt med bemanningsbyrådirektivet.

FORHOLDET TIL EMK

Det er ingen positive rettskildefaktorer – rettsavgjørelser e.l. – som vurderer en innsynsrett som den foreslåtte i forhold til det negative aspekt av organisasjonsfriheten. Så langt er Wiersholm og jeg samstemte. Wiersholm mener imidlertid at jeg «anlegger ... en for snever ramme for [m]ine bemerkninger». Om det har jeg nok en annen mening. Men det som er klart, er at det er ganske ulike tilnærminger oss imellom. Likeledes vurderer vi det rettskildefaktorialet som faktisk foreligger, fra EMD og andre, særlig ECSR, ganske forskjellig. Etter mitt skjønn er den problemstillingen Wiersholm mener jeg måtte ha vurdert «for å vinne frem», vesentlig for enkel. Den er heller ikke korrekt formulert når det sies at «vikaren overgir informasjon». Som kjent går departementets forslag om en innsynsrett ut på en tilsvarende løsning som i forskriften om påseplikt m.v. § 7, det vil si «at tillitsvalgte hos innleier skal kunne kreve at *innleier dokumenterer* at den innleide arbeidstakeren har vilkår etter likebehandlingsprinsippet» (i høringsnotatet fra 2010, s. 31; min kursivering). En dokumentasjon ut fra dette kan skje på flere måter og innebærer ikke *per se* noen individualisering eller identifikasjon av den enkelte utleide arbeidstager. Etter min oppfatning er det direkte fortegnende å fremstille det foreslåtte tiltaket dithen at det vil innebære at en vikar skal overgi «informasjon til fagforbund vedkommende selv ikke tilhører». Skulle et slikt argument ha noen bærekraft overhodet, burde man søkt å underbygge det med hva som reelt sett skjer under den innsynsrettsordningen som er modellen, og som har vært operativ i praktisk talt fire år. For meg synes det symptomatisk at det ikke er gjort. Hvis man hadde hatt negative erfaringer å snakke om på dette området, måtte det kunne forventes at de tre arbeidsgiverforeningene som Wiersholms uttalelser er stilet til, hadde bragt dette på bane.

Avslutningsvis fremholder Wiersholm at det at spørsmålet om en slik innsynsrett «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». Det er en selvfølgelighet. Det er en velkjent truisme at det er vanskelig å spå, særlig om fremtiden. Men i motsetning til Wiersholm mener jeg at det ut fra det rettskildegrunnlag som finnes idag, ikke gjør seg gjeldende noen slik usikkerhet som tilsier at en mer omfattende utredning er påkrevet.

Med hilsen

Stein Evju (s.)