

Arbeidsdepartementet, AD
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

Vår referanse: 12/00009-2
Arkivkode: 400 &00
Saksbehandler: Siri Klevstrand/Hanne
Lyngstad Solberg
Deres referanse:
Dato: 30.03.2012

Høringsuttalelse – forslag om tilsyn med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter samt innføring av hjemler for å ilegge overtredelsesgebyr

Det vises til Arbeidsdepartementets høringsbrev av 21. desember 2011 hvor frist for merknad er satt til 30. mars 2012.

1. KS' hovedsynspunkter

- Forslaget om tilsyn med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter:
 - Forskriften reiser EØS-rettslige problemstillinger som ikke er avklarte. Det er uheldig å innføre tilsynskompetanse på et uavklart regelverk.
 - Dersom Arbeidstilsynet skal få kompetanse til å pålegge hvilken tariffavtale som skal anvendes reiser dette problemstillinger i forhold til ufravikelighetsprinsippet, og på sikt vil det kunne begrense tariffpartenes handleevne.
 - Forholdet mellom oppdragsgiver og leverandør er regulert av kontrakt. KS mener Arbeidstilsynets kompetanse må være begrenset av denne kontrakten, og tilsyn vil dermed ha en begrenset effekt.

Av disse grunner er KS i mot at Arbeidstilsynet får tilsynsmyndighet.

- Forslaget om innføring av hjemler for å ilegge overtredelsesgebyr:
 - Overtredelsesgebyr vil ha et pønalt formål, og forholdet til Grunnloven § 96 er ikke vurdert godt nok. I tillegg reiser forslaget betenkeligheter i forhold til ivaretagelse av rettssikkerheten.
 - Arbeidstilsynets behov er ikke godt nok dokumentert.

KS er på dette grunnlag i mot forslaget om å innføre hjemler for overtredelsesgebyr på nåværende tidspunkt.

2. Forslag om at Arbeidstilsynet skal føre tilsyn med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

2.1. Innledning

KS støtter arbeidet med å forhindre «*sosial dumping*», og er enig i at offentlige virksomheter har et samfunnsansvar med å forhindre at arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår ikke er akseptable. Kravene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter reiser en del juridiske problemer som skaper usikkerhet for våre medlemmer. I arbeidet for å forhindre «*sosial dumping*» kan offentlige oppdragsgivere møte innsigelser om at de ikke har angitt hvilken konkret tariffavtale som skal gjelde i anskaffelsen. På den annen side kan offentlige oppdragsgivere som angir hvilken konkret tariffavtale som skal gjelde, motta innsigelser om at kravet hindrer den frie flyten av tjenester, og dermed stride med EØS-avtalens artikkel 36. Denne juridiske usikkerheten er uheldig for offentlige oppdragsgivere. KS savner en nærmere redegjørelse av disse problemstillingene i høringsnotatet, da dette vil ha stor betydning for Arbeidstilsynets tilsynsfunksjon.

2.2. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Etter forslaget skal Arbeidstilsynet gis tilsynskompetanse på offentlige oppdragsgiveres overholdelse av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Selv om forskriften ble endret og forsøkt presisert i november 2011, det er det fortsatt flere uklarheter om forståelsen av den. Dette er svært uheldig da det vil skape utfordringer i forhold til tilsynsoppgaven.

Etter gjeldende forskrift § 5 skal oppdragsgiver, på områder som ikke er dekket av en forskrift om allmenngjort tariffavtale, i sine kontrakter stille krav om lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Hva som ligger i forpliktelsen «*gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje*» er flertydig. I enkelte sektorer finnes det konkurrerende landsdekkende tariffavtaler. Et av spørsmålene blir da om det er *en* tariffavtale som er «*riktig*», eller om flere av tariffavtalene kan anvendes.

For å overholde klarhets- og forutberegnelighetskravene i utsendingsdirektivet kan det synes som om departementet mener at oppdragsgiver skal angi konkret hvilken landsomfattende tariffavtale som skal legges til grunn i anskaffelsen. Dersom oppdragsgiver angir konkret hvilken landsomfattende tariffavtale som skal legges til grunn vil dette kunne være et hinder for den frie flyten av tjenester og stride mot prinsippet i EØS-avtalen art. 36. Det vises i denne forbindelse til vurderingen og utfallet i Ruffert-dommen fra EU-domstolen (sak C-346/06) og til ESAs kritikk av forskriften.

Dersom en oppdragsgiver ikke angir tariffavtalen konkret, men ber om at leverandøren skal følge en valgfri landsomfattende tariffavtale, vil dette kunne være i strid med forutberegnelighet- og klarhetskravet i utsendingsdirektivet, og tilsvarende med forskriften. I sitt arbeid for å forhindre «*sosial dumping*» møter følgelig oppdragsgiverne kompliserte EØS-

rettslige problemstillinger som skaper unødvendige uklarheter i allerede kompliserte og sammensatte regelverk. I tillegg til de EØS-rettslige uklarheter oppstår det tariffrettslige problem dersom en oppdragsgiver krever at leverandøren skal følge en bestemt tariffavtale. Dersom den angitte tariffavtalen inneholder krav om høyere minstelønn enn leverandørens egen tariffavtale kan ufravikelighetsprinsippet forhindre denne leverandøren fra å innlevere tilbud i konkurransen. Denne begrensede effekten er svært uheldig for oppdragsgiverne og markedet.

Uklarheten med hensyn til forskriftens krav må etter vår vurdering avklares før det etableres forskriftshjemmel for tilsyn og kontroll.

2.3. Nærmere om departementets forslag

2.3.1. Forskjell på tilsyn etter arbeidsmiljøloven, allmenngjøringsloven og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Departementet uttaler i høringsbrevet at det er viktig at Arbeidstilsynet får oppgaven med å føre tilsyn med, og bruke reaksjonsmiddel overfor offentlige oppdragsgivere som ikke etterlever sine forpliktelser etter forskriften. I denne forbindelse viser departementet til Arbeidstilsynets tilsynskompetanse etter arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven uten at det foretas noen drøftelse av forskjellene mellom disse kompetansegrunnlagene.

Etter arbeidsmiljøloven § 18-1 skal Arbeidstilsynet føre tilsyn med bestemmelser i og i medhold av loven. Tilsyn etter loven retter seg hovedsakelig mot arbeidsgiver. Dersom Arbeidstilsynet mener at arbeidsgivers virksomhet ikke er i samsvar med loven kan tilsynet gi pålegg og treffe vedtak for å få endret det ulovlige forholdet, i tillegg til å ilegge tvangsmulkt eller kreve stansing. Disse tiltakene tar sikte på å rette ulovlige forhold med virkning frem i tid.

Etter departementets forslag vil Arbeidstilsynets tilsynskompetanse etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter rette seg mot offentlig oppdragsgiver, og ikke leverandør eller underleverandør. I henhold til forskriften skal oppdragsgiver i kontrakten sikre at ansatte hos leverandøren/underleverandøren har lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med en tariffavtale, samt sørge for at oppdragsgiver kontrollerer leverandøren og eventuelt iverksetter sanksjoner mot virksomheten. Eventuelle pålegg i forhold til disse forpliktelsene vil i tillegg til å ramme oppdragiver, også berøre leverandøren. Dette er ikke omtalt i høringsnotatet, noe KS mener er en stor svakhet.

Etter at oppdragsgiver og leverandør har inngått kontrakt vil denne inneholde reguleringer om hva oppdragsgiver kan foreta seg overfor leverandøren. Med mindre denne kontrakten åpner for de tiltak som Arbeidstilsynet iverksetter vil ikke disse tiltakene kunne gjennomføres overfor leverandøren.

Etter allmenngjøringsloven § 11 har Arbeidstilsynet tilsynskompetanse overfor oppdragsgivers overholdelse av plikter etter forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett. Arbeidstilsynet har imidlertid også tilsynskompetanse overfor den enkelte

leverandøren, og kan på denne måten sikre at denne overholder vilkårene i de allmenngjorte tariffavtalene overfor sine ansatte. Arbeidstilsynets mulighet til å sørge for at lønns- og arbeidsvilkårene hos de ansatte hos leverandøren er rettmessige vil dermed være vesentlig forskjellig etter allmenngjøringsloven og etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Dersom en oppdragsgiver innenfor en allmenngjort tariffavtale ikke har inntatt tilstrekkelige kontraktsklausuler i sine kontrakter, gjennomført gode nok kontroller eller iverksatt sanksjoner overfor leverandøren, kan Arbeidstilsynet gå direkte på leverandøren og kreve at de ansatte skal ha lønn etter den allmenngjorte tariffavtalen. Denne muligheten har ikke Arbeidstilsynet i forhold til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Dette viser at Arbeidstilsynets muligheter for effektive og formålstjenlige kontroller og tiltak er svært forskjellig i de ulike hjemmelsgrunnlagene. KS mener at det hadde vært nyttig at høringsbrevet inneholdt en drøftelse slik at beslutningsgrunnlaget for å fastsette tiltak for å forhindre «*sosial dumping*» ble best mulig. Forskjellene viser også at tilsyn i forhold til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter heller ikke vil være effektivt da Arbeidstilsynets tiltak må tilpasses hva oppdragsgiver har avtalt med leverandøren.

2.3.2. Vurdering av forslaget

Etter departementets forslag skal Arbeidstilsynet kunne gi pålegg og treffe vedtak for å få endret det ulovlige forholdet, i tillegg til å ilegge tvangsmulkt eller kreve stansing (ser da bort fra forslaget om gebyr).

Departementet drøfter ikke nærmere hvilke type tiltak Arbeidstilsynet kan iverksette, og når i anskaffelsesprosessen tiltak kan iverksettes.

En anskaffelsesprosess består av kunngjøring, utarbeidelse av konkurransegrunnlag, tilbudsfrist, evaluering av innkomne tilbud, meddelelse av kontraktstildeling, karenstid og inngåelse av kontrakt. Det er uklart når og hvordan Arbeidstilsynet kan komme inn med tiltak i denne prosessen.

Det er videre detaljerte regler i anskaffelsesprosesser. Det er blant annet begrensende muligheter for oppdragsgiver til å endre konkurransegrunnlaget etter kunngjøring. Før tilbudsfristens utløp kan oppdragsgiver kun foreta suppleringer og endringer som ikke er vesentlige, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 8-2 og 17-2. Oppdragsgiver er tilsvarende også bundet av leverandørens tilbud etter tilbudsfristens utløp. Forholdet mellom oppdragsgiver og leverandør vil være regulert av kontrakten etter at bindende avtale er inngått.

I og med at oppdragsgiver vil være pålagt å følge kontrakten som er inngått med leverandør forutsetter KS at Arbeidstilsynet i sin ev. kontrollfunksjon forholder seg til kontrakten som er inngått mellom oppdragsgiver og leverandør. Tiltak som går på tvers av kontrakten vil ikke oppdragsgiver kunne gjennomføre med mindre leverandøren samtykker.

Det vil si at Arbeidstilsynet etter forslaget kan gi oppdragsgiver pålegg om å gjennomføre kontroll i samsvar med kontrakten. Har oppdragsgiver mot formodning uteglemt

arbeidsklausuler i sin kontrakt kan ikke Arbeidstilsynet gi pålegg om å kontraktsfeste dette, da oppdragsgiver har en bindende avtale med en leverandør. Det å ilegge oppdragsgiver et gebyr i et slikt tilfelle vil videre ikke ha en effekt for det løpende avtaleforholdet da gebyret i seg selv ikke vil gi ansatte hos leverandøren rettmessige lønns- og arbeidsvilkår.

I KS høringsuttalelse av 1. oktober 2010 til forslag om endringer av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter foreslo vi å allmenngjøre tariffavtale på de områder som var utsatt for sosial dumping. På denne måten blir leverandørene også forpliktet til å overholde krav om minstelønn og andre arbeidsvilkår. Dette skaper større klarhet for både oppdragivere og leverandører, og forenkler Arbeidstilsynets kontrollmuligheter. Allmenngjøring av tariffavtaler vil også løse de EØS-rettslige problemstillingene som er nevnt over.

I høringsnotatet uttaler departementet:

«At Arbeidstilsynet kan rette tilsynet direkte mot det offentlige som oppdragsgiver, og gi pålegg om at forskriftens krav skal følges hos undreleverandører, kan føre til et mer effektivt tilsyn. I mange tilfeller vil det kunne medføre at det ikke blir behov for å føre tilsyn med at underleverandørene følger kravene til lønns- og arbeidsvilkår i allmenngjorte tariffavtaler eller at de får et bedre grunnlag for å føre et målrettet tilsyn med disse arbeidsgiverne.»

Uttalelsen kan gi inntrykk av at offentlige innkjøpere skal overta Arbeidstilsynets kontrollfunksjon. Dette reagerer KS kraftig på. Offentlige oppdragsgivere skal følge opp sine kontrakter og bidra til å forhindre «sosial dumping», men oppdragiverne skal ikke overta Arbeidstilsynets tilsynsfunksjon. Arbeidstilsynet er det offentlige organet som er gitt denne myndigheten, og det er viktig at Arbeidstilsynet fortsatt foretar tilsyn og kontroller hos leverandørene. Det er leverandørene som har hovedansvaret for at de ansatte har rettmessige lønns- og arbeidsvilkår.

I og med at Arbeidstilsynets tilsynskompetanse vil være begrenset av den avtale som er inngått med leverandør mener KS at det ikke er hensiktsmessig å gi Arbeidstilsynets tilsynskompetanse i forhold til forskriften. KS ber departementet heller vurdere å allmenngjøre tariffavtaler på områder som er utsatt for «sosial dumping», jf. KS' høringsuttalelse av 1. oktober 2010.

3. Overtredelsesgebyr

Etter forslaget skal overtredelsesgebyr gi tilsynsmyndighetene et hensiktsmessig og effektivt sanksjonsmiddel som skal utfylle og supplere de sanksjonsmidler som i dag er til rådighet, og være et supplement til alminnelig straffeforfølgelse. Høringsnotatet drøfter i liten grad bakgrunnen for behovet for et nytt sanksjonsmiddel, men henviser blant annet til Meld. St. 29 2010-2011 Felles ansvar for eit godt og anstendig arbeidsliv. I meldingen fremgår det at enkelte bransjer og enkeltvirksomheter er overrepresentert på statistikken over brudd på arbeidsmiljøregelverket, og at departementet/Arbeidstilsynet ser behov for et sanksjonsmiddel som vil innebære en større økonomisk risiko for virksomheter til å gjøre seg

skyldig i stadige brudd på arbeidsmiljøloven. KS savner en nærmere begrunnelse og dokumentasjon for behovet for å bruke overtredelsesgebyr i forhold til brudd på arbeidsmiljøloven, allmenngjøringsloven, utlendingsloven og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Spesielt viktig er det å avdekke dette behovet da arbeidet med å slutføre vurderingen etter høringen av NOU 2003: 15 Fra bot til bedring ikke er ferdig.

Overholdelse av regelverk er viktig, og i den forbindelse er det nødvendig med effektive tiltak for å ivareta dette. KS kan imidlertid ikke støtte forslaget om å gi Arbeidstilsynet kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Vi vil i den forbindelse trekke fram fire forhold for å begrunne dette:

a. Rettsikkerhet.

I departementets forslag legges det til grunn at overtredelsesgebyr ikke vil være straff i henhold til Grunnloven § 96. Departementet viser i den forbindelse til NOU 2003:15 Fra bot til bedring hvor det foreslås at man i større grad anvender administrative gebyrer på mindre alvorlige brudd på regelverket. Sanksjonslovsutvalget uttaler seg generelt, og mener at slike gebyrer bare kan ilegges administrativt der det ikke vil anses som straff.

Overtredelsesgebyr gitt administrativt vil ha sterke likhetstrekk med straffereaksjonen bot. Overtredelsesgebyr har et straffeformål, samt skal virke preventivt. I høringsnotatet foreslår også departementet at Arbeidstilsynet skal kunne ilegge virksomheter et overtredelsesgebyr på objektivt grunnlag. Et objektivt ansvar vil fort nærme seg betegnelse straff i Grunnlovens forstand. KS savner i høringsnotatet en nærmere vurdering av overtredelsesgebyr sett opp mot Grunnloven § 96. I Sak 2008/2349 mente Sivilombudsmannen at et overtredelsesgebyr ilagt av Fiskeridirektoratet etter akvakulturloven kunne være å anse som straff etter Grunnloven § 96, og Sivilombudsmannen ba av denne grunn Fiskeridirektoratet om en fornyet vurdering.

I denne saken vurderer Sivilombudsmannen konkret om overtredelsesgebyr gitt administrativt etter akvakulturloven er straff etter Grunnloven § 96. Sivilombudsmannen uttaler at det er to forhold ved domstolsprøvelse som svekker rettssikkerheten. For det første er det at den ansvarlige har søksmålsbyrden, og for det annet er det uklart i hvilken utstrekning domstolen kan overprøve direktoratets vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr. Sivilombudsmannen uttaler i denne forbindelse:

«Når forvaltningen gis adgang til å ilegge et så omfattende overtredelsesgebyr som i denne saken, og formålet med ileggelsen er at den skal oppleves som et onde, finner jeg det problematisk i forhold til Grl. § 96 at domstolenes prøvelsesrett ikke er avklart. Uten at jeg skal gå nærmere inn på det, vil jeg dessuten tro at en begrenset domstolskontroll i dette tilfellet vil være i strid med EMK art. 6 nr. 1.»

Denne usikkerheten tilsier en nærmere vurdering av overtredelsesgebyr sett opp mot Grunnloven § 96 før Arbeidstilsynet kan få kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr.

Videre er det et spørsmål om dagens regler ivaretar rettssikkerheten godt nok.

Arbeidstilsynet kan etter arbeidsmiljøloven § 18-5 kreve at en hver som er underlagt tilsyn, uten hinder av taushetsplikt, skal fremlegge opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Videre gir arbeidsmiljøloven § 18-4 Arbeidstilsynet rett til uhindret adgang til ethvert sted som omfattes av loven. I strafferetten er det regler om vern mot selvinkriminering. Tilsvarende vern har en ikke overfor Arbeidstilsynet og deres ev. myndighet for å ilegge overtredelsesgebyr. Dette viser at regelverket er formulert ut fra Arbeidstilsynets tilsynsfunksjoner, og ikke at de skal ilegge gebyrer som nært ligger opp til straff.

Vedtak om overtredelsesgebyr skal kunne klages inn for Direktoratet for arbeidstilsynet. Det er ikke redegjort nærmere om hvor omfattende domstolens prøvelseskompetanse skal være. Dersom domstolen reserverer seg fra å prøve forvaltningens frie skjønn, vil rettsikkerheten for virksomheter som blir ilagt gebyr bli svekket. KS mener det er betenkelig at Arbeidstilsynet både skal være kontrollør, politi, påtalemyndighet og dommer. Overtredelsesgebyr er en reaksjon som ilegges av forvaltningen, uten at de rettsikkerhetsprosedyrer som foreligger ved behandling av ordinære straffesaker foreligger. KS mener på dette grunnlag at forslaget om overtredelsesgebyr ikke gir gode nok garantier for rettsikkerheten.

b. Vurdering av faktum

Gebyret skal etter forslaget ramme mindre alvorlige overtredelser. Det er avgjørende at faktum i saken blir vurdert på en betryggende måte. Føringerne for tilsynets vurderinger er ikke tydelige nok presisert i forslaget til nye lovbestemmelser, og fordrer at det utvikles gode retningslinjer. Dette forutsetter også at Arbeidstilsynet kjenner lovverket og bransjene godt. Dersom det innføres hjemler mener KS det er helt nødvendig at tilsynsmyndighetene samordner sin praksis slik at denne blir enhetlig. Etter KS' erfaring kan dette være vanskelig da Arbeidstilsynets distriktskontorer har en noe ulik forståelse og praktisering av regelverket.

c. Utmåling av riktig nivå

Utmåling av gebyr vil kreve konkrete og individuelle vurderinger. Dette vil ikke være enkelt å praktisere. En samordning av praksis vil være nødvendig. Videre står det i høringsnotatet at tilsynsmyndighetene må se hen til de strafferettslige reaksjonene, slik at det generelle gebyrnivået ikke blir høyere enn det generelle nivået på bøtene ilagt av politi og domstoler. Dette vil være ressurskrevende for Arbeidstilsynet å følge opp, og KS stiller spørsmål om hvordan dette skal gjøres.

d. Eget sanksjonsmiddel?

KS mener overtredelsesgebyr ikke er et egnet sanksjonsmiddel. Pålegg er i de fleste tilfeller tilstrekkelig. KS' erfaring er at kommunene aksepterer pålegg og innretter seg etter det.

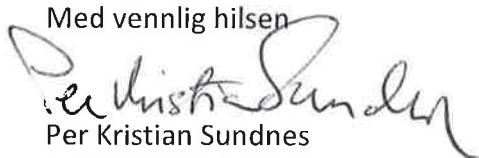
Etter vår vurdering er dagens sanksjonsmidler tilstrekkelige i forhold til Arbeidstilsynets virksomhet. Et eventuelt overtredelsesgebyr må ikke svekke de andre virkemidlene.

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det er hensiktsmessig med en avgrensning av hvilke brudd på reglene som skal kunne rammes av overtredelsesgebyr. KS etterlyser departementets egne vurderinger av spørsmålet, og finner derfor ikke grunnlag for å gi en slik tilbakemelding. KS vil likevel poengtere at dersom hjemler for overtredelsesgebyr innføres skal disse kun benyttes ved gjentatte alvorlige brudd på regelverket, og der pålegg og tvangsmulkt viser seg å ikke være tilstrekkelig. Dette mener KS må presiseres i loven eller forarbeidene.

4. Avslutning

Som nevnt innledningsvis arbeider KS aktivt for å forhindre «*sosial dumping*», og poengterer viktigheten av at oppdragsgivere sørger for å ta inn arbeidsklausuler i sine kontrakter samt at kontraktene blir fulgt opp. KS er imidlertid bekymret for at regelverket på dette område er for komplisert og uklart. Vi har hatt kontakt med NHO, og er kjent med at de vil be om et møte med politisk ledelse i departementet for å drøfte utfordringene i forhold til regelverket. KS ønsker også et slikt møte, og ber departementet ta initiativ om det.

Med vennlig hilsen



Per Kristian Sundnes
arbeidslivsdirektør



Tor Allstrin
leder KS Advokatene