

Arbeidsdepartementet

Postboks 8019 Dep  
0030 Oslo

Oslo, 21.02.2012

Vår ref.  
38784/HS24

Deres ref.  
11/5578

**HØRINGSSVAR – Tilsyn med forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter samt innføring av hjemler for overtredelsesgebyr**

Vi viser til Arbeidsdepartementets brev av 21. desember 2011 der vi er bedt om å komme med merknader til forslagene om lov- og forskriftsbestemmelser om ovennevnte.

**FORSLAGET OM TILSYN MED FORSKRIFT OM LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR I OFFENTLIGE KONTRAKTER**

Vi mener det er uheldig å knytte ytterligere lovgivning til en forskrift som det hefter så vidt mye rettslig usikkerhet ved. Det vises her til ESAs kritikk mot forskriften. Vi finner særlig grunn til å peke på den delen av kritikken som går ut på at forskriften utgjør en restriksjon på den frie flyten av tjenester fordi den bare gjelder for *offentlig sektor*.

Det må videre bemerkes at det å utvide Arbeidstilsynets tilsynskompetanse til rene kontraktsforpliktelser mellom to kontraktsparter synes unaturlig, og det bryter også med det tradisjonelle utgangspunkt at Arbeidstilsynet fører tilsyn med bestemmelsene i og i medhold av arbeidsmiljøloven. Vi følger ikke departementets tankegang om at dette stiller seg annerledes når det er tale om *offentlige oppdragsgivere*. Dersom det er slik at offentlige virksomheter bryter lovbestemmelser når de opptrer i kontraktsforhold, hører dette naturlig hjemme i styringslinjen. Det er som regel tale om store virksomheter som må forutsettes å ha den nødvendige kunnskap og tilstrekkelige ressurser til å følge de regler som gjelder ved offentlige kontrakter. Så vidt Spekter er kjent med er det helt vanlig at det er etablert klare retningslinjer for anskaffelsesprosessene. Dersom disse ikke i tilstrekkelig grad ivaretar forpliktelser etter forskriften om lønns- og arbeidsvilkår, må dette løses på andre måter enn ved å utvide Arbeidstilsynets arbeidsfelt. Arbeidstilsynets myndighetsområde er allerede svært omfattende, og håndhevingskompetansen dekker et svært sammensatt regelverk. Forskning viser at det allerede knytter seg utfordringer til kompleksiteten i eksisterende regelverk, jfr nedenfor.

Spekter er følgelig av den oppfatning at tilsynskompetansen ikke bør utvides til å gjelde ytterligere et område.

## **FORSLAGET OM INNFORING AV HJEMLER FOR OVERTREDELSESGEBYR**

Spekter kan ikke støtte dette forslaget. Vårt prinsipielle standpunkt er at dersom slike virkemidler i det hele tatt skal vurderes, må det på forhånd være etablert et betryggende rammeverk for rettssikkerhet. Et slikt rammeverk, som gjerne kan kalles et prosessregelverk for forvaltningsstraff, finnes ikke i norsk rett i dag. Når det gjelder å etablere en hjemmel for overtredelsesgebyr for Arbeidstilsynet særskilt, mener vi at det her i tillegg gjør seg gjeldende flere forhold som direkte vil stride mot de alminnelige rettssikkerhetsprinsipper. Det vises til nærmere redegjørelse for disse mot slutten av høringsvaret.

### **Gjeldende tilsynsregelverk er ikke tilpasset reaksjoner med et straffeformål**

Reglene om Arbeidstilsynets virkemidler er blitt etablert på grunnlag av tilsynsregimets formål, ikke et straffeformål. Tilsynssporet er et helt annet enn straffesporet.

I tilsynssporet prioriteres måloppnåelse, dvs å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Med dette som bakgrunn er det etablert en svært omfattende kontrolladgang for tilsynet. Konsekvensen av dette er bl.a en vidtrekkende opplysningsplikt for virksomhetene (aml § 18-5):

*"Enhver som er underlagt tilsyn etter denne lov skal når Arbeidstilsynet krever det og uten hinder av taushetsplikt fremlegge opplysninger som anses nødvendige for utøvelsen av tilsynet. Arbeidstilsynet kan bestemme i hvilken form opplysningene skal gis."*

Videre skal Arbeidstilsynets adgang til virksomheten være ubegrenset (aml § 18-4 (1)):

*"Arbeidstilsynet skal til enhver tid ha uhindret adgang til ethvert sted som omfattes av loven."*

Opplysningsplikten omfatter alle forhold av betydning for tilsynets formål, også opplysninger som senere ville kunne utsette vedkommende for straff. Det er her ikke etablert regler som gir vern mot selvinkriminering. Opplysningsplikten er i seg selv dessuten straffesanksjonert.

Arbeidstilsynet kan videre foreta undersøkelser og beslag uten krav til mistanke og uten et forhåndssamtykke fra en domstol. Adgangen til etterfølgende administrativ eller rettslig prøving av kontrollens lovlighet er begrenset.

I straffesporet er derimot hensynet til den enkeltes rettssikkerhet tillagt stor vekt. Der gjelder det taushetsrett, både overfor politi og retten. Den som velger å forklare seg, kan *straffritt* forklare seg usant. Ved ransaking gjelder krav om skjellig grunn til mistanke og til samtykke fra retten. Det er dessuten en vid adgang til rettslig prøving.

I straffesporet er *mistanke*situasjonen altså undergitt en særskilt regulering. Slik er det ikke i forvaltningssporet. Tilsyn i en konkret mistanke-situasjon vil innebære en kontroll som kan tjene flere formål:

1. bringe klarhet i hva som har skjedd
2. forberede en eventuell ileggelse av forvaltningsmessige reaksjoner, f.eks pålegg om retting eller stansning
3. forberede en eventuell ileggelse av straffelignende forvaltningssanksjoner, f.eks et overtredelsesgebyr (dersom det er gitt adgang til dette)

Tilsynslovgivningen er utformet for å ivareta formålene 1. og 2., men ikke formål 3. Det som rettfærdiggjør den vide kontrolladgangen, er at kontrollen tjener forvaltningsmessige formål. Denne begrunnelsen kan imidlertid ikke bære kontroller som forbereder en sanksjonsileggelse.

Overtredelsesgebyr er ikke straff i straffelovens forstand, men det er en forvaltningssanksjon som har sterke likhetstrekk med f.eks den rene straffereaksjonen bot. Overtredelsesgebyr har et straffeformål, og størrelsesmessig kan et overtredelsesgebyr langt overstige en bot.

Mens en straff etter straffeloven er rammet inn i et eget straffeprosessregelverk, finnes det ikke noe tilsvarende ved ileggelse av overtredelsesgebyr. Dette til tross for at en part som risikerer å bli ilagt et slikt gebyr i mange tilfeller vil ha samme behov for vern som under en regulær strafforfølgning.

Det er betimelig å reise spørsmålet om bruk av overtredelsesgebyr kan komme i strid med domstolskravet i Grunnloven § 96 (ingen kan straffes uten etter dom).

I Sak 2008/2349 mente Sivilombudsmannen at et overtredelsesgebyr ilagt av Fiskeridirektoratet etter akvakulturloven kunne være å anse som straff etter Grl. § 96.

Sivilombudsmannen foretok i denne saken en særskilt vurdering av domstolenes adgang til å prøve forvaltningsvedtak. Det er nevnt to forhold ved domstolsprøvelsen som svekker rettssikkerheten. For det første at det er den som ilegges overtredelsesgebyret som har søksmålsbyrden.

Dette innebærer etter Spekters oppfatning en avgjørende forskjell fra straffesporet der det er myndigheten (påtalemyndigheten) som har prosessinitiativet. I forvaltningssaker er det motsatt. Der er søksmålsbyrden snudd.

For det annet uttaler Sivilombudsmannen at det er lite avklart i hvilken utstrekning domstolene kan foreta en overprøving. Han viser til Sanksjonslovutvalget som selv underbygger uklarheten:

*"...hvordan en sanksjon skal ilegges vil bero på et fritt skjønn etter opportunitetsprinsippet, og domstolene vil som utgangspunkt ikke kunne overprøve dette spørsmålet med mindre det har foregått myndighetsmisbruk."*

Sivilombudsmannen omtaler også forholdet til EMK art 6 nr. 1 (retten til en rettfærdig rettergang):

*"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."*

### **Særlig om Arbeidstilsynets virksomhet**

Det er flere forhold ved Arbeidstilsynets virksomhet som gjør det særlig betenkelig å etablere en hjemmel for overtredelsesgebyr.

### **Regelverkets økende omfang og kompleksitet**

Arbeidstilsynet har over tid fått tilsynsansvar for et stadig større regelverk, noe også denne høringen er et eksempel på idet det foreslås å utvide tilsynskompetanse ytterligere. Det er med uro vi fra Arbeidstilsynets egne representanter hører at kunnskapen om regelverket kan være for dårlig og at kvantitet går på bekostning av kvalitet. I FAFOs rapport 2010:24 om evaluering av tiltak mot sosial dumping er dette beskrevet slik:

*”Regelverket er komplisert og Arbeidstilsynet har opplevd at enkelte inspektører har praktisert feil regelverk ute på tilsyn.”*

Og en prosjektleder i Arbeidstilsynet uttaler:

*”Jeg har vært med som prosjektleder hele tiden og det har kommet folk inn i prosjektet hele veien. Det medfører mye opplæring og det er et komplisert regelverk, men det var mer komplisert da vi hadde utlendingsloven sterkt inne. Du skal ha tunga rett i munnen på en del områder, ikke blande sammen ting, som for eksempel allmenngjøringslov, utlendingslov og arbeidsmiljølov.”*

Og i FAFOs rapport 2011:09 om tilsvarende:

*”Målsettingene når det gjelder antall tilsyn er overopplyt, men det ser ut til at kvantitet i noen tilfeller går på bekostning av kvalitet – og da særlig med hensyn til oppfølging av forhold som blir avdekket under tilsynene. Sakene er ofte kompliserte og med forgreininger til utlandet, og det kan skorte på ressursene som blir avsatt både til kompetansebygging og til oppfølging av saker som ofte vil kreve politimessig og rettslig etterspill for å bli løst.”*

Slike funn er ikke egnet til å skape tillit til gjeldende tilsynspraksis. Det å knytte straffelignende reaksjoner til en kvalitetsmessig svak håndheving av et svært komplisert regelverk, er etter vårt skjønn meget betenkelig.

### **Stort innslag av skjønn i regelverket**

Forvaltningen av det regelverk Arbeidstilsynet skal håndheve har et stort innslag av skjønn, bl. a som en konsekvens at utstrakt brukt av rettslige standarder i den lovgivningen tilsynet håndhever. Skjønn knytter seg så vel til generell lovtolkning som til anvendelsen av rettsreglene i konkrete situasjoner. Dette fører til at det kan være usikkerhet knyttet til om det faktisk foreligger et lovbrudd, og det kan være usikkerhet knyttet til om avviket skal anses å være rettet.

I arbeidslivet vil det i visse situasjoner kunne utvikle seg interessekonflikter mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte. I et helseforetak var de tillitsvalgte svært uenige i gjennomføringen av en forestående nedbemanning, og det oppsto en konfliktlignende situasjon. I denne situasjonen ga Arbeidstilsynet et varsel om tvangsmulkt, og uttalte:

*"Vi stiller følgende vilkår for å anse pålegget som oppfylt, jfr arbeidsmiljølovens § 18-6 sjette ledd: Begge parter må kunne gi uttrykk for at kommunikasjonen og samarbeidet oppleves som å være i bedring"*

I denne situasjonen var det åpenbart at ingen tillitsvalgte ville erklære bedring i kommunikasjon eller samarbeidsforhold før beslutningen om nedbemanning ble reversert. Spekter tok situasjonen opp med Arbeidstilsynet, og pålegget ble trukket tilbake.

Denne saken illustrerer at håndheving av arbeidsmiljølovens skjønnspregede regler byr på utfordringer. Dette innebærer at Arbeidstilsynets representanter må være oppmerksomme på å vurdere helheten i situasjonene de går inn i, særlig når det gjelder spørsmål knyttet til psykososiale og organisatoriske forhold. Vår erfaring er at dette slett ikke alltid skjer.

### ***Et opplevd behov for å kunne straffe?***

Et tilsynsorgans virksomhet har ikke et straffeformål, men et etterlevelsformål. Arbeidstilsynet har i dag en rekke virkemidler til rådighet for å sikre effektiv lovetterlevelse. Spekter har imidlertid de senere årene lagt merke til at representanter fra Arbeidstilsynet stadig oftere uttrykker et behov for å kunne straffe.

Vi refererer fra FAFOs rapport 2011:09:

*"Arbeidstilsynets egne virkemidler ser til å fungere etter hensikten, men mange informanter pekte på behov for å kunne stille oppdragsgiver til ansvar i større grad, for eksempel ved at tilsynet får anledning til å skrive ut bøter på stedet."*

Og fra FAFOs rapport 2010:24:

*"Vi burde hatt mulighet til å gi administrative bøter. På noen av de enkle og mer konkrete tingene – for eksempel mangel på arbeidsavtaler og farlig arbeid i høyden. Litt som en parkeringsvakt, liksom."*

Det uttrykket frustrasjon fra Arbeidstilsynets side fordi det ikke er gitt anledning til å ilegge straffereaksjoner. Det opplyses at man i stedet bruker media for å henge ut virksomheter. Dett er en tilsynspraksis vi mener gir sterk grunn til bekymring.

FAFOs rapport 2010:24:

*"Flere etterlyser også "sterkere lut" overfor spesielt grove tilfeller av sosial dumping. Det oppleves som for lett for arbeidsgiver å slippe unna grove brudd på regelverket. Som en følge av dette, har et mer uformelt virkemiddel fra Arbeidstilsynets side vært en bevisst bruk av media. Frykten for å bli avslørt og stilt til offentlig skue på området sosial dumping har for mange virksomheter vært den største trusselen."*

Med noen unntak er pliktene i arbeidsmiljøloven straffesanksjonerte. Arbeidstilsynet kan gå til politianmeldelse dersom man mener det foreligger straffbare forhold. Det hevdes at politiet har for få ressurser og at Arbeidstilsynet som en følge av dette må få en hjemmel for å kunne ilegge en sanksjon

som ligner straff. Til det må det bemerkes at de konkrete ressurs hensyn ikke kan begrunne at en tilsynsvirksomhet skal overta politiets, påtalemyndighetens og i noen grad domstolenes oppgaver. Spørsmålet om ressursbruk må løses på helt andre måter enn at tilsynet får oppgaver som ligger klart utenfor tilsynsformålet.

### *Tilsyn i mistankesituasjonene*

Innledningsvis pekte vi på at mistankesituasjonen er særskilt regulert innenfor straffeprosessen, da det i denne situasjonen er et særlig behov for rettslig vern.

Det er grunn til å påpeke at Arbeidstilsynet fører et risikobasert tilsyn, noe som kan indikere at det i utgangspunktet ofte vil foreligge en mistanke. Arbeidstilsynet både etterspør og agerer på innkomne tips. Som tilsynsmetodikk kan dette være tidsbesparende. Som utgangspunkt for å gi adgang til ileggelse av straff, er det derimot mer betenkelig.

En representant fra Arbeidstilsynet uttalte i et innlegg på et seminar der Spekter var tilstede at et tilsyn der det ikke ble avdekket lovbrudd, var "*egentlig en bomtur*". Vi er svært bekymret over å registrere slike holdninger.

Vi har her redegjort for noen særtrekk ved Arbeidstilsynets virksomhet som vi mener taler for at overtredelsesgebyr er et lite egnet virkemiddel.

Flere andre tilsyn har allerede fått hjemmel for å kunne ilegge overtredelsesgebyr. Dette betyr ikke at det er uproblematisk, jfr Sivilombudsmannens uttalelser. Man skal også være varsom med å sammenligne tilsyn. Når det gjelder Arbeidstilsynet som håndhever et komplisert regelverk som i stor grad er basert på skjønnsmessige vurderinger, mener vi at andre virkemidler må vurderes.

### **OPPSUMMERING**

Overtredelsesgebyr er ikke straff i straffelovens forstand. Den jevne borger vil imidlertid ha problemer med å se forskjellen på et overtredelsesgebyr og en bot. I likhet med en bot har overtredelsesgebyret et straffeformål og ilegges for et lovbrudd som allerede er begått. Det at et slikt gebyr indirekte kan virke forebyggende, kan ikke frata det karakteren av å være et straffetiltak. Også straffereaksjoner i straffelovens forstand tar sikte på å ha både en individualpreventiv og en allmennpreventiv virkning.

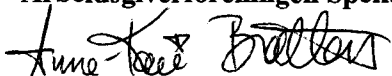
Tilsynsmyndigheten er gitt en svært vid kontrolladgang. Historisk må denne sees i sammenheng med tilsynets formål, å sikre fremtidig etterlevelse. Hvis kontrollen er basert på en mistanke om lovbrudd og innsamlede opplysninger skal danne grunnlag for en straffelignende reaksjon, er det et sterkt behov for en nærmere regulering. Man får ellers en forvaltningsstrafferett uten noen tilhørende forvaltningsstraffeprosess. I Danmark fant man en løsning på dette allerede i 2004. Mistankesituasjonen ble undergitt særskilt regulering i én felles tilsynslov, betegnende nok kalt "Rettsikkerhetsloven".

Når det gjelder Arbeidstilsynet særskilt, vil det raskt kunne melde seg spørsmål om hvorvidt rettsikkerhetshensynene er ivaretatt. I Sivilombudsmannens vurdering av domstolenes

prøvelsesadgang tas det opp forhold som utvilsomt også vil kunne gjelde Arbeidstilsynets forvaltningspraksis. Det pekes på behovet for en rettslig avklaring av grensene for prøvelsesadgangen idet det vises til at "hensynet bak Grl. § 96 er å hindre administrativ vilkårlighet".

Spekter er kjent med at det for tiden er under arbeid en lovproposisjon i kjølvannet av Sanksjonslovutvalgets innstilling, og at et av spørsmålene som vurderes nettopp er å etablere en egen regulering av en forvaltningsstraffeprosess. Vi kan ikke se det forsvarlig å etablere regler om overtredelsesgebyr før en slik forvaltningsstraffeprosess er etablert.

Med vennlig hilsen  
**Arbeidsgiverforeningen Spekter**



Anne-Kari Bratten  
Visadministrerende direktør