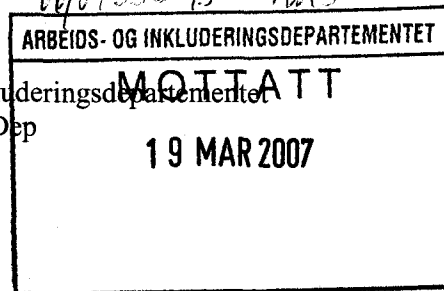




Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 Oslo

Eli Mette Jarbo



Vår dato 22.03.2007
Deres dato 22.12.2006
Vår referanse 71784/nm
Deres referanse 200607535-/EMJ

Høring – handlingsplanen mot sosial dumping – tiltak for å sikre ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringsordningen

Det vises til brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet 22. desember 2006. Høringssvaret er avgitt på vegne av NHO og NHOs landsforeninger.

Departementet har bedt om innspill og kommentarer til fire forhold:

1. Spørsmål om å innføre obligatorisk godkjennings- og kontrollordning for bemanningsforetak.
2. Spørsmål om innstramming av reglene for når innleie fra produksjonsvirksomheter krever avtale med tillitsvalgte.
3. Spørsmål om et ansvar for oppdragsgiver for å påse/kontrollere at oppdragstakere følger allmenngjøringsforskrifter.
4. Spørsmål om innsynsrett for tillitsvalgte hos oppdragsgiver i lønns- og arbeidsvilkår etter allmenngjøringsforskrifter hos virksomhetens oppdragstakere.

Hovedkonklusjoner

NHO er opptatt av å sikre et seriøst og velfungerende arbeidsliv. Både norske og utenlandske bedrifter skal opptre seriøst, og det skal ikke oppleves som en konkurranseulempe å følge de lover og regler som gjelder. Det er behov for kontroll og tilsyn, men dette er et grunnleggende offentlig ansvar som det ikke er riktig å overføre verken til arbeidsgivere eller arbeidstakere. Dette er bakgrunnen for NHOs hovedkonklusjoner:

1. NHO støtter innføring av obligatoriske godkjennings- og kontrollordninger for bemanningsforetak.
2. NHO går mot innstramming av reglene for innleie fra produksjonsbedrifter.
3. NHO går mot et generelt påseansvar for oppdragsgiver. NHO foreslår i stedet en konkret sjekklister som stiller krav til oppdragsgiver, sammen med en samordning og videreutvikling av det offentlige tilsyns- og kontrollarbeidet som allerede pågår.
4. NHO går mot innsynsrett for tillitsvalgte. NHO er positiv til ordninger som stiller krav til innrapportering til offentlige tilsynsmyndigheter.

Videre i dette brevet og i utdypende vedlegg følger en nærmere begrunnelse for NHOs syn.

Bemanningsbransjen må delta i godkjennings- og kontrollordning

NHO er positive til innføring av en obligatorisk godkjennings- og kontrollordning for bemanningsforetak. NHO kan støtte innføring av økonomiske krav, men ikke nødvendigvis i form av krav om garanti for lønnsforpliktelser. NHO er opptatt av at godkjennings- og kontrollordningen må bli så målrettet og effektiv som mulig. For å oppnå dette ønsker NHO en ordning hvor bransjen selv er deltakende. I NHO er det Servicebedriftenes landsforening (SBL) som organiserer bemanningsforetakene. NHO vil gjerne bidra i en videre prosess for å utforme en slik ordning, og ber derfor departementet om et møte for å diskutere spørsmålene nærmere.

Se pkt. 1 i vedlegg 1.

Produksjonsbedrifter må fortsatt ha samme adgang til innleie av arbeidskraft

NHO ser ingen grunn til å stramme inn reglene for innleie av produksjonsbedrifter. Eventuelle innstramminger i reglene for innleie vil bety mindre tilgjengelig arbeidskraft og dermed kunne skape vansker for bedriftenes leveranser. Dette vil også ramme arbeidstakerne fordi denne type innleie er et alternativ til permitteringer og oppsigelser. Et regelverk for arbeidsleie mellom bedrifter må utformes så robust at det kan anvendes i både økonomisk gode og dårlige tider. De tiltak som er foreslått kan ikke sees å være noe hensiktsmessig tiltak i kampen mot useriøsitet. Dagens regelverk fungerer bra, og er allerede strammet inn i forhold til det som var en langvarig praksis med dispensasjoner fra Arbeidsleieutvalget.

Departementet foreslår at arbeidsgiver skal dokumentere at vilkårene for utleie av arbeidskraft er oppfylt. NHO støtter forslaget under forutsetning av at det presiseres at dette dokumentasjonskravet er knyttet til utleier.

Se pkt. 2 i vedlegg 1.

Påseansvar og innsynsrett strider med rettssikkerhetsprinsipper

Når det gjelder forslagene om innføring av påseansvar for oppdragsgiver og innsynsrett for tillitsvalgte fremstår disse som svakt utredet, og det er derfor vanskelig å gi utfyllende kommentarer til de forslagene som er fremsatt. Det viktigste for NHO er likevel de grunnleggende prinsipielle problemstillingene som disse forslagene berører: Private aktører skal ikke pålegges kontroll- eller etterforskningsansvar som vanligvis er lagt til offentligrettslige tilsynsorganer. En slik oppgave skal tilligge det offentlige. Det er på denne måten grunnleggende rettssikkerhetsgarantier kan ivaretas. Slik sikres også viktige personverninteresser. Denne prinsipielle grenseoppgangen er også mest heldig sett ut ifra en konkurranserettslig synsvinkel. Det er betenkelig med systemer som fører til at virksomheter som konkurrerer vet for mye om hverandre. Forslagene, både når det gjelder å pålegge oppdragsgivere påseansvar og gi tillitsvalgte arbeidstakere innsynsrett, bryter fundamentalt med disse prinsippene. En drøfting av temaet savnes helt i departementets høringsbrev. NHO har derfor hentet inn en utredning fra professor Olav Kolstad ved Universitetet i Oslo som følger som vedlegg til dette høringsvaret.

Se pkt. 3 i vedlegg 1 og vedlegg 2 – utredning fra professor Olav Kolstad.

Forholdet til EØS-retten ikke tilstrekkelig utredet

Forholdet mellom forslaget om innsynsrett for tillitsvalgte og EØS-retten er heller ikke tilstrekkelig utredet. I forhold til EØS-retten er det helt klart at manglende ressurser hos offentlige myndighetsorganer ikke er et tvingende allment hensyn som kan begrunne en ordning der tilsynsoppgaver legges til private. For nærmere omtale av disse problemstillingene viser vi til det som er tatt opp av professor Olav Kolstad og førsteamanuensis Erling Hjelmeng i utredning av 17. november 2005 og av professor Stein Evju i sitt høringsbrev til departementet 13. januar 2006. NHO har i tillegg hentet inn en ny utredning. Utredningen, som følger vedlagt, er skrevet av professor Olav Kolstad og førsteamanuensis Erling Hjelmeng og behandler spesielt det forslaget til innsynsrett som er fremmet av departementet i høringsnotatet 22. desember 2006. Kolstad og Hjelmeng konkluderer med at departementets forslag ikke tilfredsstillende EØS-avtalens proporsjonalitetskrav.

Se pkt. 3 i vedlegg 1 og vedlegg 3 – utredning fra professor Olav Kolstad og førsteamanuensis Erling Hjelmeng.

Uavklarte spørsmål om påseansvar

I tillegg til de grunnleggende prinsipielle innvendingene er det også grunn til å stille spørsmål ved hvordan et påseansvar for oppdragsgivere skal kunne praktiseres. Hva menes med begrepet ”oppdragsgiver”? Hva skal være kontrollgrunnlaget? Hvor langt strekker ansvaret seg? Hvilke ressurser forventes brukt? Hvilken kompetanse forventes det hos oppdragsgiver? Hva skal konsekvensen av eventuelle positive funn være? Kan kontraktsrettslige bestemmelser i det hele tatt benyttes som virkemiddel for å håndheve offentligrettslige regler?

Departementets høringsnotat gir ingen svar på disse spørsmålene, som må avklares dersom reglene skal være praktiserbare for bedriftene.

Se pkt. 4 i vedlegg 1.

Uavklarte spørsmål om innsynsrett

NHO har ingenting imot at tillitsvalgte sender ”bekymringsmeldinger” til offentlige tilsynsorgan. Det prinsipielt problematiske med departementets forslag er at de tillitsvalgte gis rett til å kreve fremlagt dokumentasjon, og deretter gå gjennom denne dokumentasjonen. Forslaget innebærer således en ren delegasjon av Arbeidstilsynets og Petroleumstilsynets tilsynskompetanse. Det er en prinsipielt gal blanding av roller. Også når det gjelder innsynsrett er det en rekke problemstillinger som ikke avklares i høringsutkastet. Det er under en hver omstendighet nødvendig å presisere at innsynsretten er begrenset til arbeid som faller inn under allmenngjøringsforskriften, og at innsynsretten begrenses til eget tariffområde.

Se pkt. 5 i vedlegg 1.

Forslag til alternative løsninger

Som et mer hensiktsmessig tiltak for å sikre seriøsitet i arbeidslivet foreslår NHO at det offentlige innfører en sjekklister med helt konkret kontrollpunkter. Det kan være naturlig å ta utgangspunkt i de erfaringene byggenæringen har fra prosjektet ”Seriøsitet i byggenæringen”, og opprettelsen av StartBANK. StartBANK er et leverandørregister, og er utviklet i tett

samarbeid med myndighetene. NHO forutsetter at en offentlig sjekklister på samme måte må utarbeides i tett samarbeide mellom myndighetene og næringen.

NHO går inn for at det offentlige tilsyn med bedriftene videreutvikles og effektiviseres. Dette gjelder spesielt økt samordning av tilsyn og kontroll fra Skatteetatens og Arbeidstilsynets side. Begge tilsynsetater har allerede et regelverk som har hjemler som gjør det mulig å kontrollere arbeidsforhold, fysisk og organisatorisk, herunder dokumentasjon/arbeidskontrakter og regnskaper/annen dokumentasjon som kan avdekke uregelmessigheter i forhold til etterlevelse av allmenngjøringsforskriftene.

Før det iverksettes nye tiltak bør nylig igangsatte tiltak få tid til å virke og deretter evalueres. Arbeids- og Petroleumsstilsynet ble styrket med nye sanksjonsmidler med virkning fra 1. desember 2006. De samme etater er gitt økte ressurser til innsatsen mot useriøsitet. Det er vedtatt å innføre ID-kort for byggebransjen samtidig som byggherrene fra 1. januar 2007 er pålagt å informere om de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskriftene i sine kontrakter med oppdragstakere på bygge- eller anleggsplassene. På skattesiden pågår det også utredning av nye forslag. Samlet gir dette mulighet for en kraftfull innsats for å fremme seriøsitet i arbeidslivet. NHO oppfordrer departementet til å følge opp disse løsningene i stedet for å gå videre med de meget problematiske forslagene om påseansvar og innsynsrett.

Se pkt. 6 i vedlegg 1.

Vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON



Sigrun Vågeng
Direktør

1. Obligatorisk godkjennings- og kontrollordninger for bemanningsforetak

Endringen av regelverket for innleie fra bemanningsforetak i 2000 åpnet for at alle virksomheter, innenfor klare rammer, fikk anledning til å dekke et midlertidig behov for arbeidskraft. Dette har vært av stor betydning for et mer velfungerende arbeidsmarked, ikke minst i en periode med høykonjunktur.

Departementet påpeker i sitt høringsnotat at det er et stigende problem med useriøse aktører innenfor entrepriser, selvstendige oppdragstagere, arbeidsformidling og utleie av arbeidskraft. Forslagene om godkjenningsordninger retter seg kun mot utleie av arbeidskraft fra bemanningsselskap. Til tross for departementets bekymring over useriøse aktører, er deres hovedinntrykk at "de store bemanningsforetakene" driver "meget seriøst". I NHO er det Servicebedriftenes Landsforening, SBL, som organiserer bemanningsforetakene. SBL stiller strenge krav for å bli medlem. Også bemanningsbransjen i SBL ser med bekymring på at det dukker opp useriøse aktører.

Departementet foreslår en offentlig godkjenningsordning. NHO er opptatt av at en ordning blir så målrettet og effektiv som mulig. En ordning må ikke bli utsatt for byråkratisk treghet eller dårlig oppfølging. Ordningen må heller ikke låses fast i et statisk rammeverk, men utvikles i takt med erfaringer og behov. For å få en ordning som kan fungere best mulig ønsker NHO en ordning hvor bransjen er deltakende.

Dersom det er grunn til å hevde at risikoen for å unndra seg lønnsforpliktelser, skatt og avgifter er større for utleievirksomheter enn i andre bransjer må en godkjenningsordning være noe mer enn en registreringsplikt. Det bør vurderes og også stilles økonomiske krav. Det foreslås at alle virksomheter som leier ut arbeidskraft i Norge må være registrert som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap eller stille garanti tilsvarende egenkapitalkrav, for tiden 100.000 kroner. Virksomheten må heller ikke ha uomtvistede utestående krav fra offentlig myndighet. I den grad det er forenelig med EØS-retten stiller NHO seg også positiv til departementets forslag om fysisk etablering i landet, ved for eksempel å stille krav om minst ett kontor i landet for å kunne drive utleie i Norge. Dette vil gjøre bransjen mer oversiktlig. Fra NHOs side er det uansett et minimumskrav at det stilles krav om en stedlig representant for utleievirksomheten i Norge.

NHO frykter at innføring av et krav om garanti for lønnsforpliktelser vil kunne medføre uforholdsmessig store kostnader for bransjen og dermed true eksistensgrunnlaget for mindre bedrifter. En eventuell garantiordning må derfor utredes nøye før den eventuelt innføres. NHO kan ikke støtte en garantiordning som blir urimelig belastende for små bemanningsselskaper.

NHO stiller seg således positiv til innføring av godkjennings- og kontrollrutiner for både norske og utenlandske bemanningsforetak. Dette bør forankres i en forskrift og NHO ber, på denne bakgrunn, om et møte med departementet for å diskutere utformingen av denne.

2. Departementets vurderinger og forslag om å oppheve skillet mellom bemanningsforetak og ordinære virksomheter

Arbeidsinnvandring har de siste årene hevet økonomiens kapasitetsgrense. Tilgang på utenlandske arbeidstakere gir bedriftene mer trygghet for at de virkelig kan utføre oppdrag som de påtar seg i Norge. Eventuelle innstramminger i reglene for innleie vil bety mindre tilgjengelig arbeidskraft og dermed kunne skape vansker for bedriftenes leveranser. Det er imidlertid ikke mange år siden bedrifter strevde med dårlig ordretilgang og fare for permitteringer. Et regelverk på arbeidsleie mellom produksjonsbedrifter må utformes så robust at det kan hjelpe bedriftenes bemanningssituasjon i både oppgangs- og nedgangskonjunkturer.

Regelverket for ordinære virksomheter følger andre regler enn bemanningsforetak fordi virksomheten i utgangspunktet har en lenger tidshorison og arbeidstakerne er fast ansatte. Ordinære virksomheter har derfor en videre adgang til arbeidsleie enn bemanningsforetak fordi:

- Det er viktig at nasjonal arbeidskraft blir nyttiggjort best mulig
- Oppsigelse og permittering bør i det lengste unngås

Skillet mellom bemanningsforetak og ordinære bedrifter altså produksjonsbedrifter har eksistert svært lenge fordi alle parter – både arbeidstakere, arbeidsgivere og myndigheter – har vært opptatt av viktigheten av å sikre at det nasjonale arbeidsmarked fungerer best mulig. Lokale misstilpasninger i ordretilgang og bemanning kan dermed jevnes ut slik at arbeidstakere kan unngå oppsigelse og permitteringer som følge av en periode med ordresvikt. NHO er sterkt opptatt av at reglene mellom ordinære bedrifter er vide og finner derfor ingen grunn at det skal innføres begrensninger på dette området. NHO er bare for å oppheve skillet dersom regelverket for bemanningsbedrifter liberaliseres på tilsvarende måte. Det er imidlertid ikke tema for denne høringen.

Departementet foreslår endringer av vilkårene for avtaleplikt med tillitsvalgte etter § 14-13 andre ledd. Avtaleplikt gjelder i dag når innleie overstiger 10 prosent og har en varighet over et år. Ordningen innebærer i realiteten en vetorett for tillitsvalgte i slike saker. Ved innleie under disse grensene har innleieforholdet vært underlagt drøftingsrett for tillitsvalgte. Dette regelverket har vært i funksjon siden 2000. NHO vil minne om at regelverket også før 2000 var praktisert vidt for ordinære bedrifter. Blaalid-utvalget, NOU 1998:15, mente det var få problemer med arbeidsleie mellom produksjonsbedrifter, og foreslo derfor et mer liberalt regime for denne typen bedrifter enn for bemanningsforetak. Regjeringens forslag i Ot.prp. nr. 70 (1998-99) om drøfting for innleie under 15 prosent og 2 år var i tråd med praksis i Arbeidsutleieutvalget når de ga bedrifter dispensasjoner fra Sysselsettingsloven. Lovens forskrift åpnet imidlertid for dispensasjoner i fem år. Stortingets vedtak om 10 prosent og 1 år var og er etter NHOs syn en unødvendig innstramming i forhold til en uproblematisk praksis.

Når departementet nå foreslår en ytterligere innstramming i forhold til tillitsvalgtes vetorett ved innleie fra produksjonsbedrifter, må dette begrunnes i troen på at tillitsvalgte i bedriften har bedre kompetanse enn bedriftsledelsen til å vurdere slike tilfeller. NHO vil understreke at partene gjennom lov og avtaleverket har styrket tillitsvalgtrollen ved at de tillitsvalgtes gjennom informasjon og drøftelser skal ha en rolle i forbindelse med innleie. De lokale parter kan drøfte behov og omfanget og de tillitsvalgte kan gi innspill gjennom spørsmål og kommentarer i møter med bedriftens ledelse. I mange tilfeller vil bedriften også dokumentere lønns- og arbeidsvilkår i innleiebedriften etter krav fra de tillitsvalgte. Dersom partene ikke blir enige, er det bedriften som må ta den endelige beslutning basert på ledelsens totalvurdering av saken. Dette drøftingsinstituttet fungerer godt i praksis og NHO mener at dette må videreføres uten endringer. Så langt NHO erfarer har det vært svært få tvistesaker på dette området. Tvert imot er erfaringene at de tillitsvalgte ikke har innvendinger til innleiespørsmål. NHO kan ikke se at det er noe hensiktsmessig tiltak mot sosial dumping at ansvar overføres fra ledelsen til de tillitsvalgte i slike tilfeller.

NHO er enig med departementet i at det kan være vanskelig i enkelte tilfelle å fastslå når vilkårene for anvendelse av § 14-13 faktisk er tilstede. Dette gjelder spesielt når produksjonsbedriften befinner seg i utlandet. I sin kommentar sier departementet at arbeidsgiver må kunne dokumentere at vilkårene i § 14-13 første ledd andre punkt er oppfylt. Det er imidlertid uklart hvem som defineres som arbeidsgiver. Er det produksjonsbedriften eller innleier? Det som er klart er at det er utleier som er nærmest til å kunne dokumentere at kravene er oppfylt. Det vil særlig gjelde når utleier befinner seg i utlandet. Hvis det er innleier som skal dokumentere at kravene er oppfylt, vil et slikt krav være så vanskelig å oppfylle, at det vil gjøre innleie fra utlandet nærmest umulig. Det kan ikke NHO godta.

3. Generelt om påseansvar for oppdragsgiver og innsynsrett for tillitsvalgte kombinert med en opplysnings- og dokumentasjonsplikt til oppdragstakere

3.1. Innledning – presentasjon av departementets forslag

Som tiltak for å effektivisere allmenngjøringsordningen foreslår departementet endringer i allmenngjøringsloven som skal effektivisere kontrollen med etterlevelsen av loven. Forslaget er todelt:

For det første foreslår departementet at oppdragsgiver skal få en plikt til å påse/kontrollere at oppdragstakere følger allmenngjøringsforskriftene. En slik løsning vil etter departementets vurdering innebære at oppdragsgiver må ta de nødvendige skritt for å undersøke og kontrollere at oppdragstaker lønner i henhold til allmenngjøringsvedtak, men uten at oppdragsgiver selv får et direkte ansvar for lønnsutbetalingene. Forslaget til ny § 9 i allmenngjøringsloven er som følger:

Ansvar for oppdragstakere

Departementet kan gi forskrift om at oppdragsgiver i kontrakt med oppdragstaker, skal informere om plikter etter gjeldende forskrifter om allmenngjøring av tariffavtaler, og påse/kontrollere at oppdragstakeren etterlever sine plikter.

Hva som nærmere er ment å ligge i påse/kontrollansvaret er ikke nærmere definert. Departementet forutsetter at mer detaljerte bestemmelser om dette skal gis i forskrift. Samtidig uttales det at påseansvaret rent konkret kan oppfylles "for eksempel gjennom at oppdragsgiver informerer om gjeldende allmenngjøringsforskrifter, stiller som vilkår i kontrakten at oppdragstaker etterlever slike forskrifter (kontraktsklausuler), innhenter dokumentasjon på arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår og utøver en form for kontroll/tilsyn med underentreprenører, for eksempel i form av stikkprøvekontroller". (NHOs understreking) Departementet viser til at Petroleumstilsynet etter tilsyn på landanleggene erfarer at mange oppdragsgivere allerede har kontraktsfestet krav om å få informasjon om lønns- og arbeidsvilkår fra oppdragstakere, og at dette faktisk følges opp gjennom interne tilsyn fra virksomhetene. I stedet for å utforme detaljerte regler foreslår departementet å lovfeste funksjonelle og skjønnsmessige regler som tar høyde for ulike forhold i det enkelte kontraktstilfellet. Påse-ansvaret er tenkt å omfatte alle ledd i en kjede av oppdragstakere/underentreprenører. Som argument er det vist til at også arbeidstakere som er ansatt lengst nede i en kontraktskjede har behov for vern. I og med at hovedtyngden av debatten om sosial dumping til nå har dreid som om forholdene i byggebransjen, er det foreslått at oppdragsgiveransvaret legges til byggebransjen i første omgang.

For det andre foreslår departementet at tillitsvalgte gjennom en innsynsrett gis kompetanse til å kontrollere om allmenngjøringsloven etterlevs. Departementets forslag på dette punkt innebærer at oppdragsgivers tillitsvalgte gis rett til å kreve dokumentasjon om arbeidsgiverens underleverandører opererer med lønns- og arbeidsvilkår som er i overensstemmelse med forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler. Samtidig pålegges underleverandører en plikt til å gi informasjon om relevante forhold. Informasjons- og dokumentasjonsplikten er foreslått inntatt i et nytt femte og sjette ledd i allmenngjøringsloven § 8 som har oversikten: "Tilsyn med lønns- og arbeidsvilkår", og som spesifikt gjelder Arbeids-/Petroleumstilsynets tilsynskompetanse. Nærmere bestemt foreslås:

Enhver som er underlagt tilsyn etter første ledd, skal når oppdragsgivers tillitsvalgte (eventuelt for bestemte grupper) krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge/dokumentere for tillitsvalgte opplysninger om hvilke lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i virksomheten. Den tillitsvalgte har taushetsplikt og skal umiddelbart overlate de fremlagte opplysningene til Arbeidstilsynet, eller Petroleumstilsynet innenfor sitt myndighetsområde, dersom de fremlagte opplysningene tyder på at arbeidstakere ikke har fått lønns- og arbeidsvilkår i tråd med allmenngjøringsforskriften.

Departementet fastsetter nærmere regler om innsynsretten, herunder hvem som kan be om opplysninger, hvem som plikter å legge frem opplysninger, hvilke opplysninger som kan kreves lagt frem, i hvilken form disse kan kreves fremlagt, og hvordan opplysningene kan behandles."

Som begrunnelse for ovennevnte forslag vises dels til at det "aldri vil være mulig for Arbeids- og Petroleumstilsynet å kontrollere alle som omfattes av en allmenngjøringsforskrift". Videre vises til at tilsynsorganene ved siden av sin egen virksomhet er "avhengig av opplysninger og bistand for å gjennomføre tilsynet tilfredsstillende. Forslaget innebærer i realiteten at private aktører tillegges etterfølgende kontroll- og etterforskningsansvar overfor andre.

3.2. Gjeldende rett

I høringsbrevets punkt 3.2.2. har departementet vist til eksempler fra andre rettsområder der private aktører er pålagt plikt til å kontrollere andre aktører. Departementet har trukket frem arbeidsmiljøloven § 2-2 (HMS-ansvaret), påse-plikten i petroleumsvirksomheten, ansvaret etter ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter og ulike bestemmelser i skattelovgivningen som eksempler på dette.

Når det gjelder ansvaret etter arbeidsmiljøloven § 2-2 er det likevel slik at ansvaret etter denne bestemmelsen begrenser seg til å sørge for at "egen virksomhet er slik innrettet og egne arbeidstakers arbeid er ordnet og blir utført på en slik måte at også andre enn egne arbeidstakere er sikret et fullt forsvarlig arbeidsmiljø", jf. Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) side 303. Bestemmelsen gjelder bare så langt arbeidsgivers virksomhet eller ansatte representerer "en arbeidsmiljorisiko for andre personer som utfører arbeidet". Arbeidsgiver har "således ikke ansvar for hvordan arbeidet utføres, med mindre den som utfører arbeidet på samme måte som sine egne arbeidstakere er underlagt arbeidsgivers styring av arbeidet". Arbeidsgiver har med andre ord bare et tilretteleggingsansvar.

Tilsvarende etter ILO-konvensjon nr. 94, samt ansvaret etter skattelovgivningen. Etter ILO-konvensjon nr. 94 skal entreprenør/leverandør dokumentere at kravene til lønns- og arbeidsvilkår er overholdt. Det er likevel ikke slik at en kan utlede noe omfattende kontroll- og etterforskningsansvar med basis i rundskriv 2/2005 fra Moderniseringsdepartementet (Fornyings- og administrasjonsdepartementet).

Etter skattebetalingsloven § 6- 10 tilligger det oppdragsgiveren en rapporteringsplikt. Er rapporteringsplikten overholdt fritas oppdragsgiver for ansvar. Ansvaret er større ved innleie, jf. skattebetalingsloven § 3. I slike tilfelle har innleiebedriften likevel en indirekte styringsrett over de innleide arbeidstakerne, og dessuten er det åpnet for å søke om fritak fra denne plikten på forhånd. En slik mulighet for å fri seg for ansvar er for øvrig også trukket inn som et ikke uvesentlig moment, når flere EU-land nå vurderer ulike varianter av solidaransvar for hovedentreprenører for betaling av skatter og avgifter i entrepriseforhold.

Når det gjelder påse-ansvaret i petroleumsvirksomheten følger det av forskrift 31. august 2001 om helse, miljø og sikkerhet i petroleumsvirksomheten (rammeforskriften) at operatøren og andre som deltar i petroleumsvirksomheten er ansvarlige for å sikre at krav som er gitt i helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen blir etterlevd. Bestemmelsen er særegen og er begrunnet i de særlig store sikkerhetsmessige hensyn som gjør seg gjeldende i denne bransjen. Å påse innebærer likevel bare en plikt til "kontrollere at de enkelte aktørene faktisk følger opp dette ansvaret", og vil således være en "generell og overordnet oppfølgingsplikt". Noe ansvar for å gå inn i den enkelte virksomhet, kontrollere og etterforske kan ikke utledes av forskriften. Det kan heller ikke utledes av byggherreforskriften som departementet viser til.

3.3. Utgangspunkt for forslaget til regulering – private aktører skal ikke tillegges etterfølgende kontroll- og etterforskningsansvar

NHO er opptatt av å arbeide for et seriøst og velfungerende nærings- og arbeidsliv, med ordnede lønns- og arbeidsforhold for alle i det norske arbeidsmarkedet. Både norske og utenlandske bedrifter skal oppføre seriøst, og det skal ikke oppleves som en konkurranseulempe å følge de lover og regler som samfunnet oppstiller. Selv om det er viktig å bekjempe ulovlige lønns- og arbeidsforhold, mener NHO likevel at det ikke er berettiget å ta i bruk ethvert virkemiddel. Rettsikkerhetsmessige hensyn må alltid være førende.

NHO er positive til at private aktører skal utføre visse former for kontroll før kontrakter inngås. Bedrifter har et ansvar for å kontrahere med aktører som følger samfunnets spilleregler. NHO er også positive til at private aktører oppfordres til å varsle om ulovlige forhold, og at det sendes "bekymringsmeldinger" til offentlig tilsynsorganer. Derimot er vi i mot at private aktører skal tillegges etterfølgende kontroll- og etterforskningsansvar for etterfølgelsen av offentligrettslige bestemmelser. I vårt samfunn er det tradisjonelle utgangspunktet at det er det offentlige som er best egnet til å inneha rollen som "samfunnets vokter". Selv innenfor viktige samfunnsområder som miljø- og barnevern, hvor tunge samfunnsinteresser gjør seg gjeldende gis ikke private aktører slikt ansvar. En slik oppgave skal tilligge det offentlige. På denne måten sikres grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som hele vårt samfunnsystem bygger på.

Med rettssikkerhet siktes til at den enkelte skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet, og at vedkommende skal ha mulighet for å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser. Krav til forsvarlig saksbehandling står i denne sammenhengen helt sentralt. Det samme gjelder mulighetene for å få sin sak behandlet av uholdede personer, og at de aktører som blir utsatt for etterforskning og kontroll (granskning) gis mulighet for å forsvare sine interesser (kontradiksjon), og at det må være adgang til å få avgjørelsene overprøvd. I den utstrekning det er aktuelt å fravike det tradisjonelle utgangspunktet og flytte kontroll- og etterforskningsoppgaver fra offentlige til private aktører, mener NHO det må foreligge meget tungtveiende hensyn. I så fall må det utferdiges et sett med regler som ivaretar disse viktige rettssikkerhetsmessige hensyn.

Etter NHO oppfatning må skillet mellom det offentliges og det privates rolle og hensynet til rettssikkerhet, ligge som utgangspunkt for drøftelsene av hvilket ansvar det offentlige kan og bør pålegge en oppdragsgiver og deres tillitsvalgte. Noen slik prinsipiell tilnærming til temaet savnes helt i departementets høringsbrev, og NHO har derfor innhentet en utredning fra Universitetet i Oslo ved professor Olav Kolstad. Utredningen av 15.03.2007 følger vedlagt. Det konkluderes med at kontrollkompetanse normalt bør tillegges offentlige myndigheter. Vurderingen av departementets høringsnotat er at det ikke drøfter problemstillingene i sin fulle bredde, og at det ikke ser ut til å foreligge tungtveiende hensyn som tilsier at tillitsvalgte bør gis kompetanse til å pålegge oppdragstagere en informasjon- og dokumentasjonsplikt. Videre at kontraktsrettslige sanksjoner er lite egnet i forhold til oppfølging av et evt. påseansvar for oppdragsgivere. I tillegg til denne utredningen vises det også til amanuensis (nå professor) Svein Eng's artikkel "Plassering av offentlig kompetanse hos private – noen hensyn for og imot" i Lov og Rett 1992 side 544.

Som begrunnelse for å foreslå innsynsrett for oppdragsgivers tillitsvalgte, er det vist til at "det aldri vil være mulig for Arbeids- og Petroleumstilsynet å kontrollere alle som omfattes av en allmenngjøringsforskrift". I forhold til EØS-retten er det imidlertid helt klart at manglende ressurser ikke et tvingende allment hensyn som kan begrunne en ordning der tilsynsoppgaver legges til private. Dette er tatt opp både av professor Stein Evju i sitt høringsbrev til departementet 13. januar 2006 og av professor Olav Kolstad og førsteamanuensis Erling Hjelmeng i utredning av 17. november 2005. NHO har i tillegg hentet inn en ny utredning. Utredningen, som følger vedlagt, er skrevet av professor Olav Kolstad og førsteamanuensis Erling Hjelmeng og behandler spesielt det forslaget til innsynsrett som er fremmet av departementet i deres høringsnotat 22. desember 2006. Kolstad og Hjelmeng konkluderer med at departementets forslag ikke tilfredsstillende EØS-avtalens proporsjonalitetskrav.

I tillegg disse prinsipielle innledende betraktningene er det flere andre forhold vi finner betenkelige og for dårlig utredet. Nedenfor har vi pekt på flere forhold:

4. Spesielt om påseansvar for oppdragsgiver

NHO er enig med departementet i at det offentlige må kunne stille krav om at oppdragsgiver foretar en ordentlig vurdering før de inngår kontrakter (prekvalifiseringsprosess), og at oppdragsgivere stiller krav om at deres kontraktører retter seg etter gjeldende lover/forskrifter. Men ansvaret må stoppe her. Skal oppdragsgiver være i stand til å påse at underentreprenører/leverandører utbetaler lønn, dekker et visst antall hjemreiser, dekker kost og losji og overholder allmenngjøringsforskriftens arbeidstidsbestemmelser med mer forutsettes i tilfelle at oppdragsgiver går inn i selve driften og foretar etterfølgende kontroll. I tillegg til de overordnede rettsikkerhetsmessige problemstillingene vi allerede har nevnt, finner vi grunn til å peke på følgende konkrete spørsmålsstillinger:

4.1. Definisjon av oppdragsgiver

Departementet foreslår å legge et påseansvar til oppdragsgiver. Hva som departementet nærmere ligger i begrepet oppdragsgiver er uklart. Selve begrepet "oppdragsgiver" synes å forutsette at departementet har ment å legge påseansvaret til byggherren. Konsekvensen av dette vil i tilfelle være at en legger et oppfølgingsansvar til bedrifter som ikke nødvendigvis kjenner fagområdet. Dette kan eksempelvis være en kommune, et sykehus, et hotell eller en bensinstasjon som gis ansvar for å følge opp at allmenngjøringsforskriften for byggeplasser etterlevs. Dette fremgår likevel ikke helt klart at ansvaret tenkes lagt til byggherren. Høringsnotatet kan også leses slik at departementet har tenkt ansvaret lagt til alle hovedentreprenører som igjen gjør bruk av underentreprenører. NHO mener det er en svakhet at dette ikke er nærmere klarlagt. For en nærmere illustrasjon av entreprisformenes kompleksitet har vi vedlagt et notat som viser hovedinndelingene av disse.

4.2. Grunnlag for å utføre kontroll

Uansett hvilken definisjon en velger å legge til begrepet oppdragsgiver, må den virksomheten som anses som oppdragsgiver ha et grunnlag for å utføre kontroll/tilsyn/etterforskning. Det reiser spørsmål om departementet mener at det lovforslaget som ligger i høringsbrevet er tilstrekkelig, eller om departementet ser for seg at oppdragsgiver selv skal skaffe seg slikt grunnlag, eksempelvis gjennom kontrakter. Dette spørsmålet burde vært vurdert. Dersom departementet mener at oppdragsgiver skulle skaffe nødvendig grunnlag gjennom kontrakt, hva vil i tilfelle være konsekvensen dersom en oppdragsgiver eventuelt har "uteglenet" et slikt grunnlag? Det er videre grunn til å reise spørsmål om de kontraktsrettslige bestemmelser er noe egnet virkemiddel for å håndheve offentligrettslige bestemmelser. Spørsmålet er ikke vurdert.

4.3. Hvor langt kan og skal en oppdragsgiver gå når det gjelder kontroll, og er det ment at det skal gjelde noen terskel for igangsettelse av kontroller? Kan oppdragsgiver outsource kontrollmyndigheten?

Departementet legger til grunn at oppdragsgiver skal foreta kontroller i hele kontraktskjeden. Ut over å signalisere at kontrollene kan skje gjennom stikkprøver er omfanget av kontrollene ikke nærmere angitt eller problematisert. Dette mener NHO er en klar svakhet, ikke minst fordi vi ser at den nærmere utøvelsen av påseansvaret fort kan bli et tvistetema. Flere spørsmål kan tjene som eksempler:

Hvor mange stikkprøver forutsetter departementet at oppdragsgiver skal utføre, hvor mange stikkprøver kan utføres, og hvor mange stikkprøver skal underentreprenøren eventuelt måtte finne seg i? Hvor stort omfang skal stikkprøvene ha?

Forutsettes at det skal gjennomføres mer inngripende kontroll/etterforskning ved konkret mistanke enn der dette ikke er tilfelle? Og hvis departementet mener at det ikke påligger en mer omfattende kontrollplikt ved en konkret mistanke, har oppdragsgiver likevel en rett til å fortsette granskningen eller skal underleverandøren i tilfelle ha en rett til å reservere seg?

Hva om en stikkprøvekontroll skulle vise seg å gi positive funn? Forutsettes oppdragsgiver i tilfelle å kunne/skulle gå videre ved selv å undersøke saken, eller skal saken i tilfelle overlates til offentlige tilsynsorganer?

Det er ikke vurdert hvor arbeids- tids- og kostnadskrevende en slik plikt/rett vil kunne være.

For å illustrere ovennevnte problemstillinger kan en ta utgangspunkt i en fremsatt påstand om at bedrift A bryter lønnsbestemmelsen i en allmenngjøringsforskrift. Oppdragsgiver tar kontakt med bedriften, og ber om innsyn i noen av deres arbeidsavtaler. Disse viser seg å være i henhold til forskriften. Påstanden om lovbrudd opprettholdes, og det argumenteres med at bedrift A opererer med doble sett av arbeidskontrakter og at bedriften bryter arbeidstidsbestemmelsene slik at den reelle timelønnen er vesentlig lavere enn hva som fremgår av arbeidskontraktene. Forutsetter departementet i tilfelle at oppdragsgiver både kan og skal gå lenger for å undersøke om det eksisterer doble sett med arbeidskontrakter? Har departementet i tilfelle vurdert om oppdragsgiver skal kunne be om å få innsyn i individuelle lønns- og timelister, og kan oppdragsgiver kreve å få innsyn i bankutskrifter? Hvor detaljert kan og skal oppdragsgiver være i sin granskning av saken? Hva om lønnslippene foreligger på polsk. Forutsettes i tilfelle at oppdragsgiver skal bruke tolk, og hvem skal i tilfelle bære kostnadene ved dette? Tilsvarende spørsmål kan reises dersom det fremkommer påstand om brudd på reisebestemmelsene eller bestemmelsene om dekning av utgifter til kost og losji. Kan og skal oppdragsgiver kunne kreve fremlagt kvitteringer for kjøp av flybilletter, dokumentasjon for antall hjemreiser m.m. Og kan oppdragsgiver outsource kontroll- og etterforskningsfunksjonen? For flere større virksomheter kan det ikke utelukkes at dette kan være aktuelt. Hvem skal i tilfelle bære kostnadene ved slik utsetting, og skal det stilles kvalitetskrav til de firmaene oppdragsgiver skal ha rett til å outsource til?

4.4. Har oppdragsgiver nødvendig kompetanse til å utøve kontroll og etterforskning?

Så vidt forstås er oppdragsgiver ikke ment å skulle treffe noen enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, jf. forvaltningslovens § 1. Dette betyr at forvaltningsloven ikke kommer direkte til anvendelse.

Etter det NHO kan se har departementet ikke stilt opp noen nærmere regler til saksbehandling, herunder krav til habilitet, kontradiksjon m.m. Det er heller ikke stilt spørsmål om de bedriftene som er ment å skulle utøve kontroll og etterforskning innehar den rette kompetansen for dette.

I tillegg er det grunn til å peke på at med en kontroll- og etterforskningsplikt også følger et ansvar. Hva skal eksempelvis følgen være om en oppdragsgiver gjennomfører en utidig kontroll eller eventuelt hever kontrakten, og det i ettertid fremlegges dokumentasjon på at det ikke forelå noe lovbrudd? Hvem skal i tilfelle bære ansvaret for dette? Kan oppdragsgiver velte et slikt ansvar over på det offentlige under henvisning til at de var forpliktet til å gjennomføre kontrollen, bærer oppdragsgiver selv ansvaret for måten kontrollen blir utøvet på eller må oppdragstaker avfinne seg med slike mulige feiltrinn?

Det er ikke vanskelig å se for seg at tvister av denne type kan komme opp: For å illustrere kan en tenke seg en oppdragsgiver som av ulike årsaker skulle ønske å heve en kontrakt. Ut fra et rent kontraktsrettslig grunnlag er det ikke hevingsgrunn. Forholdet mellom partene blir gradvis dårligere. Oppdragsgiver iverksetter deretter en kontroll/etterforskning og påberoper seg at de er forpliktet til dette etter påsebestemmelsen i allmenngjøringsforskriften. Entreprenøren på sin side påstår at oppdragsgiver iverksetter en kontroll/etterforskning utelukkende for å lete frem brudd på offentligrettslige bestemmelser, og på denne måten søker å skaffe seg en hevingsgrunn de ellers ikke ville hatt. Hvorledes mener departementet at denne type tvister skal løses?

4.5. Hvorledes skal kunnskapen forvaltes?

Ved å gjennomføre innsyn vil oppdragsgiver ikke bare få tilgang på opplysninger om minimumsbestemmelsene i allmenngjøringsloven overholdes. I tillegg vil oppdragsgiver få innsyn i underentreprenørens lønns- og kostnadsnivå for øvrig. Det reises spørsmål om hvorledes denne kunnskapen skal forvaltes, og hvorledes spørsmålet er vurdert i et konkurranse- og personvernrettslig perspektiv? Det konkurranserettslige spørsmålet anses ikke minst relevant dersom påseansvaret tenkes lagt til

hovedentreprenøren, som kan tenkes å drive innenfor samme bransje som underentreprenøren. Hvorledes kan en i tilfelle sikre at denne kunnskapen ikke brukes til andre formål enn den er innsamlet for, og at oppdragsgiver ikke utøver sin virksomhet i strid med konkurranseretten?

Et annet aktuelt spørsmål er om den kunnskapen som samles inn kan deles med andre entreprenører? Spørsmålet er særlig aktuelt dersom oppdragsgiver skulle gjøre positive funn. Forutsettes lovbruddet brukt som kontraktsrettslig misligholdsbeføyelse, jf. punkt 3.3.1.6 nedenfor, må vel i det minste den entreprenøren som har kontrahert med lovbryster underrettes? Det reises spørsmål om hvorledes underretningen skal skje.

4.6. Hva skal konsekvensene av eventuelle positive funn være?

Departementet uttaler at selv "om det etter departementets syn vil føre for langt å stille et lovfestet krav om dette, vil det i mange tilfelle være naturlig at oppdragsgivere anser manglende etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter som et kontraktsbrudd som vil bli sanksjonert".

Det er uklart hva departementet her mener med dette. Brudd på offentligrettslige bestemmelser som ikke direkte berører oppdragsgiver, vil ikke uten videre anses som noe kontraktsbrudd etter kontraktsretten. For å kunne påberope seg slike brudd, må oppdragsgiver i tilfelle ta inn en egen bestemmelse om dette i kontrakten. Oppdragsgiver må dessuten kreve at slike bestemmelser tas inn i alle ledd i en eventuell kontraktskjede. Kan dette forventes?

Det er for øvrig tvilsomt om kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser er egnet som virkemiddel for å håndheve offentligrettslige regler. I forlengelsen av dette kan det være grunn til å reise spørsmål om hvor omfattende og store bruddene skal være før midligholdsbeføyelser forutsettes brukt? Og videre om det er vurdert hvilke misligholdsbeføyelser (sanksjoner) det kan være aktuelt å bruke? (prisavslag kan neppe være noe egnet sanksjonsmiddel).

Dessuten stilles spørsmål om hvorledes eventuell uenighet mellom oppdragsgivere og entreprenører skal løses. Hva hvis entreprenøren er uenig med oppdragsgiveren i valg av sanksjon? Forutsettes virksomheten i tilfelle å gå til sivilrettslig søksmål? Og hvordan kan muligheten for erstatningssøksmål påvirke oppdragsgiver, og dennes motivasjon for å iverksette sanksjoner? NHO mener at en slik sammenblanding av roller, der oppdragsgiver dels innehar rollen som kontraktspart og dels forutsettes å innta rollen som offentligrettslig håndhevingsorgan er lite heldig. NHO er redd for at en slik sammenblanding vil virke ødeleggende på samarbeidsforholdene mellom aktørene. I sin ytterste konsekvens kan et slikt system bli et forstyrrende element på det kontraktsrettslige system som sådan. Ikke minst vil dette kunne være tilfellet om slike lovbrudd tillates brukt som argument for å heve en kontrakt, selv om den underliggende årsaken kan tenkes å være helt andre forhold, og i seg selv ikke er hevingsgrunn.

4.7. Forholdet til ID-kort

NHO stiller for øvrig spørsmål om hvordan det foreslåtte påse-ansvaret er vurdert i relasjon til beslutningen om å innføre ID-kort i byggebransjen. Et vilkår for å utstede slike ID-kort er at lovpålagte krav om rapportering til relevant offentlige registre er oppfylt. På den ene siden innføres krav om ID-kort for å sikre seriositet. Men samtidig stilles det krav om at oppdragsgiver skal innhente den samme type dokumentasjon ved kontraktsinngåelser.

4.8. Sanksjoner

NHO forstår det slik at forslaget innebærer at oppdragsgivers brudd på påseansvaret vil kunne sanksjoneres med bøter. Med utgangspunkt i alle de uavklarte spørsmål som forslaget reiser er NHO svært skeptiske til dette.

5. Spesielt om forslaget om en opplysnings- og dokumentasjonsplikt overfor lokale tillitsvalgte

NHO har som nevnt ikke noe imot at tillitsvalgte sender ”bekymringsmeldinger” til offentlige tilsynsorgan. Departementets forslag begrenser seg imidlertid ikke til rene bekymringsmeldinger. De tillitsvalgte gis rett til å kreve fremlagt dokumentasjon og deretter gå gjennom den dokumentasjonen de får fremlagt. Forslaget innebærer således en ren delegasjon av Arbeids/Petroleumstilsynets tilsynskompetanse. Dette kan NHO ikke akseptere. Vi finner også grunn til å peke på følgende:

5.1. Hvilke saksbehandlingsregler skal komme til anvendelse?

Arbeids- og Petroleumstilsynet er offentlige organ som må følge forvaltningsloven. Dette betyr at de må forholde seg både til forvaltningslovens saksbehandlingsbestemmelser som stiller krav til habilitet, klagerett med mer. I tillegg kommer de ulovfestede kravene til god forvaltningsskikk.

Så vidt NHO forstår er de tillitsvalgte ikke ment å skulle treffe noen enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, jf. forvaltningsloven § 1. Dette betyr at forvaltningsloven ikke kommer direkte til anvendelse. Det reises spørsmål om forvaltningslovens saksbehandlingsregler likevel er ment å skulle gjelde. Og hvis ikke disse bestemmelsene er ment å skulle gjelde, hvilke saksbehandlingsregler/spilleregler skal de tillitsvalgte da forholde seg til? I motsetning til det som gjelder ved en tariffavtaleforankret innsynsrett, er ikke en lovbestemt og direkte innsynsrett tuftet på spillereglene nedfelt i en tariffavtale. NHO finner dessuten grunn til å stille spørsmål om de tillitsvalgte kan anses som habile til å utføre tilsyn med offentligrettslige bestemmelser. Oppdragsgivers tillitsvalgte er valgt for å ivareta en parts interesser. Spørsmålet om habilitet blir særlig fremtredende hvis oppdragsgiver og underentreprenørene opererer innenfor samme marked, og kan betraktes som konkurrenter. Selv om departementets forslag er ment å avdekke de rene lovbrudd kan innsynsretten, som er koblet opp mot en dokumentasjonsplikt, brukes for å skaffe opplysninger om virksomhetens kostnadsnivå som sådan. Dette kan være seg utgifter til lønn, reise, kost og losji. Dette er utgifter det er full anledning til å konkurrere på, så lenge minstestandarden i allmenngjøringsforskriftene er fulgt.

Det er også grunn til å peke på de spørsmålsstillinger som kan oppstå hvis det er flere underleverandører, og oppdragsgivers tillitsvalgte krever innsyn, men ikke hos de underleverandørene som har arbeidstakere organisert i samme fagforening som dem selv. Er dette usaklig forskjellsbehandling? En slik anførsel kan selvsagt tenkes møtte med at det er større behov for å be om opplysninger i de øvrige virksomhetene. På den annen side: Også i disse virksomhetene kan det være tillitsvalgte, og både ledelsen, de ansatte og deres tillitsvalgte kan mene at disse er vel så godt egnet til å kreve/gjennomføre innsyn. Rent formelt er det jo disse tillitsvalgte som er valgt til å ivareta denne ansattegruppens interesser, og kan med rett hevde at de i det minste burde være sikret den samme innsynsretten som oppdragsgivers tillitsvalgte. NHO finner det dessuten betenkelig at en ikke kan reservere seg mot innsyn fra andre fagorganisasjoner enn de en er medlem i. Vi ser ikke bort i fra at innsynsretten kan føre til organisasjonskamp og mener spørsmålet har en side til organisasjonsfriheten som burde vært vurdert. Er det riktig at oppdragsgivers tillitsvalgte settes til å representere ansattegrupper som selv ikke ønsker det?

5.2. Direkte innsyn i alle ledd av en kontraktsskjede?

Opplevelsen av inngripen, både for underentreprenørens selv og dennes ansatte/ tillitsvalgte kan oppleves som forsterket ved at innsynsretten er direkte, og ikke er ment å gå gjennom ledelsen i oppdragsbedriften. Etter det NHO forstår er det ikke foreslått å gi oppdragsgiver noen styringsrett hva gjelder måten innsynsretten praktiseres på.

Slik NHO vurderer det er det en nærliggende fare for at oppdragsgivers tillitsvalgte kan bli identifisert med oppdragsgiver, og avhengig av den måten innsynsretten utøves på, kan en ikke utelukke at en slik direkte innsynsrett kan virke ødeleggende på samarbeidsklimet mellom kontraktspartene, og oppleves som trakassering. Hvorledes skal konflikter mellom oppdragsgivers tillitsvalgte og ledelsen i entreprenørbedriftene håndteres? Selv om de fleste tillitsvalgte forutsettes å gå frem på en adekvat, saklig og veloverveid måte, kan det ikke utelukkes unntak og uansett kan det oppstå saklig uenighet

omkring denne type spørsmål. Uenigheten kan både tenkes å gjelde omfanget og hyppigheten av dokumentasjonsplikten. Det samme gjelder eventuelle frister for å fremskaffe dokumentasjon. I den utstrekning det skulle oppstå slik uenighet synes det naturlig at de tillitsvalgte overlater oppfølgingsansvaret til Arbeids- og Petroleumstilsynet. Det forutsettes dessuten at entreprenørbedriften må kunne reservere seg mot innsyn, og heller sende dokumentasjonen direkte til Arbeids- og Petroleumstilsynet.

5.3. Gjelder innsynsretten for alle ansatte i en virksomhet?

I utkastet til lov heter det at de tillitsvalgte de tillitsvalgte skal har rett til å be om dokumentasjon for lønns- og arbeidsvilkår som "gjelder i virksomheten". Formuleringen er vid. Slik bestemmelsen er utformet kan den tolkes slik at tillitsvalgte gis innsynsrett i alle ansattes lønns- og arbeidsvilkår, hvis først deler av en virksomhets arbeid går inn under en allmenngjøringsforskrift. Dette kan neppe være meningen. NHO legger til grunn at innsynsretten er begrenset til det arbeid som faller inn under allmenngjøringsforskriften. Skulle det oppstå tvil om et arbeid faller innenfor en allmenngjøringsforskrift, eller hvilke arbeidstakere som er omfattet, kan det for øvrig oppstå tvister knyttet til spørsmålet om innsyn.

Tilsvarende spørsmål kan oppstå hvis en allmenngjøringsforskrift bare gjelder for et begrenset geografisk område. I tilfelle vi innsynsretten kun gjelde for enkelte av bedriftens kontrakter, men ikke alle og vanskelige spørsmål kan oppstå.

5.4. Innsynsrett utenfor eget tariffområde?

Utkastet til lov er heller ikke klar med hensyn til hvilke tillitsvalgte som er ment å kunne kreve innsyn. Riktignok forutsetter departementet at det skal være oppdragsgivers tillitsvalgte, men noen nærmere definisjon av begrepet oppdragsgiver er ikke gitt. Det er mulig å tenke seg flere alternativer:

Med begrepet oppdragsgiver kan en mene byggherre. Legger en denne definisjonen til grunn, er det imidlertid ikke gitt at byggherren har tillitsvalgte som arbeider innenfor det tariffområdet som er allmenngjort, hvilket igjen betyr at departementet i realiteten delegerer offentlig tilsynskompetanse til et område de tillitsvalgte ikke nødvendigvis har særskilt kunnskap om. Vi kan eksempelvis tenke oss en kommune eller en hotelleier som setter ut et oppdrag med å bygge en skole eller et hotell. Selve byggeoppdraget er omfattet av forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge, men det er ikke gitt at kommunen eller hotelleieren har tillitsvalgte som spesielt behersker den tariffavtalen denne forskriften bygger på.

Med begrepet oppdragsgiver kan en også mene hovedentreprenør. I tilfelle vil det være nærliggende å hevde at det er de tillitsvalgte som arbeider innenfor det tariffområdet som er allmenngjort som skal kunne kreve innsyn. Men selv om en velger å legge denne definisjonen til grunn, er det ikke gitt at det i denne virksomheten finnes tillitsvalgte som har god innsikt i den tariffavtalen som ligger til grunn for et allmenngjøringsvedtak. Hovedentreprenøren kan tenkes å være en utenlandsk bedrift. I tilfelle vil Arbeidstilsynets tilsynskompetanse i realiteten delegeres til utenlandske tillitsvalgte som ikke trenger å ha kjennskap til norske tariffavtaler, hvilket også betyr at disse tillitsvalgte gis innsynsrett i norske virksomheter som er organisert i norske fagforeninger.

Det er også mulig å tenke seg at en med begrepet oppdragsgiver mener å omfatte alle entreprenører som engasjerer underentreprenører. Det kan i tilfelle reises spørsmål om alle tillitsvalgte i en rekke med underentreprenører skal kunne kreve innsyn parallelt. I tilfelle kan en ikke utelukke situasjoner der virksomheten nederst i en kontraktskjede blir bedt om å dokumentere lønns- og arbeidsvilkår overfor en rekke tillitsvalgte. Og i tillegg til denne dokumentasjonsplikten kommer oppdragsgivers påseansvar samt Arbeidstilsynets kompetanse til å kontrollere. NHO legger til grunn at det ikke er meningen å innføre en slik innsynsrett.

Uavhengig av om en velger å legge innsynsretten hos byggherres tillitsvalgte eller hovedentreprenørens tillitsvalgte, vil det være behov for å ta stilling til situasjoner der det er flere tillitsvalgte og kanskje også flere tillitsvalgte fra flere forbund. En kan eksempelvis tenke seg at det i en stor bedrift er flere avdelingstillitsvalgte i tillegg til hovedtillitsvalgte, og dessuten er det tillitsvalgte både fra flere

LO-forbund og fra flere YS-forbund. Et relevant spørsmål vil i tilfelle være om alle de tillitsvalgte, også i de respektive forbundene skal kunne kreve innsyn, eller forutsettes innsynsretten samordnet eller kanskje lagt til de tillitsvalgte som er medlem i den organisasjon hvis tariffavtale ligger til grunn for allmenngjøringsvedtaket (hvis disse finnes i bedriften)? Særlige problemstillinger kan for øvrig tenkes å oppstå på områder der det er vedtatt å allmenngjøre flere landsomfattende tariffavtaler, eksempelvis allmenngjøringen av Verkstedsoverenskomsten, Byggoverenskomsten og Landsoverenskomsten for elektrofagene, slik som er tilfellet for de syv petroleumsanleggene på land. I slike tilfelle kan en virksomhet risikere å bli oppsøkt av en rekke tillitsvalgte, i tillegg til oppdragsgiver som er pålagt et påseansvar. Dette er neppe hensiktsmessig.

5.5. Taushetsplikt – også overfor oppdragsgiver?

NHO har merket seg at de tillitsvalgte etter forslaget er pålagt taushetsplikt. Videre er de tillitsvalgte pålagt å overlate de fremlagte opplysningene til Arbeidstilsynet/Petroleumstilsynet dersom de fremlagte opplysningene tyder på at arbeidstakerne ikke har fått lønns- og arbeidsvilkår i tråd med allmenngjøringsforskriften.

NHO mener det er grunn til å reise spørsmål om hvem taushetsplikten er ment å gjelde overfor. Gjelder taushetsplikten eksempelvis overfor oppdragsgiver eller overfor ledelsen i den virksomheten hvor det er gjort positive funn? I tilfelle, hvordan harmonerer en slik taushetsplikt med forventningen om bruk av kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser, se punkt 4.

En av de tillitsvalgtes viktigste oppgaver er å ivareta egne medlemmers interesser og å forhandle på vegne av disse. Et sentralt spørsmål vil være om de tillitsvalgte skal være berettiget til å ta med seg den informasjonen de får i kraft av rollen som kontrollør når de forhandler? Etter NHOs oppfatning må svaret være nei, og slik vi oppfatter det er også departementet av denne oppfatningen. Samtidig reises spørsmål om dette er mulig. I praksis vil ikke de tillitsvalgte kunne se bort i fra den kunnskapen de får gjennom kontroller i forhandlingene med egen arbeidsgiver. Etter NHOs syn står derfor hele forhandlingsmodellen i veien for å legge slike oppgaver til tillitsvalgte hos andre enn bedriften (oppdragsgiveren).

5.6. Hvilket ansvar har de tillitsvalgte?

Med en offentligrettslig oppgave må det nødvendigvis følge et ansvar for å utøve oppgaven på adekvat og forsvarlig måte. Noen redegjørelse for dette ansvaret savnes i departementets høringsbrev. Tilsvarende er det heller ikke redegjort for følgende av at de tillitsvalgte bryter sin taushetsplikt eller unnlater å overlate fremlagte opplysninger til Arbeids- og Petroleumstilsynet slik loven forutsetter.

5.7. Forholdet til organisasjonsfriheten

Den enkelte arbeidstakers rett til å velge å være organisert har lenge vært anerkjent som et grunnleggende prinsipp i norsk arbeidsrett. Dette gjelder ikke bare den positive organisasjonsfrihet - retten til å velge å være organisert - men også den negative organisasjonsfrihet - retten til ikke å være organisert.

Forslaget om innsynsrett for oppdragsgivers tillitsvalgte er begrunnet med et ønske om sikre best mulig etterlevelse av allmenngjøringsloven. I utgangspunktet er dette et positivt formål. Likevel, ved spørsmålet om det er riktig å tillegge en gruppe tillitsvalgte rettigheter, oppstår vanskelige spørsmål. For det første: Det kan ikke utelukkes at en myndighetsbasert innsynsrett kan brukes for å ivareta egne fagforeningsinteresser. I tilfelle kan det reises spørsmål om forholdet til organisasjonsfriheten, og spesielt gjelder dette hvis det foreligger en interessekonflikt mellom oppdragsgivers fagforeningsinteresser og de ansattegruppene de gjennom lov settes til å representere. Dette bildet kompliseres ytterligere hvis de ansatte allerede er representert av en annen fagforening, og det er en interessekonflikter mellom denne fagforeningen og oppdragsgivers tillitsvalgtes fagforening. For det andre: Vanskelige spørsmål oppstår også der innsynsretten er begrunnet med et ønske om å ivareta de ansatte underleverandørenes interesser. I tilfelle kan det reises spørsmål om disse ansattegruppene skal ha en rett til å reservere seg. Disse kan ha et ønske om å være uorganisert eller mene at deres interesser best blir ivaretatt gjennom egne fagforeninger.

6. Oppsummering og forslag til tiltak

6.1. Oppsummering i forhold til forslagene om påseansvar og innsynsrett

Å pålegge oppdragsgiver et offentligrettslig ansvar for hvorledes underleverandører velger å utøve sin virksomhet vil etter NHOs oppfatning være å gå for langt. Det er virksomhetene selv som står som utøver, og oppdragsgiver kan ikke overta ansvaret for selve driften. I den utstrekning det er aktuelt å utøve kontroll og etterforskning, må dette være en offentlig oppgave. I en slik kontroll- og etterforskningsprosess er det viktig at grunnleggende rettsikkerhetsmessige garantier følges, og at selve kontroll- og etterforskningsfunksjonen utøves av organer som er etablert for utføre slike oppgaver. Slike organer er også underlagt krav om forsvarlig saksbehandlingsregler. På denne måten sikres også viktige personverninteresser. En slik prinsipiell tilnærming anses også mest heldig sett ut ifra en konkurranse-rettslig synsvinkel. Som dr. juris Erling Hjelmeng peker på i sin artikkel "Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen", Tidsskrift for rettsvitenskap 2003 side 648 (2003), kan konkurranse først fungere optimalt når aktørene tar beslutninger uavhengig av hverandre, og slik sett er det lite heldig om virksomheter vet for mye om hverandre.

At det er det offentlige som har ansvar for å utføre kontroll og etterforskning med offentligrettslige regler, betyr ikke at vi mener at private aktører ikke skal ta ansvar. NHO mener at det offentlige må kunne stille krav om at oppdragsgiver foretar en ordentlig prekvalifiseringsprosess, og at oppdragsgivere stiller krav om at deres kontraktører retter seg etter gjeldende lover/forskrifter. NHO er slik sett åpne for å se nærmere på den finske lovforslaget om "bestallerens utredningsskyldighet og ansvar". NHO er på den annen side kritiske til bestemmelser som bygger på utøvelse av et skjønn, slik Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag bygger på. Etter vår oppfatning er det ikke riktig med skjønns-messige bestemmelser på et felt som dette. Etter vår oppfatning må oppdragsgiverne på forhånd være innforstått med de forpliktelser som påhviler dem. Listen over de kontrollpunkter som forventes utført må være uttømmende, og frita oppdragsgiver for ansvar dersom det i ettertid viser seg at virksomheten likevel velger å bryte lover/forskrifter. NHO er dessuten kritiske til at oppdragsgivere skal ha et ansvar for alle ledd i en kontraktskjede. NHO er enige i at alle arbeidstakere i en kjede av kontrakter har behov for vern, men ansvaret for å stille krav til underentreprenøren må ligge hos den kontraktspart som er med i selve kontraktsforhandlingen, og som har reell mulighet for å foreta forundersøkelser.

6.2. NHOs forslag til tiltak

NHO foreslår at det offentlige stiller opp en sjekkliste med helt konkret kontrollpunkter, hvoretter entreprenøren er ansvarsfri med hensyn til ytterligere undersøkelser. Sjekklisten utferdiges av det offentlige, og det må her fremgå hvilken dokumentasjon som rent formelt kreves. Ved utferdigelsen av listen kan det være naturlig å ta utgangspunkt i de erfaringene byggenæringen har fra prosjektet "Seriositet i byggenæringen", og opprettelsen av StartBANK. StartBANK er et leverandørregister, og er utviklet i tett samarbeid med myndighetene. NHO forutsetter at en offentlig sjekkliste på samme måte må utarbeides i tett samarbeid mellom myndighetene og næringen, og dessuten må forholdet til ID-kort ordningen vurderes. Som eksempler på forhold som kunne inntas i sjekklisten nevner vi:

- Dokumentasjon for at underentreprenøren har avgitt løfte om å følge kravene til lønns- og arbeidsvilkårene i allmenngjøringsforskriftene
- Dokumentasjon for at underentreprenørene er registrert hos og har sendt opplysninger til skattemyndighetene
- Dokumentasjon for at underentreprenøren er registrert i Brønnøysundregistrene
- Krav om fremleggelse av skatteattest
- Krav om fremleggelse av firmaattest fra hjemlandet

For å lette oppdragsgivers/entreprenørs arbeid kan en se for seg at alle disse opplysningene legges inn i et skjema, og gjerne sendes elektronisk til offentlige myndigheter, fortrinnsvis ett sted.

I tillegg til dette er NHO positive til å se nærmere på løsninger som kan bidra til å videreutvikle og effektivisere offentlige tilsyn. NHO finner spesiell grunn til å nevne samordning av tilsyn og kontroll

fra skatteetatens og Arbeidstilsynets side. Begge tilsynsetater har allerede et regelverk som har hjemler som gjør det mulig å kontrollere arbeidsforhold, fysisk og organisatorisk, herunder dokumentasjon-/arbeidskontrakter og regnskaper/annen dokumentasjon som kan avdekke uregelmessigheter i forhold til etterlevelse av allmenngjøringsforskriftene. Flere offentlige etater har tilsyns/kontrolloppgaver, og bedre koordinasjon/samordning kan være et viktig virkemiddel i seriøsitetsarbeidet.

Til slutt mener NHO at en i arbeidet med å vurdere iverksettelse av ytterligere tiltak, er grunn til å evaluere effekten av nylig igangsatte tiltak. Eksempelvis gjelder dette styrkingen av Arbeids- og Petroleumsstilsynets sanksjonsmidler, som ble satt i gang med virkning fra 1. desember 2006. Etter det NHO forstår har Arbeidstilsynet allerede erfart at tildeling av slike nye sanksjonsmidler gir positive effekter. I 2006 er de samme etater gitt økte ressurser til innsatsen mot useriøsitet, og dessuten er det vedtatt å innføre ID-kort for byggebransjen samtidig som byggherrene fra 1. januar 2007 er pålagt å informere om de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskriftene i sine kontrakter med oppdragstakere på bygge- eller anleggsplassene. Det samlede regelverksarbeidet må dessuten sees i en sammenheng. På skattesiden pågår allerede to utredningsarbeider som er varslet fremmet som hørings saker i vår. I tillegg til spørsmålet om et generelt solidaransvar for hovedentreprenør for skatter og avgifter – som det ifølge høringsnotatet har vært rettet sterk kritikk mot internasjonalt – skal Finansdepartementet også revidere reglene om rapportering til Sentralskattekontoret for utenlandsaker. Den nærmere utformingen av reglene er viktige fordi de har store administrative, og kan ha økonomiske konsekvenser for næringslivet, samtidig som de er viktige i kontrollarbeidet.

Påseansvar og innsynsrett – bør private kontrollere etterlevelse av forskrifter?

Professor dr. juris Olav Kolstad

1. Oppdraget	2
2. Sammenfatning	2
3. ”Påseansvar” og ”innsynsrett” som elementer i tilsynet med at offentligrettslige regler overholdes	3
3.1 Påseansvar og innsynsrett – ”outsourcing” av offentlig tilsynskompetanse ... 3	
3.2 Påseansvaret	3
3.3 Tillitsvalgtes kompetanse til pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt 5	
4. Kompetanse til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt krever hjemmel i lov	6
5. Tildeling av offentligrettslig kompetanse til private – avveining av relevante hensyn	7
5.1 En modell for avveiningen av hensyn for og imot å legge offentlig kompetanse til private	7
5.2 Hensynene bak forslaget om å gi tillitsvalgte og oppdragsgivere tilsynskompetanse	9
5.3 Vurdering av kompetansen til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt	10
5.3.1 Omfattende og kompliserte vurderinger	10
5.3.2 ”Oppdragsgiver” ikke klart definert	11
5.3.3 Faren for at det tas utenforliggende hensyn i tilsynet med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter	11
5.3.4 Behov for parallell tilsynskompetanse?	12
5.3.5 Finnes mindre inngripende virkemidler for å avdekke brudd på allmenngjøringsforskrifter?	13
5.3.6 Styrking av Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet som tilsynsmyndigheter som alternativ	15
5.3.7 Hensynet til en økonomisk effektiv tilsynsvirksomhet	15
5.3.8 En mer effektiv privat håndhevelse av allmenngjøringsforskrifter	16
5.3.9 Særlig om kravene til en forsvarlig saksbehandling	17
5.4 Konklusjon	18
6. Kontraktrettslig sanksjonering av brudd på offentligrettslige regler	18

1. Oppdraget

I høringsnotat "Om tiltak for å sikre ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringsordningen" foreslås det endringer i allmenngjøringsloven som skal effektivisere kontrollen med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter. Forslaget er todelt. For det første foreslår departementet at oppdragsgiver skal få en plikt til å påse/kontrollere at oppdragstaker følger allmenngjøringsforskrifter. For det andre foreslår departementet at tillitsvalgte gjennom en innsynsrett gis kompetanse til å kontrollere om allmenngjøringsforskrifter etterleves. Begge forslagene innebærer at private aktører gis plikt og/eller kompetanse til å utføre tilsynsoppgaver som vanligvis er tillagt offentligrettslige tilsynsorganer. Dette blir også påpekt av Justisdepartementet i forhold til innsynsrett for tillitsvalgte, se høringsnotatet s. 42:

"En slik lovfestet innsynsrett mellom private, er hittil ukjent i norsk rett, og spørsmålet er omstridt blant partene i arbeidslivet. Justisdepartementet vil peke på at tilsyn med at forskrifter etterleves, normalt er en offentlig oppgave. Arbeidstilsynet er tilsynsmyndigheter etter allmenngjøringslovens § 8, og har tilgang til alle relevante opplysninger".

Jeg er bedt av NHO å gi en nærmere vurdering av spørsmål av prinsipiell karakter som forslaget reiser.

2. Sammenfatning

Forslaget om å innføre en innsynsrett for tillitsvalgte og om å innføre et påseansvar for oppdragsgivere gir private aktører kompetanse til å føre tilsyn med etterlevelsen av forskrifter. Kontrollkompetanse av denne art tillegges normalt offentlige tilsynsmyndigheter. Skal tilsynskompetanse tillegges private aktører bør dette kun skje dersom tungtveiende hensyn tilsier det.

Den tilsynskompetanse som legges til tillitsvalgte og oppdragsgivere er parallell med den kompetanse Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet har til å kontrollere etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter. Vurderingen av innføringen av en tilsynskompetanse for tillitsvalgte og oppdragsgivere må ta utgangspunkt i det faktum at det utøves et tilsyn med allmenngjøringsforskrifter av offentlige tilsynsmyndigheter. En tilsynskompetanse bør kun legges til tillitsvalgte og oppdragsgivere dersom Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet ikke er i stand til å føre tilsyn med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter på en tilfredsstillende måte.

Vurderingen viser at Høringsnotatet ikke drøfter hensynene for og imot å gi tillitsvalgte og oppdragsgivere tilsynsoppgaver i sin fulle bredde. En gjennomgang av de hensyn som gjør seg gjeldende viser at gevinstene ved å gi tillitsvalgte og oppdragstager tilsynskompetanse er begrensede. På den annen side kan en rekke tungtveiende innvendinger reises mot å legge tilsynskompetanse til private aktører. Oppgaven med å føre tilsyn med at allmenngjøringsforskrifter etterleves bør forbeholdes

Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet, som bør tilføres større ressurser til å føre tilsyn med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter.

Et element i forslaget om å innføre et påseansvar for oppdragsgivere er at mangelfull etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter forutsettes etablert som kontraktsbrudd i kontrakter som inngås. Det forutsettes videre at oppdragsgivere forfølger brudd på allmenngjøringsforskrifter kontraktsrettslig. Kontraktsrettens sanksjonsregler er utformet for å ivareta den konkrete kontraktsparts interesse i riktig oppfyllelse av kontraktsytelsene. Vurderingen viser at kontraktsrettslige sanksjoner ikke er egnet som sanksjoner for å ivareta samfunnets interesser i at allmenngjøringsforskrifter etterleves.

3. "Påseansvar" og "innsynsrett" som elementer i tilsynet med at offentligrettslige regler overholdes

3.1 Påseansvar og innsynsrett – "outsourcing" av offentlig tilsynskompetanse

"Påseansvar" og "innsynsrett" er virkemidler for å "effektivisere allmenngjøringsordningen. Private parter gis henholdsvis et "ansvar", eller en plikt, og en "rett" til å kontrollere at allmenngjøringsforskrifter etterleves. Virksomheten knyttet til oppfyllelsen av påseplikten og ved utøvelsen av innsynsretten kan sammenlignes med utøvelse av offentlig tilsynsmyndighet. Gjennom påseansvaret og innsynsretten "outsources" således tilsynsmyndighet til private aktører.

Påseansvaret og innsynsretten har to sider. For det første innebærer ordningen en tildeling av personell tilsynskompetanse til private aktører. For det andre innebærer ordningen at private aktører gis kompetanse til pålegge andre, private aktører en informasjons- og dokumentasjonsplikt.

Bruken av ordene "påseansvar" og "innsynsrett" kan virke tilslørende i forhold til at tilsynsordningene har to sider. Det er ikke slik at påseplikten kan utøves ved å observere virksomheten til foretak for å bringe på det rene om en allmenngjøringsforskrift etterleves, slik bruken av ordet "påse" kunne tyde på. Det er heller ikke slik at innsynsretten kan utøves gjennom et observerende innsyn hos et foretak som er omfattet av en allmenngjøringsforskrift. Påseplikten og innsynsretten forutsetter aktivitet fra den det føres tilsyn med ved at vedkommende gir informasjon og dokumenterer denne. Krav om informasjon og dokumentasjon innebærer således inngrep en virksomhet. Det er denne realiteten i påseansvaret og innsynsretten som det vil bli fokusert på i det videre.

Før jeg drøfter de spørsmål som påseansvar og innsynsrett reiser vil jeg gi en nærmere redegjørelse for høringsnotatets forslag om utformingen av ordningene.

3.2 Påseansvaret

Departementet foreslår en forskriftshjemmel for å etablere et påseansvar i allmenngjøringsloven § 9. Forslaget til ny § 9 har følgende ordlyd:

”§9 Ansvar for oppdragstakere

Departementet kan gi forskrift om at oppdragsgiver i kontrakt med oppdragstaker, skal informere om plikter etter gjeldende forskrifter om allmenngjøring av tariffavtaler, og påse/kontrollere at oppdragstaker etterlever sine plikter.”

Bestemmelsen i § 9 gir hjemmel til å pålegge private aktører, oppdragsgivere, en plikt til å kontrollere andre aktørers etterlevelse av offentligrettslige forskrifter. Departementet anser det ikke hensiktsmessig å presisere eller detaljere ut i forslaget til ny § 9 hva plikten konkret vil kunne innebære. Departementet nevner i høringsnotatet noen eksempler som gir en viss veiledning. For eksempel vil ansvaret kunne innebære at oppdragsgiver i kontrakten med oppdragstaker forplikter denne til å etterleve forskrifter om allmenngjøring, innhenter dokumentasjon om arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår og utøver kontroll og tilsyn med oppdragstakere, for eksempel gjennom stikkprøvekontroll.

For at oppdragsgiver skal kunne foreta den kontroll som forutsettes i § 9 kreves et uttrykkelig hjemmelsgrunnlag i forhold til de oppdragstager som skal kontrolleres. Bestemmelsen i § 9 gir ikke et slikt hjemmelsgrunnlag i forhold til oppdragstager. Bestemmelsen går heller ikke nærmere inn på problemstillingen, men lar det stå åpent hvordan hjemmelsgrunnlag for å pålegge oppdragstager en informasjons- og dokumentasjonsplikt skal fremskaffes. Hjemmelsgrunnlaget forutsettes i høringsnotatet å nedfelles i kontrakt.

Oppdragsgiverne pålegges således tre forskjellige plikter i § 9. For det første må de informere om gjeldende forskrifter om allmenngjøring. For det andre pålegges oppdragsgivere å sikre seg et hjemmelsgrunnlag til å utføre kontrolloppgavene etter § 9 i kontrakter med oppdragstagerne og på denne måten sikre seg tilgang til relevant informasjon hos oppdragstagerne. For det tredje pålegges oppdragsgiverne en ”etterforskningsoppgave” under kontraktsoppfyllelsen.

Det er uklart om påseansvaret innebærer en fjerde plikt, en plikt for oppdragsgivere til å sanksjonere brudd på allmenngjøringsforskriften som de avdekker. Departementet anser at det vil være ”naturlig at oppdragsgivere anser manglende etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter som et kontraktsbrudd som vil bli sanksjonert”.¹ Riktignok gir departementet uttrykk for at det ”vil føre for langt å stille et lovfestet krav om dette”, men det er uklart om den foreslåtte forskrifthjemmelen i § 9 vil hjemle en plikt til å forfølge brudd på allmenngjøringsforskrifter som kontraktsbrudd.

Oppdragsgivere som ikke oppfyller sine forpliktelser etter § 9 vil kunne møtes med offentligrettslige sanksjoner som følge av pliktbruddet, jf. Høringsnotatet s. 39.

¹ Høringsnotatet s. 39.

3.3 Tillitsvalgtes kompetanse til pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt

Forslaget innebærer at tillitsvalgte gis en rett til å kreve dokumentasjon om arbeidsgiverens underleverandører opererer med lønns- og arbeidsvilkår som er i overensstemmelse med forskrift om allmenngjøring av tariffavtale. Samtidig pålegges underleverandører en korresponderende plikt til å gi informasjon om relevante forhold. Begrunnelsen for å gi tillitsvalgte kompetanse til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt er at dette vil lette tillitsvalgtes muligheter til å benytte boikott etter allmenngjøringslovens § 5. Boikott er som virkemiddel forutsatt å skulle fungere ved siden av de offentlige tilsynsmyndigheters sanksjonering av brudd på allmenngjøringsforskrifter. Den tilsynsmyndighet de tillitsvalgte gis skal således effektivisere den privatrettslige håndhevingen av allmenngjøringsloven.

Innformasjons- og dokumentasjonsplikten for oppdragstagere i forhold til oppdragsgivers tillitsvalgte foreslås regulert i nytt femte og sjette ledd i allmenngjøringslovens § 8:

”§ 8 nytt femte og sjette ledd

Innsynsrett i lønns- og arbeidsvilkår

Enhver som er underlagt tilsyn etter første ledd, skal når oppdragsgivers tillitsvalgte (ev. for bestemte grupper) krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge/dokumentere for tillitsvalgte opplysninger om hvilke lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i virksomheten. Den tillitsvalgte har taushetsplikt og skal umiddelbart overlate de fremlagte opplysningene til Arbeidstilsynet, eller Petroleumstilsynet innenfor sitt myndighetsområde, dersom de fremlagte opplysningene tyder på at arbeidstakerne ikke har fått lønns- og arbeidsvilkår i tråd med allmenngjøringsforskriften.

Departementet fastsetter nærmere regler om innsynsretten, herunder hvem som kan be om opplysninger, hvem som plikter å legge frem opplysninger, hvilke opplysninger som kan kreves lagt frem, i hvilken form disse kan kreves fremlagt, og hvordan opplysningene skal behandles.

Bestemmelsen i § 8 inneholder ikke, som bestemmelsen i § 9, en hjemmel for å pålegge tillitsvalgte en plikt til å føre tilsyn med foretak som er underlagt allmenngjøringsforskrifter. Oppdragsgivers tillitsvalgte pålegges heller ikke noen plikt til å foreta undersøkelser hos oppdragstagere. Dette er en *rett* de tillitsvalgte gis. Det kreves etter ordlyden i § 8 ikke at tillitsvalgte skal ha grunnlag for å tro at den aktuelle oppdragstager ikke etterlever en allmenngjøringsforskrift. Det er opp til den enkelte tillitsvalgtes skjønn om informasjons- og dokumentasjonsplikt skal pålegges.

Begrepet ”innsynsrett” er tilslørende i forhold til den realitet forslaget til § 8, femte og sjette ledd regulerer. Bestemmelsen gir tillitsvalgte rett til å pålegge oppdragstager en dokumentasjons- og opplysningsplikt, og sikrer således ikke primært en rettighet for tillitsvalgte. Bestemmelsens primære anliggende er kompetanse til å pålegge plikter.

Innholdet av oppdragstagers informasjons- og dokumentasjonsplikt er ikke nærmere beskrevet i forslaget til § 8, 5. og 6. ledd. Det er forutsatt at dette skal gis et nærmere

innhold i forskrift. Bestemmelsen i § 8 vil således, på samme måte som § 9, være en rammebestemmelse som etablerer kompetanse, men som ikke gir kompetansen et presist innhold. Lovforslaget tar således ikke stilling til de vanskelige og prinsipielle spørsmål som kan reises relatert til at kompetansen til å pålegge vidtgående informasjons- og dokumentasjonsplikter.

4. Kompetanse til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt krever hjemmel i lov

Forslagene til endringer i allmenngjøringsloven innebærer at tilsynskompetanse plasseres hos private aktører. Kompetansen gis på selvstendig grunnlag, og er således ingen delegasjon av kompetanse. Kompetansen er parallell med den kompetanse Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet har etter allmenngjøringsloven til å kreve opplysninger og dokumentasjon etter allmenngjøringsloven for å sikre etterlevelsen av loven og forskrifter truffet med hjemmel i denne.

Det er et relativt ukjent fenomen i norsk rett at private aktører gis kompetanse til å føre tilsyn med andre, private aktørers etterlevelse av offentligrettslige regler, og i denne forbindelse gis kompetanse til foreta seg "etterforskningskritt". Har det hjemmel i lov er det allikevel på det rene at private aktører kan gis kompetanse til å pålegge andre, private aktører informasjons- og dokumentasjonsplikt. Tillitsvalgtes kompetanse til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt følger direkte av § 8, som retter ser mot de som tillitsvalgte krever informasjon og dokumentasjon fra.

Bestemmelsen i § 9 gir derimot ikke oppdragsgiver kompetanse til å pålegge oppdragtagere informasjons- og dokumentasjonsplikt. Oppdragstagers informasjons- og dokumentasjonsplikt forutsettes "hjemlet" avtalen mellom oppdragsgiver og oppdragstager. Rettsgrunnlaget vil være "avledet" av den plikt oppdragsgiver har til å føre tilsyn med oppdragstager, men avtale vil være tilstrekkelig kompetansegrunnlag for en informasjons- og dokumentasjonsplikt.

Nekter oppdragstager å ta inn klausuler i avtalen som gir oppdragsgiver en rett til å be om informasjon og dokumentasjon, vil oppdragsgiver ikke ha kompetanse til å pålegge oppdragstager en slik plikt. Her må eventuelt en trussel fra oppdragsgiver om ikke å inngå kontrakt være "tvangsgrunnlag". Det er nærliggende å anta at dersom et påseansvar pålegges oppdragsgiverne vil det få en normerende virkning på kontrakter som inngås, ved at disse i de aller fleste tilfelle vil ha klausuler som åpner for at oppdragsgiver kan pålegges en informasjons- og dokumentasjonsplikt. Plikten pålagt oppdragsgiver etter allmenngjøringsloven vil begrense partsautonomien knyttet til inngåelsen av kontrakter på områder underlagt allmenngjøringsforskrifter. Selv om begrensningen i oppdragsgivers partsautonomi ikke direkte har sitt grunnlag i lov vil lovkravet være oppfylt all den tid begrensningen er den direkte konsekvens av en plikt pålagt en av kontraktspartene gjennom lov.

5. Tildeling av offentligrettslig kompetanse til private – avveining av relevante hensyn

5.1 En modell for avveiningen av hensyn for og imot å legge offentlig kompetanse til private

Det bør ligge tungtveiende hensyn til grunn for å plassere kompetanse til å pålegge plikter hos private aktører. Svein Eng: *Plassering av offentlig kompetanse hos private – noen hensyn for og imot*, LoR 1992 s. 544 argumenterer for at det må foretas en grundig kartlegging av hensyn som taler for og i mot før man velger å plassere offentlig kompetanse hos private. De hensyn som taler for og i mot plassering av offentlig kompetanse må deretter veies mot hverandre. Eng angir fire hovedfaktorer som styrende for vurderingen av vekten til de ulike hensyn som gjør seg gjeldende.

Den første faktoren er hva slags offentlig kompetanse som legges til en privat aktør. Faktoren relaterer seg både til typen kompetanse som tillegges den private, og kriteriene for kompetanseutøvelsen. Når det gjelder ulike typer kompetanse er det tre hovedtyper kompetanse som kan oppstilles; kompetanse til å dele ut goder, til å gi tillatelser og til å pålegge plikter. Basert på typen kompetanse kan det foretas en rangering der det er mest betenkelig å gi private kompetanse til å pålegge plikter, og minst betenkelig å gi private kompetanse til å dele ut goder. Tildeling av tillatelser kommer i en mellomstilling.

Kompetanseutøvelsen kan ha klart definerte rammer ved at den skal baseres på klare, objektive kriterier, eller den kan baseres på skjønn. En kompetanse som kan utøves av private basert på skjønn åpner for at det kan bli tatt utenforliggende hensyn ved kompetanseutøvelsen. Da den private aktøren regelmessig driver egen virksomhet ved siden av å utøve offentlig myndighet, vil faren for en sammenblanding av private interesser og offentlig interesser være stor. Det er således mest betenkelig å tillegge private aktører adgang til å pålegge plikter basert på skjønnsmessige vurderinger.

Den andre faktoren er den betydning kompetanseutøvelsen har for dem kompetanseutøvelsen retter seg mot. Å urettmessig gå glipp av mindre ytelser rammer hardere enn å ikke få en tillatelse man trenger for å drive en viss type virksomhet. Om det å pålegges en plikt er byrdefullt avhenger av hvilke byrder en etterlevelse av plikten innebærer. En plikt til å fylle ut et skjema kan være lite byrdefullt, mens en plikt til å samle inn og dokumentere omfattende informasjon vil kunne kreve relativt store ressurser. At det er private som kan pålegge plikter, for eksempel i forbindelse med tilsyn, vil i seg selv kunne oppfattes som mer byrdefullt enn hvis det hadde vært offentlige myndigheter som var tillagt tilsynskompetansen.

Den tredje hovedfaktoren er hva slags privat rettssubjekt det er tale om å legge den offentlige kompetanse til. Det er minst betenkelig å legge offentlig kompetanse til enheter som ligger nær den offentlige forvaltning, som statsselskaper opprettet ved særlov, kommunale foretak, interkommunale selskaper eller aksjeselskaper hvor stat

eller kommune har avgjørende eierinnflytelse. Dette er enheter som det offentlige kan instruere. Mer betenkelig er det å legge kompetanse til private organisasjoner eller private selskaper. Mest betenkelig er det å legge offentlig kompetanse til ansvarlige selskaper og fysiske personer. Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* legger i forhold til plassering av offentlig myndighet til grunn at "[d]elegasjon til private enkeltpersoner kommer neppe noen gang på tale".²

Den fjerde faktoren er i hvilken grad det offentlige har muligheter til å styre den privates utøvelse av offentlig kompetanse. Høyesterett la i Rt. 1986 s. 46 ved vurderingen av om tilstrekkelig tungtveiende, reelle hensyn tilsa at det var adgang til delegasjon i saken, vekt på i hvilken grad den som er delegert myndigheten utøver denne i samråd med eller instruks fra delegerende myndighet. De kriterier som er relevante for vurderingen av om det foreligger en delegasjonsadgang vil kunne gi veiledning m.h.t. vurderingen av om offentlig kompetanse bør plasseres direkte hos private aktører. Generelt bør det ikke delegeres offentlig kompetanse til aktører som ikke er underlagt noen styring i forhold til utøvelsen av kompetansen.

Forslagene til § 8, 5. og 6. ledd og § 9 kan analyseres på bakgrunn av den skisserte avveiningsmodell. En anvendelse av vurderingsmodellen vil kunne bidra til å klargjøre om tungtveiende hensyn tilsier at tillitsvalgte og oppdragsgivere bør ha kompetanse til å pålegge oppdragstagere opplysnings- og dokumentasjonsplikt. Vurderingen av innføringen av en tilsynskompetanse for tillitsvalgte og oppdragsgivere må ta utgangspunkt i det faktum at det også utøves et tilsyn av offentlige tilsynsmyndigheter. Tilsynsoppgavene er etter allmenngjøringsloven i dag tillagt Arbeids- og Petroleumstilsynet. Det følger av allmenngjøringslovens § 8 at tilsynene har tilgang på alle relevante opplysninger. Det bør kun opprettes parallelle tilsynsordninger dersom Arbeids- og Petroleumstilsynet ikke er i stand til å ivareta sine tilsynsoppgaver etter allmenngjøringsloven tilfredsstillende. Dette påpekes også av Justisdepartementet i høringsbrev til evaluering av allmenngjøringsordningen, knyttet til forslag om å gi tillitsvalgte en innsynsrett:

"En slik lovfestet innsynsrett mellom private, er hittil ukjent i norsk rett, og spørsmålet er omstridt blant partene i arbeidslivet. Justisdepartementet vil peke på at tilsyn med at forskrifter etterleves, normalt er en offentlig oppgave. Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet er tilsynsmyndigheter etter allmenngjøringslovens § 8, og har tilgang til alle relevante opplysninger. Dersom også organisasjonene skal gis innsynsrett, forutsetter vi at det skjer på bakgrunn av en vurdering av at slik innsynsrett er nødvendig for at loven skal fungere etter sin hensikt, og at den tilsynsplikt som er lagt til Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet, ikke er tilstrekkelig til å sikre etterlevelsen av

² Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* s. 209.

allmenngjøringsvedtak. Som alternativ bør det vurderes om det er mulig å styrke disse tilsynenes mulighet til å kontrollere om vedtakene følges opp”.³

Foreligger det ikke et reelt behov for å gi tillitsvalgte og oppdragsgivere tilsynskompetanse vil ordningen kun resultere i en dobbeltkontroll som ikke gir fordeler fra et håndhevingssynspunkt, men som gir ulemper gjennom de byrder som pålegges de som skal utføre tilsynsoppgavene og de som blir gjenstand for dobbeltkontroll.

5.2 Hensynene bak forslaget om å gi tillitsvalgte og oppdragsgivere tilsynskompetanse

Hovedbegrunnelsen for at tillitsvalgte gis tilsynskompetanse og at oppdragsgiverne pålegges en tilsynsplikt, er en effektivisering av allmenngjøringsinstituttet. Med effektivisering synes departementet primært å sikte til tre forhold.

For det første vil flere brudd bli avdekket eller forebygget ved å utvide kretsen av de som kan og skal føre tilsyn. Oppdragsgiverne står i en direkte og løpende relasjon til oppdragstagerer som eventuelt er omfattet av allmenngjøringsforskrifter. Tillitsvalgte har også en direkte berøring med oppdragstagerne gjennom arbeidsgivernes, d.v.s. oppdragsgivernes, relasjon til oppdragstagerne. På grunn av den nære kontakten vil oppdragstagerer og tillitsvalgte kunne føre et mer effektivt tilsyn enn Arbeids- og Petroleumstilsynet som ikke har førstehåndskunnskap om oppdragstagerer som engasjeres.

For det andre vil det å gi tillitsvalgte kompetanse til å utøve tilsynsmyndighet effektivisere en privatrettslig håndheving av allmenngjøringsloven. Etter allmenngjøringslovens § 5 kan en arbeidstagerorganisasjon som er part i landsdekkende tariffavtale som allmenngjøres iverksette boikott mot en arbeidsgiver som er omfattet av en allmenngjøringsforskrift for å fremtvinge etterlevelse av forskriften. For at boikott skal være effektivt som virkemiddel for å håndheve allmenngjøringsforskrifter, må arbeidstagerorganisasjonene ha tilgang til informasjon som gjør det mulig å vurdere om en allmenngjøringsforskrift etterleves. Uten tilsynskompetanse vil arbeidstagerorganisasjonene rå over begrensede muligheter til å avdekke brudd på allmenngjøringsforskrifter.

For det tredje vil man spare penger på offentlig tilsyn ved å overlate tilsynsoppgaver til private. Arbeids- og Petroleumstilsynet har svært begrensede ressurser til rådighet for å føre tilsyn med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter. Ved å overlate tilsynsoppgaver til private aktører reduseres behovet for å tilføre tilsynene ressurser for å kunne føre tilsyn med allmenngjøringsforskrifter.

³ Høringsuttalelse fra Justisdepartementet av 19.12.2005, på webadressen http://www.regjeringen.no/upload/kilde/asd/hdk/2005/0006/ddd/pdfv/269457-jd_svar.pdf (sist besøkt 12.3.2007)

I det videre vil jeg drøfte de hensyn som i Høringsnotatet begrunner innføringen av innsynsrett og påseansvar på bakgrunn av mothensyn som kan gjøre seg gjeldende.

5.3 Vurdering av kompetansen til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt

5.3.1 *Omfattende og kompliserte vurderinger*

Gjennom allmenngjøringsforskrifter har sentrale deler av landsdekkende tariffavtaler blitt allmenngjort. I forskriftene har det blitt gitt bestemmelser om lønn, godtgjøring for overtid, utgifter til reise, kost og losji, krav til spiserom og innkvartering og om dekning av utgifter til arbeidstøy. For å kontrollere etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter må alle de forhold som er allmenngjort kontrolleres. Dette vil i seg selv pålegge en oppdragsgiver et omfattende ansvar m.h.t. å fremskaffe informasjon og dokumentasjon. Oppdragstagers informasjons- og dokumentasjonsplikt overfor tillitsvalgte og oppdragsgivere vil bli tilsvarende omfattende. Det er allikevel ikke tilstrekkelig å kontrollere om oppdragstager gir sine ansatte vilkår som svarer til de krav som følger av en allmenngjøringsforskrift. Det følger av de allmenngjøringsforskrifter som er gitt at forskriften ikke kommer til anvendelse dersom en arbeidstager samlet gis gunstigere lønns og arbeidsvilkår enn det som følger av de allmenngjorte vilkårene, se for eksempel forskrift av 21.11.2006 nr. 1291 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge § 9:

”Forskriften kommer ikke til anvendelse dersom arbeidstaker samlet sett er omfattet av gunstigere lønns- og arbeidsvilkår i henhold til avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet”.

Det er således ikke tilstrekkelig å slå fast om en oppdragsgiver gir sine ansatte vilkår som beskrevet i en allmenngjøringsforskrift. Det må foretas en helhetsvurdering av alle de vilkår en oppdragsgiver tilbyr sine arbeidstagere i avtale eller som de har krav på etter lovgivning i hjemstaten, for å klargjøre om lønns- og arbeidsvilkårene er i strid med en allmenngjøringsforskrift. Dette fordrer en bred informasjonsinnhenting, ofte fra oppdragstagers kontorer i hjemstaten, og til dels kompliserte vurderinger av avtalevilkår og fremmed lovgivning.

Det faktum at man er avhengig av omfattende informasjon for å vurdere om en allmenngjøringsforskrift er overtrådt vil kunne føre til at tillitsvalgte og oppdragsgivere ”for sikkerhets skyld” pålegger oppdragstagerne en svært omfattende informasjons- og dokumentasjonsplikt i det enkelte tilfelle, også i saker der dette ikke er nødvendig.

Det kan videre stilles spørsmål ved om oppdragsgivere vil ha tilstrekkelig kunnskap og ressurser til å foreta vurderingene av oppdragstagerens lønns- og arbeidsvilkår i forhold til allmenngjøringsforskrifter i mer kompliserte saker. Tilsvarende kan det stilles spørsmål ved om tillitsvalgte i alle saker vil ha tilstrekkelig kunnskap og ressurser til å

vurdere om det foreligger et brudd på allmenngjøringsforskrifter. Vurderingene vil ikke kunne foregå etter klare, objektive kriterier, men vil være av skjønnsmessig karakter. Det vil etter min oppfatning være en fare for at tillitsvalgte og oppdragsgivere i mer kompliserte saker trår feil i vurderingen av om en allmenngjøringsforskrift er overtrådt. Dette tilsier at tilsynsoppgaven bør legges til Arbeidstilsynet eller Petroleumsstilsynet som er bedre skikket til å foreta både en mer målrettet informasjonsinnhenting og vurderingene av om allmenngjøringsforskrifter er overtrådt.

5.3.2 "Oppdragsgiver" ikke klart definert

Forslaget til endringer i allmenngjøringsloven går ikke nærmere inn på hvem som er oppdragsgiver. En nærliggende tolkning er at oppdragsgiver kan være en hovedentreprenør som gjør bruk av underentreprenører, eller underentreprenører som igjen benytter kontraktshjelpere. Inkluderer man hele "kontraktskjeden" vil også en byggherre være "oppdragsgiver". En byggherre har normalt ikke kjennskap til det aktuelle området. Et eiendomsselskap som skal oppføre et nytt forretningsbygg vil neppe ha innsyn i hvordan byggebransjen fungerer m.h.t. lønns- og arbeidsvilkår. Er en byggherre å anse som "oppdragsgiver" vil byggherren ha en plikt til å kontrollere lønns- og arbeidsvilkår i hele kontraktskjeden. Dette vil kreve store ressurser av byggherren, og kreve kunnskap en byggherre normalt ikke besitter. En sentral del av begrunnelsen for å pålegge et påseansvar er at oppdragsgivere med sin kjennskap til det aktuelle livsområde vil ha gode forutsetninger for å avdekke brudd på allmenngjøringsloven. Dette slår ikke til for byggherrenes del.

5.3.3 Faren for at det tas utenforliggende hensyn i tilsynet med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter

Det er etter § 8, 5. og 6. ledd ikke noe krav om at det må foreligge skjellig grunn til mistanke eller lignende om at en allmenngjøringsforskrift ikke er fulgt for at tillitsvalgte skal begjære innsyn i en oppdragsgiver lønns- og ansettelsesvilkår. Det er fullt og helt opp til en tillitsvalgts skjønn å kreve informasjon om og dokumentasjon av en oppdragstagers lønns- og ansettelsesvilkår. Tilsvarende er påseansvaret etter § 9 ikke begrenset til saker der en oppdragstager har grunn til å tro at en allmenngjøringsforskrift ikke følges. Plikten til å føre tilsyn er generell, og det er opp til oppdragsgivers skjønn å kreve lønns- og ansettelsesforhold dokumentert. Dette åpner for at utenforliggende hensyn vil kunne komme inn i vurderingen av om et foretak skal pålegges en informasjons- og dokumentasjonsplikt.

I Høringsnotatet synes man å blande to sider ved det problem som benevnes "sosial dumping". Det primære anliggende til regler som skal ivareta utstasjonerte arbeidstagers rettigheter er arbeidstagerens rettigheter til en rimelig avlønning og akseptable arbeidsvilkår ellers. Det sekundære og avledede anliggende er virkningene

lave lønninger til arbeidere fra andre land har på lønns- og arbeidsvilkårene til arbeidere bosatt i Norge. Å tillegge arbeidslivets parter plikt/kompetanse til å føre tilsyn med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter synes å ha sitt grunnlag i "sosial dumpings" sekundære og avledede virkning på lønns- og arbeidsvilkår i Norge, og den interesse særlig arbeidstagersiden har i den sekundære virkningen. En slik sammenblanding av hensynene finnes grunnleggende i allmenngjøringsinstituttet, der arbeidslivets parter i realiteten er gitt forskriftskompetanse gjennom sammensetningen i Tariffnemnda.

Den tilsynskompetanse som er foreslått tillagt tilsynsvalgte og oppdragsgivere må ses uavhengig av den funksjon partene i arbeidslivet har i Tariffnemnda. Tilsynsvirksomheten må begrense seg til å kontrollere om en allmenngjøringsforskrift etterleves. Arbeidsmarkedspolitiske hensyn vil ikke være relevante for utøvelsen av tilsynsvirksomheten. Det er allikevel en fare for at kompetansen til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt også vil kunne brukes for å tjene andre formål enn utførelsen av rene tilsynsoppgaver. I den grad det er fare for en slik sammenblanding vil dette være et tungtveiende hensyn mot å tillegge tillitsvalgte og oppdragsgivere tilsynskompetanse.

5.3.4 Behov for parallell tilsynskompetanse?

Gis tillitsvalgte og oppdragsgivere kompetanse til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt vil denne kompetansen være parallell med kompetansen til Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet. Det er ingen ting i allmenngjøringsloven som forhindrer at foretak kan bli gjenstand for tilsyn fra tillitsvalgte, oppdragsgivere og Arbeidstilsynet/Petroleumstilsynet på samme tid. I tillegg vil det kunne tenkes at flere tillitsvalgte hos samme oppdragsgiver som representerer ulike arbeidstagerorganisasjoner, krever innsyn i lønns- og arbeidsvilkår. En etablering av parallell tilsynskompetanse i tillegg til offentlig tilsyn vil kun være nødvendig dersom Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet ikke er i stand til å ivareta sine tilsynsoppgaver på en forsvarlig måte.

Det er ingen opplysninger i høringsnotatet som tilsier at Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet ikke er i stand til å utføre sine tilsynsoppgaver etter allmenngjøringsloven på en tilfredsstillende måte. Kontrollvirksomheten er "vanskelig og tidkrevende", primært fordi det er mange ledd i kontraktskjeden, fordi utenlandske arbeidsgivere kan være vanskelig å komme i kontakt med og fordi det ofte mangler en klar stedlig representant.⁴ Det er allikevel ikke noen opplysninger som tyder på at disse vanskelighetene ikke kan overvinnes ved å tilføre mer ressurser til tilsynsmyndighetene.

⁴ Høringsnotatet s. 27.

5.3.5 Finnes mindre inngripende virkemidler for å avdekke brudd på allmenngjøringsforskrifter?

Forslagene til endringer i allmenngjøringsloven innebærer at to grupper blir pålagt plikter. For det første pålegges oppdragsgivere å føre tilsyn med oppdragstagere. For det andre pålegges oppdragstagere informasjons- og dokumentasjonsplikt i forhold til tillitsvalgte og oppdragsgivere. Ved pålegging av plikter bør en proporsjonalitetsvurdering legges til grunn. Finnes det et mindre inngripende alternativ som på en tilfredsstillende måte kan realisere de aktuelle formål, bør det mindre inngripende alternativet velges. Dette gjelder både i forhold til den informasjons- og dokumentasjonsplikt som pålegges oppdragstagere, og den tilsynsplikt som pålegges oppdragsgivere. En slik proporsjonalitetsvurdering er for øvrig lagt til grunn i høringsnotatet ved vurderingen av om det skal innføres et direkte solidaransvar for utbetalt lønn for oppdragsgiver i allmenngjøringsloven.⁵ Det konkluderes der med at det "vil føre for langt" å innføre et slikt ansvar. Deretter drøftes en "alternativ løsning", påseansvaret, drøftes. At påseansvaret fremstår som en mindre inngripende løsning synes å påvirke vurderingen av et solidaransvar. I forhold til vurderingen av påseansvaret drøftes ikke om mindre inngripende alternativer finnes.

Den informasjons- og dokumentasjonsplikt som en oppdragstager kan pålegges representerer et ikke ubetydelig inngrep i vedkommendes virksomhet. Informasjonen vil normalt ikke være i Norge, men vil måtte fremskaffes fra virksomhetens kontorer i andre land. Videre vil en informasjons- og dokumentasjonsplikt oppfattes som et inngrep i interne forhold i den aktuelle virksomhet.

Et foretak må som et utgangspunkt godta å underlegges kontroll av om det følger lover og regler i de land det opererer. Et eksempel er kontroll av om skatte- og avgiftsreglene følges, et annet er kontroll av om virksomheten oppfyller fastsatte krav til helse, miljø og sikkerhet. Selve plikten til å gi informasjon om lønns- og ansettelsesforhold forfølger et legitimt formål, og er ikke av en slik karakter at den kan sies å gå ut over den kontroll et foretak må påregne.

Finnes det alternativer som er mindre inngripende enn å tillegge private aktører tilsynskompetanse, og som gir en like effektiv kontroll med etterlevelsen av allmenngjøringsloven som de foreslåtte ordningene, bør det minst inngripende alternativ velges. Et alternativ til en skjønnsbasert tilsynsordning er obligatorisk informasjonsplikt for tjenesteytere som ønsker å operere i Norge. En rapporteringsordning knyttet til de lønns- og arbeidsvilkår som er omfattet av en allmenngjøringsforskrift vil muliggjøre en systematisk kontroll med etterlevelsen av allmenngjøringsforskriften. En rapporteringsplikt vil kunne avdekke om det er grunnlag for å foreta en nærmere undersøkelse av den aktuelle oppdragsgivers lønns- og arbeidsvilkår i forhold til en allmenngjøringsforskrift. Den behøver derfor ikke å være like omfattende som et

⁵ Se særlig Høringsnotatet s. 38.

konkret pålegg om å gi informasjon og dokumentasjon vil være. Det er en klar mangel ved den foreslåtte ordning at det ikke er vurdert om mindre inngripende kontrollordninger vil kunne føre til den effektivisering av allmenngjøringsordningen som høringsnotatet etterstreber.

En vurdering av om det finnes mindre inngripende alternativer til den foreslåtte tilsynsordning er også relevant i forhold til påseansvaret. Påseansvaret innebærer en plikt for oppdragsgivere til å føre tilsyn med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter. Utførelsen av de pålagte oppgaver vil kunne være ressurskrevende, og plikten vil nok oppfattes som en byrde. En rapporteringsplikt til Arbeidstilsynet eller Petroleumstilsynet vil ikke pålegge oppdragsgivere byrder. Vil en slik ordning føre til en effektiv håndheving av allmenngjøringsforskrifter bør den velges fremfor et mer byrdefullt påseansvar.

Ved vurderingen av om en opplysnings- og dokumentasjonsplikt pålegger oppdragstagerer uforholdsmessig store byrder, og om en tilsynsplikt pålegger oppdragsgivere uforholdsmessige byrder, er det et relevant forhold at det er etablerte mekanismer for kontroll av lønns- og arbeidsvilkår. For det første inneholder landsdekkende tariffavtaler bestemmelser som gir tillitsvalgte rett til å få dokumentert hvilke lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for innleide arbeidstakere og hos underleverandører, se for eksempel bilag 9 til hovedavtalen LO-NHO, avsnitt 1.2, 2. ledd og avsnitt 2, 3. ledd. Oppdragsgivere foretar også på selvstendig grunnlag en kontroll med og krever innsyn i lønns- og arbeidsvilkår hos underentreprenører i forbindelse med kontraktsinngåelsen eller under kontraktforholdet, se nærmere om dette i høringsnotatet på s. 27. Særlig større oppdragsgivere har etablert rutiner for kontroll av oppdragstageres lønns- og arbeidsvilkår, og foretar slike undersøkelser i ikke ubetydelig omfang. Dette innebærer at oppdragstagerer i dag må fremskaffe opplysninger og dokumentasjon om lønns- og arbeidsvilkår. Når oppdragsgivere i en ikke ubetydelig utstrekning foretar kontroller av den art som foreslås pålagt oppdragsgivere som en plikt i allmenngjøringsloven, og oppdragstagerer tilsvarende møter krav om opplysninger og dokumentasjon, kan det argumenteres for at en lovfesting av disse pliktene ikke innebærer en betydelig merbelastning i forhold til eksisterende ordninger etablert mellom arbeidslivets parter.

Gjennom en innføring av de tilsyns- eller kontrollordninger som foreslås i allmenngjøringslovens § 8, 5. og 6. ledd og § 9, vil omfanget av tilfelle der kontroller utøves og opplysnings- og dokumentasjonsplikt kreves øke. En økt kontrollvirksomhet vil således innebære en økt byrde i forhold til de kontrollmekanismer som er etablert i dag.

For oppdragsgiverne vil tilsynsvirksomheten få en annen karakter i den forstand at det vil kunne få konsekvenser dersom den ikke utføres på en tilfredsstillende måte. Det foreslås i høringsnotatet at brudd på den plikt som ligger i påseansvaret skal kunne sanksjoneres av Arbeidstilsynet eller Petroleumstilsynet med pålegg, tvangsmulkt eller

erstatning.⁶ Oppdragsgivere vil også kunne få et ansvar i forhold til oppdragstagere. Det må nok oppstilles et krav om at den kontroll som utøves skal være skjønnsom og forsvarlig. Klare overtramp vil antageligvis kunne føre til at oppdragsgivere vil kunne pådra seg et kontraktuelt ansvar i forhold til en oppdragsgiver, for eksempel hvis taushetsbelagte opplysninger lekker ut. At tilsynsoppgaven blir pålagt som en plikt vil p.g.a. de konsekvenser et brudd på plikten vil kunne få, og p.g.a. den risiko et større omfang på kontrollvirksomheten har for feilskjær, stille større krav til måten den utøves på. Det må således etableres klare rutiner for utøvelsen av påseansvaret. Det kan vanskelig ses at en organisasjon innrettet primært på kommersiell virksomhet og produksjonsvirksomhet vil kunne etablere slike rutiner uten betydelige kostnader for organisasjonen. For mindre virksomheter vil det kunne by på problemer å etablere tilfredsstillende rutiner innenfor rammene av de begrensede ressurser de har til disposisjon.

5.3.6 Styrking av Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet som tilsynsmyndigheter som alternativ

Tilsynet med allmenngjøringsforskrifter vil kunne effektiviseres ved å tilføre Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet større ressurser. Tilsynsvirksomheten vil da skje innenfor rammene av forvaltningsloven, noe som sikrer alle parter klarere beskyttelse av partsinteressene. Videre fremstår en slik ordning som mindre byrdefull både for oppdragsgivere og for oppdragstagere. Dette tilsier at Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet tilføres større ressurser for å utføre de tilsynsoppgaver de er pålagt etter allmenngjøringsloven, fremfor å tillegge slik kompetanse til private aktører.

5.3.7 Hensynet til en økonomisk effektiv tilsynsvirksomhet

Det er etter min mening et moment av liten vekt at det vil kunne innebære betydelige offentlige besparelser å overvelte kostnadene knyttet til å føre tilsyn med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter til private aktører. At tilsynskostnadene overveltes private aktører fører ikke til et mer effektivt tilsyn i samfunnsøkonomisk forstand, kun til en omfordeling av kostnadene. At kostnadene med å føre tilsyn med etterlevelsen av offentligrettslige regler overveltes aktører som kanskje ikke ønsker disse kostnadene, dette gjelder nok i første rekke ved innføringen av et påseansvar, taler etter min mening mot å plassere tilsynskompetanse hos private.

Derimot vil det kunne føre til en samfunnsøkonomisk gevinst i håndhevelsen av allmenngjøringsforskrifter dersom tillitsvalgte og oppdragsgivere p.g.a. den nærhet de har til oppdragsgivere som omfattes av allmenngjøringsforskrifter, kan avdekke brudd på allmenngjøringsforskrifter ved å bruke mindre ressurser på kontrollvirksomheten.

⁶ Høringsnotatet s. 39.

Det er ikke opplysninger i høringsnotatet som tyder på at det vil være store samfunnsøkonomiske gevinster ved å legge tilsynsmyndighet til tillitsvalgte og oppdragsgivere.

5.3.8 En mer effektiv privat håndhevelse av allmenngjøringsforskrifter

Etter allmenngjøringslovens § 5 kan en arbeidstagerorganisasjon som er part i en landsdekkende tariffavtale som er allmenngjort, iverksette boikott for å fremtvinge at en arbeidsgiver oppfyller sine forpliktelser etter en allmenngjøringsforskrift. Tillitsvalgte mangler i dag muligheten til å pålegge oppdragsgivere som det kan være aktuelt å bruke boikott mot etter allmenngjøringsloven § 5, å gi relevant informasjon og dokumentasjon. Dette kan gjøre det vanskelig for arbeidstagerorganisasjonene å bringe på det rene om vilkårene for boikott er tilstede, da det primært er informasjon som oppdragstagerne sitter på som vil kunne bekrefte eller avkrefte brudd på allmenngjøringsforskrifter. Gis tillitsvalgte innsynsrett vil dette lette en privatrettslig håndhevelse av allmenngjøringsloven.

Det kan reises spørsmål ved om det er behov for å gi tillitsvalgte en innsynsrett for å effektivisere boikott som sanksjon for brudd på allmenngjøringsforskrifter. En parallell kan her dras til konkurranseretten. Konkurranselovens forbud kan håndheves av Konkurransetilsynet som offentlig tilsynsmyndighet, men kan også håndheves av private aktører som rammes av konkurransebegrensende tiltak. Lider en aktør et tap som følge av et konkurransebegrensende tiltak vil vedkommende kunne gå til sivilt søksmål med krav om erstatning. Et problem for parter som ønsker å gå til søksmål er at de ikke har store ressurser til å "etterforske" brudd på konkurransereglene, og heller ikke kan pålegge foretak som står bak konkurransebegrensende atferd å gi informasjon og dokumentasjon om den aktuelle atferd. For å bidra til at private parter kan reise sak for private domstoler, gir Konkurransetilsynet aktører som er skadelidende tilgang til opplysninger som tilsynet har avdekket i sin etterforskning av den aktuelle sak. Konkurransetilsynet kan pålegge et foretak som mistenkes for å ha brutt konkurranseloven informasjons- og dokumentasjonsplikt. Tilsvarende vil Arbeids- og Petroleumstilsynet, som har mulighet til å få en sak opplyst, bidra til at arbeidstagerorganisasjonene får tilgang til nødvendig informasjon gjennom utøvelsen av den offentligrettslige tilsynskompetansen etter allmenngjøringslovens § 8. Med mindre inngripende virkemidler vil man således kunne bidra til en mer effektiv privatrettslig håndhevelse av allmenngjøringsloven.⁷

⁷ Dette vil nok kreve en bestemmelse i allmenngjøringsloven som gir arbeidstagerorganisasjoner tilgang til slik informasjon fra Arbeidstilsynet eller Petroleumstilsynet.

5.3.9 Særlig om kravene til en forsvarlig saksbehandling

Utførelsen av tilsynsoppgaver setter store krav til saksbehandlingen. Private aktører bør kun tillegges tilsynskompetanse dersom kravene til en forsvarlig saksbehandling er oppfylt. Kompetanse til å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt om forhold som oppfattes som sensitive stiller særlig strenge krav til saksbehandlingen.

Innhenting av informasjon og dokumentasjon av oppdragsgiverne vil preges av at informasjonsinnhenting er resultatet av en tilsynsplikt, og av at informasjonen forutsetningsvis skal brukes til å klargjøre om oppdragstager har begått et kontraktsbrudd. Oppdragsgiver vil løpe en risiko for å begå et pliktbrudd dersom utøvelsen av tilsynsvirksomheten ikke er intensiv nok. Dette skaper en fare for et for intensivt tilsyn, både i omfang og intensitet. Det er også en fare for at andre hensyn tillegges vekt i informasjonshenting, slik at det kan stilles spørsmål ved oppdragsgivers habilitet. Videre vil oppdragsgiver kunne ha en interesse av å finne brudd på allmenngjøringsforskrifter for å bruke dette som pressmiddel i kontraktsforholdet. Oppdragsgiver har ingen plikt til å gå til tilsynsmyndighetene med sine funn slik at disse kan sørge for sanksjonering av eventuelle brudd. Det er oppdragsgiver som forutsetningsvis skal sanksjonere bruddene kontraktuelt. Dette åpner for at oppdragsgiver bruker brudd på allmenngjøringsloven til å oppnå fordeler i kontraktsforholdet, for eksempel ved å sikre seg motytelser i løfte om å ikke gå til kontraktsbruddssøksmål for private domstoler. Utenforliggende hensyn vil således kunne innvirke på hvordan informasjon som gis vil bli brukt.

Oppdragsgiverne har ikke systemer for å håndtere informasjon av den type som innhentes. Informasjonen er av konfidensiell karakter. Når informasjonen er innhentet som ledd i utførelsen av en tilsynsplikt bør informasjonen være sikret en behandling i tråd med forvaltningsrettslige regler om taushetsplikt m.v.

Forslaget til § 9 regulerer ikke sentrale spørsmål knyttet til saksbehandlingen ved utøvelsen av påseansvaret som habilitet og taushetsplikt. Heller ikke Høringsnotatet behandler spørsmålene knyttet til saksbehandlingen ved oppdragsgiveres innhenting av informasjon og dokumentasjon fra oppdragstager. Dette er antageligvis forutsatt regulert i kontraktene som skal gi hjemmel for å pålegge informasjons- og dokumentasjonsplikt. Det vil vanskelig kunne oppstilles saksbehandlingsregler som gir den beskyttelse en part har etter forvaltningsloven i en kontrakt. Det må i denne forbindelse tas i betraktning at informasjonen vil kunne danne grunnlaget for en privatrettslig tvist der "tilsynsmyndigheten" har en egen interesse i sakens utfall.

Saksbehandlingen når tillitsvalgte pålegger en oppdragstager opplysnings- og dokumentasjonsplikt er forutsatt regulert i forskrift. Heller ikke tillitsvalgte vil være en "tilsynsmyndighet" uten egne interesser i saken. De tillitsvalgte og deres organisasjoner har en interesse i at de vilkår som gis arbeidstagerne fra andre land i EØS ikke virker negativt inn på lønnsdannelsen i Norge. Det må forventes at dette hensynet vil påvirke tillitsvalgtes utøvelse av sin kompetanse til å kreve informasjon og dokumentasjon, både

m.h.t. kontrollintensitet og hvilke opplysninger som etterspørres. Dette vil kunne reise vanskelige habilitetsspørsmål knyttet til utøvelsen av kontrollkompetansen.

Tillitsvalgte skal etter § 8, 6. ledd umiddelbart overlate opplysninger som kan tyde på brudd på allmenngjøringsforskrifter til den kompetente tilsynsmyndighet. Dette kan ikke innebære at tillitsvalgte og deres organisasjoner selv er utelukket fra å bruke informasjonen til å vurdere om boikott skal iverksettes. Som nevnt ovenfor er en sentral motivasjon for å tillegge tillitsvalgte tilsynskompetanse at boikottvirkemiddelet som hjemles i lovens § 5 skal bli mer effektivt. Som en konsekvens av dette må de tillitsvalgte ha adgang til å anvende de opplysninger og den dokumentasjon de får. Samles detaljert informasjon om lønns- og arbeidsvilkår for en rekke oppdragstagere i en arbeidstagerorganisasjon må behandlingen av informasjonen som et klart utgangspunkt tilfredsstille forvaltningslovens regler om taushetsplikt m.v.

5.4 Konklusjon

Drøftelsen viser at det gjør seg gjeldende en rekke mothensyn mot å legge offentlig tilsynskompetanse til tillitsvalgte og oppdragsgivere. Gevinstene ved å gi tillitsvalgte og oppdragsgivere tilsynskompetanse som et supplement til den etablerte ordning med tilsyn med etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter er på den annen side begrensede. I den utstrekning de foreslåtte ordningene gir gevinster er de ikke tungtveiende nok til å oppveie den byrde en informasjons- og dokumentasjonsplikt representerer, sett på bakgrunn av at allmenngjøringsforskrifter vil kunne håndheves effektivt av Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet. Det bør derfor være en oppgave for Arbeidstilsynet og Petroleumstilsynet alene å føre tilsyn med at allmenngjøringsforskrifter etterleves.

Utsettes tjenesteytere fra andre EØS-land for en kontrollordning som ikke er proporsjonale virkemidler i forhold til det formål de skal ivareta, vil ordningen kunne representere en restriksjon på de frie tjenestebevegelser i strid med EØS-avtalen. De foreslåtte tilsynsordningenes forhold til EØS-avtalen er drøftet i en separat vurdering av Erling Hjelmeng og undertegnede.

6. **Kontraktrettslig sanksjonering av brudd på offentligrettslige regler**

Forslaget til etableringen av et påseansvar i allmenngjøringslovens § 9 forutsetter at oppdragsgiver i sin kontrakt med oppdragstager skal ta inn bestemmelser om at manglende oppfølging av allmenngjøringsforskrifter representerer kontraktsbrudd som vil bli sanksjonert.⁸ Oppdragsgivere forutsettes m.a.o. å etablere et kontraktrettslig grunnlag for å forfølge, og vil muligens ha en plikt til å forfølge, brudd på allmenngjøringsforskrifter som kontraktsbrudd i sivilrettslige tvister for domstolene.

⁸ Høringsnotatet s. 39.

Brudd på offentligrettslige regler vil generelt kunne få privatrettslige konsekvenser dersom private aktører påvirkes negativt av atferd i strid med offentligrettslige regler. Et slikt rettsbrudd vil kunne danne grunnlag for søksmål for domstolene for erstatning for påført tap som følge av atferden. Brudd på offentligrettslige regler vil også kunne få konsekvenser for avtalers gyldighet.

Høringsnotatet forutsetter at det skal etableres sanksjoner i kontraktsforhold som følge av atferd som ikke berører kontraktspartens interesser, men til beskyttelse for offentlige interesser. Oppdragsgivere vil kunne ha en plikt til å benytte kontraktsrelasjonen for å fremme samfunnets interesser uten at oppdragsgivers interesser er berørt av den aktuelle atferd. Sanksjoner for å ivareta interesser utenfor kontraktsforholdet er ukjent i kontraktsretten. Et eksempel på grensedragningen mellom interesser i og utenfor kontrakt er der kontraktstingen volder skade på ting som ikke står i en naturlig sammenheng med kontraktstingen. I kontraktsretten skilles det mellom skader som forvoldes på kontraktstingen, eller ting som står i nær sammenheng med kontraktstingen, som følge av mangel, og skader som voldes på annet enn kontraktstingen eller ting som står i en nær sammenheng med denne. Skader på andre ting enn kontraktstingen er ikke relevant i kontraktsforholdet. Erstatning for slik skade må eventuelt kreves erstattet etter reglene om ansvar utenfor kontrakt. Høringsnotatet forutsetter at en oppdragsgiver som kontraktspart definerer interesser som i utgangspunktet ligger utenfor kontraktsforholdet som beskyttet gjennom kontrakten.

For at kontraktsrettslige sanksjoner skal være effektive sanksjoner på overtredelser av allmenngjøringsforskrifter, må de kontraktsrettslige sanksjonene være egnet som virkemiddel til å ivareta interesser som ikke relaterer seg til de kontraktsrettslige ytelsene. Kontraktens sanksjoner kan deles i to hovedgrupper; gjensidighetsbeføyelser og erstatning.

Gjensidighetsbeføyelsene skal gjenopprette balansen i et kontraktsforhold som følge av kontraktsbrudd. Til gjensidighetsbeføyelsene regnes prisavslag, retting, omlevering og i siste instans heving. Prisavslag synes ikke som en praktisk reaksjon på et kontraktsbrudd i form av mangelfull etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter, da prisavslag forutsetter en mangel ved varen som gir en verdireduksjon. Retting vil muligens kunne fremstå som en adekvat reaksjon da brudd på allmenngjøringsforskrifter vil kunne repareres ved å legge de allmenngjorte vilkår i en landsdekkende tariffavtale til grunn. Et krav på naturaloppfyllelse av allmenngjøringsforskrifter synes allikevel mindre praktisk i et kontraktsforhold, all den tid kontraktsoppfyllelsen ellers vil kunne skje i tråd med kontrakten og avsluttes før dom på naturalytelse faller. Det synes også problematisk å finne en praktisk måte å gjennomtvinge en gjennomføring av et slikt krav. Et alternativ vil muligens kunne være dagbøter fastsatt i kontrakten. Dagbøtene må i så fall være satt til det nivå som vil sikre en implementering.

I høringsnotatet nevnes tilbakeholdelse av vederlag som en reaksjon som vil kunne fremtvinge oppfyllelse av allmenngjøringsforskrifter. Tilbakeholdsretten er et utslag av

prinsippet om ytelse mot ytelse, og skal tjene som et oppfyllellespress og som en sikkerhet for eget krav. En kontraktspart kan holde tilbake så mye av kjøpesummen som vil sikre at han får sitt krav dekket. Oppdragsgivers interesser er ikke skadelidende ved brudd på en allmenngjøringsforskrift. Det er samfunnets interesser som eventuelt lider skade. Reglene om tilbakeholdsrett er således ikke direkte anvendbare som grunnlag for tilbakeholdelse av vederlag ved kontraktsbrudd i form av manglende etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter.

Gjøres brudd på allmenngjøringsforskrifter til et vesentlig kontraktsbrudd vil kontrakten kunne heves. Samfunnsinteressen defineres da som en vesentlig interesse i kontraktsforholdet, selv i en situasjon der kontraktsytelsene ellers er kontraktsmessige. Heving forutsetter et hevingsoppgjør. Hevingsoppgjør vil kunne påføre partene ikke ubetydelige transaksjonskostnader. Videre vil heving kunne representere en alvorlig ulempe for det aktuelle prosjekt. En ny underentreprenør vil måtte finnes, noe som vil kunne ta tid. Det vil også kunne ta tid å igangsette bygging m.v. som er stanset. Heving vil som sanksjon således kunne påføre oppdragsgiverne store ulemper, særlig sett på bakgrunn av at kontraktsforpliktelsene knyttet til oppfyllelsen av kontrakten ikke er det som har begrunnet heving.

Erstatning fordrer som kontraktsbruddssanksjon at det foreligger et økonomisk tap på partens hånd som følge av kontraktsbruddet. Manglende etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter vil skade samfunnets interesser knyttet til en sosialt forsvarlig avlønning, men vil ikke påføre kontraktsparten noe økonomisk tap. Skal erstatning tjene som sanksjon må det eventuelt avtales standard erstatningssatser, mest hensiktsmessig i form av dagmulkt inntil kontraktsbruddet er fjernet.

Etter dette synes den eneste adekvate, kontraktsrettslige sanksjon å være en dagmulftsordning, basert på standardiserte satser. En slik dagmulftsordning vil ha et rent pønalt preg. Da det ikke er snakk om å verne en interesse i kontraktsforholdet, men samfunnets interesse i at lover og forskrifter etterleves, synes ikke private aktører å være rette instans til å sanksjonere brudd på allmenngjøringsforskrifter.

Oslo 20.3.2007

Olav Kolstad

NHO
Arbeidsrettsavdelingen v Nina Melsom
Postboks 5250 Majorstuen
0303 Oslo

Førsteamanuensis dr. juris Erling Hjelmeng
Professor dr. juris Olav Kolstad

Dato: 8. mars 2007
Deres ref.:
Vår ref.:

Besøksadr.:
Karl Johansgt. 47, 0162 Oslo
Postadr.:
Pb 6706, St. Olavs plass, 0130 Oslo
Telefon: 91321956/47871010
Telefaks: 22859720
E-post:
e.j.hjelmeng@jus.uio.no
olav.kolstad@jus.uio.no

Innsynsrett for tillitsvalgte – EØS-rettslige problemstillinger

Innhold

1	Innledning.....	1
2	Relevante EØS-regler.....	2
3	Nærmere om departementets forslag.....	2
4	EØS-rettslige rammer for kontrolltiltak.....	4
5	Proporsjonalitet.....	7
5.1	<u>Mangelfull begrunnelse</u>	7
5.2	<u>Forslaget er mer byrdefullt enn intensivert offentlig kontroll</u>	7
5.3	<u>Offentlig ressursbruk</u>	8
5.4	<u>Krav til lik behandling</u>	9
5.5	<u>Utnyttelse av informasjonspotensialet hos lokale tillitsvalgte</u>	10
5.6	<u>Behandling av opplysninger</u>	10
6	Konklusjon.....	11

1 Innledning

I det følgende vil vi foreta en EØS-rettslig vurdering av det forslag til "innsynsrett" til fordel for lokale tillitsvalgte som Arbeids- og inkluderingsdepartementet har fremsatt i høringsnotat av 22. desember 2006. Den innsynsretten som foreslås representerer en noe innskrenket variant av det forslag som ble fremsatt i 2005 i forbindelse med evalueringen av allmenngjøringsloven.

I høringsnotatet går departementet relativt langt i å ta høyde for de EØS-rettslige skrankene som eksisterer for innføringen av en innsynsrett. Departementet aksepterer at en slik mekanisme som utgangspunkt må anses som en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester, og at den dermed må underlegges en proporsjonalitetsvurdering. Slik vi vil redegjøre for nedenfor, mener vi likevel at det forslaget som fremsettes, går lenger enn det er adgang til etter EØS-avtalen. Samtidig bemerker vi at det er oppsiktsvekkende at departementet ikke drøfter om utstasjoneringdirektivets samarbeidsprosedyrer vil kunne tjene tilsvarende formål som en innsynsrett, og om dette ikke vil være mindre inngripende for tjenesteytere. Departementet synes også å overse Kommisjonens retningslinjer av 4. april 2006 som nettopp omhandler kontroll under utstasjoneringdirektivet, samt nyere materiale fra EF-domstolen.

Nedenfor redegjør vi først kort for de relevante EØS-regler, før forslaget beskrives nærmere. Deretter går vi inn på de krav EØS-retten oppstiller, før vi foretar en vurdering av forslaget.

2 Relevante EØS-regler

Utstasjonering av arbeidstakere som ledd i en grenseoverskridende tjenesteytelse reguleres av EØS-avtalens regler om tjenester, jf. først og fremst EØS art. 36 (restriksjonsforbud) og 33 (lovlige hensyn som kan begrunne restriksjoner). I tillegg får den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn anvendelse. Nasjonale regler som tar sikte på å beskytte utstasjonerte arbeidstagere, for eksempel gjennom regler om minstelønn, arbeidstid mv., vil som utgangspunkt anses som restriksjoner på den frie bevegelighet for tjenester. Beskyttelse av arbeidstagere er like fullt et lovlig EØS-rettslig hensyn, og slike restriksjoner vil derfor kunne godtas. Dette forutsetter at restriksjonene gjelder generelt, at de ikke er avhengig av konkrete skjønsmessige vurderinger samt at de er proporsjonale. Slik vi tidligere har gitt uttrykk for, mener vi at allmenngjøringsloven i seg selv er problematisk i forhold til disse kriteriene.¹ Dette går vi imidlertid ikke nærmere inn på her.

Beskyttelse av utstasjonerte arbeidstagere er nærmere regulert i utstasjoneringsdirektivet (direktiv 96/71), som oppstiller en plikt for EØS-statene til å sikre en viss minimumsbeskyttelse. Denne beskyttelsen er relatert til den tilsvarende beskyttelse for innenlandske arbeidstagere. Direktivet oppstiller dels en katalog over rettigheter, jf. direktivets art. 3, og videre forpliktelser til samarbeid mellom EØS-landenes myndigheter og plikt til å informere arbeidstagere om hvilke rettigheter de har i det aktuelle landet, jf. direktivets art. 4. Direktivet er nærmere omtalt i Kommissjonen meddelelse om gjennomføringen av det (2003)², samt i retningslinjene for utstasjonering av 2006 med vedlegg.³

Det såkalte tjenstedirektivet har ikke direkte betydning her, idet forhold som reguleres av utstasjoneringsdirektivet er eksplisitt unntatt fra direktivets anvendelsesområde.⁴ Dette følger av direktivet art. 3 nr. 1 a) og art 17 (2), samt fortalens 86. betraktning. Artikkel 24 og 25 i Kommissjonens opprinnelige forslag, som omfattet utstasjonering, ble som kjent fjernet ved Europaparlamentets behandling.

3 Nærmere om departementets forslag

Forslaget som er fremsatt i høringsnotatet innebærer et nytt femte og sjette ledd i § 8 i allmenngjøringsloven, og lyder som følger:

¹ Se nærmere Kolstad/Hjelmeng: Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger, Arbeidsrett 2006 s. 1-41.

² 25. juli 2003, KOM(2003) 458 endelig.

³ Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, 4. april 2006, KOM(2006) 159 endelig, og Commission staff Working Document, Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, 4. april 2006, SEC(2006) 439. Se ellers http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/postingofworkers_en.htm.

⁴ Direktiv 2006/123 av 12. desember 2006.

"Enhver som er underlagt tilsyn etter første ledd, skal når oppdragsgivers tillitsvalgte (ev. for bestemte grupper) krever det og uten hinder av taushetsplikt, fremlegge/dokumentere for tillitsvalgte opplysninger om hvilke lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i virksomheten. Den tillitsvalgte har taushetsplikt og skal umiddelbart overlate de fremlagte opplysningene til Arbeidstilsynet, eller Petroleumsstilsynet innenfor sitt myndighetsområde, dersom de fremlagte opplysningene tyder på at arbeidstakerne ikke har fått lønns- og arbeidsvilkår i tråd med allmenngjøringsforskriften.

Departementet fastsetter nærmere regler om innsynsretten, herunder hvem som kan be om opplysninger, hvem som plikter å legge frem opplysninger, hvilke opplysninger som kan kreves lagt frem, i hvilken form disse kan kreves fremlagt og hvordan opplysningene skal behandles."

Begrunnelsen for forslaget er i utgangspunktet å bidra til å bekjempe "sosial dumping". Samtidig vises det til Soria-Moria-erklæringen der det ble uttalt at regjeringen ville "sikre" en innsynsrett.⁵ Departementet uttaler ellers at det er

"av avgjørende betydning å sikre at regelverket etterlevs og det er nå viktig å få på plass en god kontroll og håndhevingsordning i forhold til de gjeldende forskrifter om allmenngjøring. I denne sammenheng har departementet vurdert hvordan en rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskrift, som et av flere tiltak kan bidra til en forsterket håndheving fra myndighetenes side og gi en bedre effekt av allmenngjøringsordningen."⁶

Forslaget innebærer en omlegning fra tidligere forslag fra evalueringsrapporten i 2005. Dette skyldes i særlig utstrekning EØS-rettslige innvendinger som er gjort gjeldende. Departementet har for eksempel gått bort fra å innføre en innsynsrett som skulle gi grunnlag for boikott, fordi dette "kunne fremstå som et parallelt sanksjonssystem i forhold til det offentlige."⁷ Isteden tas det sikte på å knytte innsynsretten "mer sammen" med det offentlige tilsyn. Dette skjer først og fremst ved at opplysningene som fremkommer skal overleveres offentlige tilsynsorganer.

Kontrollmyndigheten er lagt til lokale tillitsvalgte, og ikke til organisasjonene selv. Bakgrunnen for dette synes i utgangspunktet å være EØS-tilpasning. Begrunnelsen i notatet viser imidlertid ikke hvordan EØS-retten tilsier at innsynsretten legges til lokale tillitsvalgte, men fokuserer på at disse er best plassert mht. kunnskap om og muligheter for å avdekke eventuelle regelbrudd.

Den noe reduserte innsynsretten som nå foreslås (dvs. innsynsrett for lokale tillitsvalgte med plikt til å overlevere informasjon til tilsynsorganene), fremstår som en "outsourcing" av offentlige tilsynsoppgaver, nærmere bestemt informasjonsinnhenting. I realiteten representerer det som foreslås en dokumentasjons- og opplysningsplikt overfor tillitsvalgte. I dette perspektiv virker selve betegnelsen "innsynsrett" tilsørende.

I stor utstrekning begrunnes nødvendigheten av denne tilleggskontrollordningen med de offentlige tilsynenes begrensede ressurser. Dette fremkommer av høringsnotatet s. 47:

"Til tross for nye virkemidler og økte ressurser vil det aldri være mulig for Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet å kontrollere alle som omfattes av en allmenngjøringsforskrift."

⁵ Høringsnotatet s. 41.

⁶ L.c.

⁷ Høringsnotatet, s. 47. Denne problemstillingen vil bli berørt av EF-domstolen i den svenske Arbetsdomstolens foreleggelse til EF-domstolen under sak C-341/05.

At forslaget dels er begrunnet i ressursmangel hos de ordinære tilsyn fremkommer også på s. 48 i notatet der det heter at

"For øvrig vil myndighetene kunne prioritere sterkere tilsyn overfor de prosjektene hvor oppdragsgiver ikke har tillitsvalgte, hvis de ved hjelp av tillitsvalgtes innsynsrett kan effektivisere sin kontroll overfor prosjekter hvor oppdragsgiver er tariffbundet."

Departementet har ikke redegjort nærmere for hvilke eventuelle sanksjoner som brudd på opplysningsplikten overfor tillitsvalgte er belagt med, eller nærmere prosedyrer for de lokale tillitsvalgtes informasjonsinnhenting. Ut fra notatet synes dette å skulle fastsettes i forskrift. Dette er forhold som lovgiver etter vår oppfatning må ta stilling til. Utformingen av sanksjoner og prosedyrer vil også kunne påvirke den EØS-rettslige vurderingen av tiltaket.

4 EØS-rettslige rammer for kontrolltiltak

En kontrollordning som skal sikre etterlevelsen av pålegg som anses som restriksjoner, vil også måtte underkastes en proporsjonalitetsvurdering. Dette har sammenheng med at det er den samlede virkningen av det restriktive tiltaket som underlegges en proporsjonalitetsvurdering. Det er imidlertid på det rene at de samme hensyn som begrunner restriksjonen vil kunne begrunne (forholdsmessige) kontrolltiltak. I Arblade heter det således at:

"De tvingende almene hensyn, der begrunder de materielle regler i en lovgivning, kan imidlertid også begrunde nødvendige kontrollforanstaltninger med henblik på å sikre, at de materielle regler overholdes."⁸

Det er således på det rene at EØS-avtalen prinsipielt sett tillater at det innføres ordninger for å sikre etterlevelsen av tiltak som beskytter utstasjonerte arbeidstagere.⁹ Likevel vil en kontrollforanstaltning omfattes av proporsjonalitetstesten, slik at EØS art 36 om fri bevegelse for tjenester respekteres. I Kommisjonen v Tyskland (19. januar 2006) oppsummerte Domstolen som følger:

"Det bemærkes, at Domstolen har anerkendt, at medlemsstaterne kan kontrollere overholdelsen af de nationale og fællesskabsretlige bestemmelser om levering af tjenesteydelser. Domstolen har ligeledes anerkendt, at kontrollforanstaltninger, der er nødvendige med henblik på at sikre opfyldelse af krav, der i sig selv er begrundede i almene hensyn, er begrundede Domstolen har imidlertid ... også fastslået, at denne kontrol ikke må gå ud over de grænser, som fællesskabsretten afstikker, og ikke må gøre den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk."¹⁰

Kommisjonen har uttalt seg i samme retning. I retningslinjene for utstasjonering heter det:

"Domstolens praksis tillader, at medlemsstaterne kontrollerer, at retten til fri udveksling af tjenesteydelser ikke misbruges, f.eks. ved at bringe arbeidstagere fra tredjelande ind på værtsmedlemsstatens arbeidsmarked. Den tillader ligeledes sådanne kontrollforanstaltninger, der måtte være nødvendige til at kontrollere overholdelsen af de krav, der begrundes i tvingende almene hensyn. Kommissionen ønsker dog

⁸ Forenede saker C-369/96 og C-376/96, *Arblade m.fl.*, Sml. 1999 s. I-8453, prem. 38.

⁹ Se for eksempel sak C-113/89 *Rush Portuguesa*, Sml. 1990 s. I-1417, prem. 17, forenede saker C-369/96 og C-376/96, *Arblade m.fl.*, Sml. 1999 s. I-8453, prem. 62.

¹⁰ Sak C-244/04, Sml. 2006 s. I-885, prem. 36. Domstolen viste bl.a. til sak C-113/89 *Rush Portuguesa*, Sml. 1990 s. I-1417, prem. 17.

at påpege, at medlemsstatene i forbindelse med den kontrol, der finder sted inden for rammerne af direktivets gennemførelse, er forpligtede til at overholde EF-traktatens artikel 49 [EØS art 36] og at undlade at indføre eller opretholde ubegrundede og uforholdsmæssige restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet. Domstolen har således gentagne gange understreget, at denne kontrol skal gøre det muligt i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at nå de fastsatte målsætninger uden at begrænse denne frihed mere end højst nødvendigt."¹¹

Det følger av dette at en opplysnings- og dokumentasjonsplikt overfor lokale tillitsvalgte som skal sikre etterlevelsen av allmenngjøringsforskrifter, vil anses som en restriksjon og dermed vil måtte underlegges en full proporsjonalitetsvurdering.¹² Det faktum at bestemmelser om minstelønn mv. i allmenngjøringsforskrifter kan anses å forfølge lovlige hensyn (beskyttelse av arbeidstagere), fritar dermed ikke innsynsretten fra en slik lovlighets- og proporsjonalitetsvurdering.

Kontrolltiltak på området for utstasjonering av arbeidstagere har vært gjenstand for en relativt omfattende og selvstendig behandling i EU-systemet. Samtidig foreligger det en del rettspraksis av interesse. På denne bakgrunn er det av særlig interesse å vurdere hvordan en innsynsrett som foreslått, som så vidt vi forstår vil være ganske enestående i Europa, kan begrunnes som selvstendig mekanisme utover de ordninger som allerede er godkjent i EU. I denne sammenheng er det nødvendig først å redegjøre for Kommisjonens tilnærming innenfor rammene av utstasjoneringsdirektivet.

I retningslinjene fra 4. april 2006 viser Kommisjonen til fire ulike kontrollmekanismer som i varierende grad er brukt i medlemsstatene. Dette gjelder

- krav om at tjenesteyteren skal ha en representant på vertsstatens område
- krav om at tjenesteyteren skal være registrert eller ha oppnådd forhåndsgodkjennelse fra vertsmedlemsstatens myndigheter
- krav om at tjenesteyteren skal inngi en forhåndserklæring til vertsmedlemsstaten
- krav om at tjenesteyteren skal oppbevare arbeidsrettslige dokumenter på vertsmedlemsstatens område.

De fleste av disse tiltakene anses som uproporsjonale. Kommisjonen godtar imidlertid at tjenesteyteren pålegges en meldeplikt, samt forpliktelsen til å oppbevare visse dokumenter i vertsstaten. Det siste er likevel begrenset til dokumenter "der på grund af deres karakter udarbejdes på arbejdspladsen, f.eks. timesedler eller dokumenter vedrørende sundheds- eller sikkerhedsforholdene på arbejdspladsen."¹³

Disse uttalelsene må ses i lys av bl.a. Arblade-saken, der Domstolen som kjent anerkjente at en plikt til å oppbevare visse dokumenter i vertslandet kunne anses som et proporsjonalt virkemiddel.¹⁴ I den sammenheng må det imidlertid fremheves at Domstolen eksplisitt tok forbehold for samarbeidsprosedyren i utstasjoneringsdirektivet art 4.¹⁵

¹¹ KOM(2006) 159 endelig, s. 3, henvisninger utelatt.

¹² Dette er også departementets holdning, jf. høringsnotatet s. 43, med henvisninger til EF-domstolens praksis og uttalelser fra prof. dr. juris Stein Evju, samt uttalelser fra undertegnede.

¹³ KOM(2006) 159 endelig, s. 7-8.

¹⁴ I forslag til avgjørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i sak C-490/04 Kommisjonen v Tyskland, avgitt 14. desember 2006, er det sågar åpnet for at en plikt til å oversette visse dokumenter

Kontrollordninger må også vurderes opp mot alternativet å bedre informasjonen til utstasjonerte arbeidere. Kommisjonen selv har gitt uttrykk for at slik effektiv informasjon er nødvendig for at direktivet skal kunne fungere etter hensikten, og har derfor opprettet en egen web-side med linker til nasjonale informasjonssider.¹⁶ En rekke medlemsland har gjort tilgjengelig informasjon om de nasjonale ordningene på alminnelige språk i vanlige opprinnelsesland. I den utstrekning slike muligheter ikke er utnyttet, vil dette kunne tilsi at nye kontrollordninger ikke representerer et proporsjonalt virkemiddel.

Det er på det rene at Kommisjonen fremdeles ikke er fornøyd med medlemsstatenes oppfyllelse av informasjonsplikten, noe som har avstedkommet en rekke anbefalinger om hvordan denne bedre kan ivaretas. Dette inkluderer bl.a. å utpeke kontaktpersoner, konkretisere informasjonen for utstasjonerte arbeidstagere samt å tilføre opplysningskontorene mer ressurser.¹⁷

Samtidig legges det på EU-nivå opp til et tettere administrativt samarbeid, noe statene er forpliktet til iht. direktivet art. 4. I meddelelsen av 4. april 2006 uttales det således at

"Denne forpliktelse omfatter opprettelsen af en kontrolmyndighed, som er i stand til at besvare en begrundet forespørgsel, hvor der f.eks. ønskes information om, hvorvidt en virksomhed, der leverer grænseoverskridende tjenesteydelser, faktisk er etableret i etableringsmedlemsstaten, eller hvor der forespørges dokumentation, der gør det mulig at fastslå, om en arbejdstager betragtes som arbejdstager i henhold til værtsmedlemsstatens lovgivning.

Forespørgslen om information kan ligeledes fremsættes i den modsatte retning, f.eks. når den udstationerede arbejdstager ønsker at vide, om han efter afsluttet udstationering har modtaget alt det, som han var berettiget til i løbet af udstationeringsperioden."¹⁸

Kommisjonen understreker etter dette at statene er forpliktet til å sørge for at kontorene "har den fornødne struktur og de fornødne midler" til å utføre oppgavene hurtig og effektivt.

Etter vår oppfatning vil ikke et nytt og mer byrdefullt kontrolltiltak, som risikerer å duplisere kontroll foretatt i opprinnelseslandet, kunne anses som proporsjonalt uten at det er foretatt en vurdering av nødvendigheten av tiltaket *ved siden* av de mekanismene som direktivet etablerer.

5 Proporsjonalitet

5.1 Mangelfull begrunnelse

til vertslandets språk kan være proporsjonal. Forpliktelsenes proporsjonalitet er begrunnet i hensynet til å effektivisere kontrollen.

15 Forenede saker C-369/96 og C-376/96, *Arblade m.fl.*, Sml. 1999 s. I-8453, prem. 62.

16 Se nærmere Commission staff Working Document, Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, 4. april 2006, SEC(2006) 439, s. 21 ff., og ellers Kommisjonens egen "posting-of-workers" side.

17 Se KOM(2006) 159 endelig, s. 9.

18 Op. cit., s. 9-10.

EØS-landene er allerede forpliktet til å iverksette et offentlig tilsyn med rettigheter som er tilstått i medhold av direktivet. Direktivet inneholder også bestemmelser som nettopp tar sikte på å lette det offentlige tilsyn med lønns- og arbeidsvilkår. Det foreliggende høringsnotatet stiller opp et system som ligger utenfor dette, uten at notatet drøfter hvorfor en tilsvarende effektivisering ikke vil kunne oppnås innenfor de prosedyrer som direktivet legger opp til. Direktivets art 4 har to sider: Samarbeid om utveksling av informasjon mellom EØS-statens myndigheter, og bedret informasjon overfor utstasjonerte arbeidstagere.

Det bemerkes at Kommisjonen i sin meddelelse av 4. april 2006 har satt opp flere anbefalinger om hvordan informasjonen til arbeidstagere kan gjøres bedre. Etter vår oppfatning må en oppfølging av disse anses som et minstekrav for at nye og mer inngripende kontrollordninger skal kunne iverksettes.

Ingen av disse mulighetene er nærmere vurdert i høringsnotatet. Departementet har dermed ikke gitt noen begrunnelse for hvorfor det for norske forhold er nødvendig å iverksette nye former for kontrolltiltak overfor utenlandske tjenesteytere som utstasjonere arbeidstagere. Allerede dette er etter vår oppfatning tilstrekkelig til at Norge i foreliggende sak ikke vil ha oppfylt sin plikt til å begrunne nødvendigheten av en restriksjon. Som kjent hviler bevisbyrden for en restriksjons forenlighet med Avtalen på EØS-staten.

5.2 Forslaget er mer byrdefullt enn intensivert offentlig kontroll

Lokale tillitsvalgte vil i liten utstrekning ha ressurser til på foreta tilsyn og etterlyse dokumenter. For at tilsynet skal fungere effektivt, vil det sannsynligvis måtte kreves at tjenesteyter oppbevarer alle relevante dokumenter lokalt. Tilleggsforpliktelser av denne art vil lett kunne anses uproporsjonalt, idet de prosedyrer som direktivet art 4 legger opp til nettopp tar sikte på å avhjelpe slike utfordringer i det nasjonale tilsynet. Disse prosedyrene forutsetter at nasjonale tilsynsorganer forestår oppgaven med informasjonsutveksling. Lokale tillitsvalgte vil ikke være omfattet av direktivets rutiner. Innenfor rammene av en tilleggskontroll i form av opplysnings- og dokumentasjonsplikt overfor lokale tillitsvalgte vil man således mangle muligheten til å tilpasse prosedyrene til samarbeidsforpliktelsene under direktivet. En slik tilpasning vil være en forutsetning for at tiltaket skal kunne anses som proporsjonalt.

Samtidig er det på det rene at lokale tillitsvalgte ikke nødvendigvis vil kunne skaffe til veie all den informasjon som er nødvendig for å drive et effektivt tilsyn, og for eventuelt å kunne gripe inn med sanksjoner. Opplysnings- og dokumentasjonsplikt overfor lokale tillitsvalgte som tilsynsmetode vil sannsynligvis uansett nødvendiggjøre en etterkontroll fra myndighetenes side der informasjonen skal utnyttes videre av disse. Dette kan for eksempel relateres til tjenesteyters kontradiktoriske rettigheter. Med en ufullkommen informasjonsinnhenting i første linje legger systemet således opp til en dobbelkontroll og dermed en merbelastning på tjenesteyter. Den henvisning til at merbyrden vil være begrenset som departementet fremsetter nederst på s. 48 tar ikke stilling til de problemene vi har påpekt her.

Tilleggskontroll eller outsourcing av informasjonsinnhenting til lokale tillitsvalgte representerer en merbyrde for tjenesteytere i forhold til intensivert kontroll i regi av Arbeids- og Petroleumstilsynet.

5.3 Offentlig ressursbruk

Dokumentasjons- og opplysningsplikten overfor lokale tillitsvalgte dupliserer i utgangspunktet en kontroll i regi av myndighetene. Tjenesteytere som omfattes av dokumentasjons- og opplysningsplikten vil stå overfor et nytt "tilsynsorgan", som utgjøres av en stor og uensartet gruppe av tillitsvalgte. Dette må anses som en merrestriksjon utover eksisterende allmenngjøring og myndighetenes kontroll av etterlevelse. Slik innsynsretten er lagt opp, skal dokumentasjon overleveres til myndighetene, slik at de tillitsvalgte nærmest fremstår som arbeidstilsynenes forlengede arm. Ressursmangel hos tilsynsorganene vil imidlertid ikke kunne begrunne ytterligere restriksjoner pålagt tjenesteytende foretak.¹⁹ I de Peijper uttalte Domstolen at ekvivalenten til EØS art 33 ikke kan

"påberåbes til at begrunde en i sig selv nyttig lovgivning eller praksis, men hvis restriktive elementer væsentligst skyldes et ønske om at begrænse den administrative byrde eller de offentlige udgifter, medmindre denne byrde eller disse udgifter uden nævnte lovgivning eller praksis klart ville overskride grænserne for, hvad der med rimelighed kan forlanges."²⁰

I denne sammenheng kan det også vises til Kommisjonen v Tyskland (1986) der Domstolen uttalte at "considerations of an administrative nature cannot justify derogation by a Member State from the rules of Community law."²¹

Henrik Bull uttaler at det ligger "en pekepinn i at domstolen formulerer seg som om det dreier seg om et alment hensyn som er forbudt, ikke om en proporsjonalitetsvurdering. Man gjør derfor klokt i å anta at domstolen vil legge listen høyt for hvilke ekstra saksbehandlingsmessige byrder forvaltningen må være villig til å påta seg før det hele blir for urimelig."²²

Tilleggsbyrder for foretak kan således ikke rettferdiggjøres ut fra at de vil forenkle tilsynet for nasjonale myndigheter. Nye byrder kan bare godtas der de må anses som absolutt nødvendige for å sikre et effektivt tilsyn. I Arblade heter det at

"Hvad angår en forpligtelse som den her omhandlede til at holde bestemte dokumenter til rådighed og opbevare dem på bopælen for en fysisk person i værtsmedlemsstaten, som fører dokumenterne som fuldmægtig eller repræsentant for den arbejdsgiver, der har udpeget ham, selv efter at arbejdsgiveren er ophørt med at beskæftige arbejdstagere i denne stat, er det ikke tilstrækkeligt til at begrunde en sådan hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, at tilstedeværelsen af sådanne dokumenter på værtsmedlemsstatens område generelt kan gøre det lettere for denne stats myndigheder at opfylde deres kontrolopgave. Det må også kræves, at de pågældende myndigheder ikke kan udføre deres kontrolopgave på effektiv vis, hvis virksomheden ikke har en fuldmægtig eller en repræsentant i denne medlemsstat, der opbevarer de nævnte dokumenter."²³

Mht. å overlate kontrolloppgaver til privatrettslige organer må van Luipen nevnes. I denne saken var nederlandske frukt- og grønnsaksdyrkere pålagt medlemskap i en privat

¹⁹ Se Rognstad/Foyn i EØS-rett, s. 317: "En annen type hensyn som EF-domstolen har vist skepsis overfor, er hensynet til den offentlige forvaltning, f.eks. ønsket om å redusere den offentlige arbeidsbyrde, eller mangel på ressurser til å utføre sine oppgaver." (Uthevet i orig.) Jf. videre Bull: det indre marked for tjenester og kapital, s. 583-84.

²⁰ Sak 104/75 Adriaan de Peijper, Sml. 1976 s. 613, prem. 18.

²¹ Sak 205/84, Kommisjonen v Tyskland, Sml. 1986 s. 3755, prem. 54.

²² Det indre markedet for tjenester og kapital, s. 584.

²³ Forenede saker C-369/96 og C-376/96, Arblade m.fl., Sml. 1999 s. I-8453, prem. 76.

kontrollorganisasjon. Iht. den nederlandske regjeringen ville dette effektivisere kontrollen. Domstolen bemerket at

"Som den nederlandske regering selv har erkendt, kan en effektiv kontrol organiseres uden en sådan medlemspligt, og det følger af fast retspraksis, at forvaltningsmæssige hensyn ikke kan begrunde, at en medlemsstat fraviger fællesskabsrettens regler."²⁴

Denne praksisen viser at hensynet til å lette forvaltningens byrder, samt mulig mangel på ressurser hos tilsynsmyndighetene, ikke vil kunne begrunne økte byrder pålagt foretakene. Slike restriksjoner vil bare kunne godtas i den utstrekning det ellers ville blitt lagt helt urimelige byrder på myndighetene.

Det er i saken heller ikke tale om genuine effektivitetsmessige forbedringer i kontrollen, noe som etter forholdene vil kunne rettferdiggjøre en noe større belastning på foretakene.²⁵ En genuin effektivisering i kontrollrutiner er likevel noe annet enn å innføre nye byrder på foretakene fordi myndighetene innenfor de muligheter EØS-retten gir av ressurs-hensyn ikke er i stand til å sikre en effektiv kontroll. Det forslaget som er fremmet innebærer ikke effektivitetsgevinster, men innebærer at kontrolloppgavene settes ut til stor gruppe av lokale tillitsvalgte med varierende erfaring fra tilsvarende arbeid.

5.4 Krav til lik behandling

Innsynsretten er lagt til lokale tillitsvalgte, og det er dermed ingen garanti for at den vil praktiseres likt overfor alle som er underlagt tilsyn etter allmenngjøringsloven.²⁶ Også dette aspektet vil ha selvstendig betydning i proporsjonalitetsvurderingen. Det er på det rene at en restriksjon som er underlagt konkrete skjønsmessige vurderinger vil anses som uproporsjonal. I Kommisjonen v Luxembourg uttalte Domstolen for eksempel om kontrollordninger ved utstasjonering at

"Kontrollen hermed må imidlertid ikke gå ud over de grænser, som fællesskabsretten afstikker, herunder navnlig de grænser, der følger af retten til fri udveksling af tjenesteydelser, som ikke må undergraves, og hvis udøvelse ikke af myndighederne kan underlægges betingelser fastsat efter disses frie skøn."²⁷

Ved at selve beslutningen om det skal pålegges fremlagt dokumentasjon eller ikke er lagt til den enkelte lokalt tillitsvalgte, inneholder systemet en iboende risiko for at det vil bli praktisert diskriminerende. Fraværet at koordinerende mekanismer innebærer faktisk at systemet legger opp til en forskjellsbehandling, fordi de tillitsvalgte nødvendigvis vil foreta ulike vurderinger.

I denne sammenheng bemerkes også at form og innhold i den dokumentasjons- og opplysningsplikt tjenesteytere underlegges i begrenset utstrekning er definert, jf. beskrivelsen av forslaget ovenfor. Også denne mangelen på felles regler innebærer at systemet ikke vil bli praktisert likt.

²⁴ Sak 29/82 van Luipen, Sml. 1983 s. 151, prem. 12.

²⁵ Slik i forslag til avgjørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i sak C-490/04 Kommisjonen v Tyskland, avgitt 14. desember 2006, om plikt til å oversette dokumenter til vertslandets språk.

²⁶ Dette er også påpekt som et problem med den svenske ordningen, jf. Sigeman i Europarättslig tidskrift 2005, på s. 479.

²⁷ Sak C-445/03, Sml. 2004 s. I-10191, prem. 40.

Høringsnotatet redegjør heller ikke for hvordan ulike tillitsvalgtes kontroll skal koordineres for å unngå duplisering. Den samme tjenesteyter vil ha oppdrag for ulike oppdragsgivere (med ulike tillitsvalgte), samtidig som den enkelte oppdragsgiver nødvendigvis ofte vil ha mer enn én tillitsvalgt. Dette medfører at den enkelte tjenesteyter risikerer å bli pålagt å gi opplysninger en rekke ganger. Effekten forsterkes ved at dokumentasjons- og opplysningsplikten går nedover i underleverandørkjeden.

Slik forslaget fremstår bryter det med kravet om at restriksjoner – herunder kontrollordninger – må anvendes objektivt og ikke-diskriminerende og ikke må være underlagt skjønnsmessige vilkår.

5.5 Utnyttelse av informasjonspotensialet hos lokale tillitsvalgte

Hensikten bak kravet om overlevering av informasjon er iht. høringsnotatet å unngå duplisering av sanksjoner. Samtidig fremstår det som viktig å utnytte informasjonspotensialet hos lokale tillitsvalgte. Det er nettopp dette informasjonspotensial som, utover den politiske bakgrunnen, fremstår som bærende i argumentasjonen slik forslaget fremstår.²⁸ Som begrunnelse for en innsynsrett er dette ikke overbevisende. Det er vanskelig å se at informasjonspotensialet hos lokale tillitsvalgte må ivaretas ved at kontrollfullmaktene delegeres. Klart nok er det intet som hindrer lokale tillitsvalgte som besitter informasjon fra å kontakte myndighetene. Etter vår oppfatning vil det være fullt ut forenlig både med direktivet og EØS-avtalens generelle regler hvis tilsynsmyndigheten ble pålagt å foreta tilsyn på oppfordring fra tillitsvalgte, slik at tillitsvalgte ble gitt et visst herredømme over innledningen av en etterforskning. I tilfelle kunne den nærmere undersøkelse skje etter tilsynenes fullmakter og innenfor de rammer EØS-retten setter.

Den merbyrde som forslaget skaper for tjenesteyterne kan således ikke rettfærdiggjøres som et proporsjonalt tiltak, idet det finnes mindre inngripende midler for å realisere målsetningen.

5.6 Behandling av opplysninger

Vi har tidligere gjort gjeldende at også behandlingen av opplysningene vil kunne påvirke proporsjonalitetsvurderingen.²⁹ Det er på det rene at forslaget inneholder en bestemmelse om taushetsplikt, som må forutsettes å adressere dette. Det kan likevel reises spørsmål om hvordan ordningen skal administreres, for eksempel mht. hvilken bistand den tillitsvalgte kan ha. De opplysninger som omfattes av innsynsretten vil være av stor konkurransemessig betydning for tjenesteyteren. En generell opplysningsplikt overfor tillitsvalgte vil sannsynligvis kunne utløse mer ressursbruk mht. å forsikre seg om hemmelighold, og vil således kunne være mer byrdefull enn å måtte gi fra seg opplysninger til et offentlig organ. Dette går vi imidlertid ikke nærmere inn på, idet vi mener at forslaget slik det fremstår uansett ikke tilfredsstillende proporsjonalitetstesten.

²⁸ Se særlig uttalelsene i høringsnotatet på s. 48.

²⁹ Kolstad/Hjelmeng, s. 35.

6 Konklusjon

Alternativer til innsynsrett innenfor de policymessige rammer som EØS-retten oppstiller, er ikke nærmere diskutert av departementet. Allerede dette er etter vår oppfatning nok til at Norge ut fra den dokumentasjon som foreligger ikke kan sies å ha tilfredsstilt de krav som må stilles.

Samtidig er det slik at departementet ikke har vurdert om mer effektiv informasjon til arbeidstagere kan ha betydning, om *prevensjon* gjennom meldeplikt og informasjon til tjenesteytere om regelverk og sanksjoner kan ha det, samt hvordan styrking av det offentlige tilsyn innenfor rammene av EØS-ordninger kan bidra.

Innsynsrett slik det er foreslått vil gi tjenesteyterne en merbelastning, som ikke er begrunnet langs disse linjer. Samtidig er det slik at opplysningsplikt til fordel for tillitsvalgte ikke nødvendigvis vil praktiseres likt, at den kan kreve oppfølgingstiltak og dermed ytterligere byrder i form av fremleggelse av informasjon, og at lokale tillitsvalgte ikke nødvendigvis vil ha ressurser til å få fremlagt informasjon som befinner seg i opprinnelseslandet. På denne bakgrunn synes også det selvstendige bidraget til en effektivisering av tilsynet å være begrenset, når det tas høyde for at det informasjonspotensialet som lokale tillitsvalgte besitter kan utnyttes på andre måter.

Endelig synes forslaget dels å være begrunnet i ulovlige hensyn, nemlig hensynet til lettelser i tilsynsorganenes administrative byrde. Ressurshensyn i det offentlige vil ikke kunne begrunne restriksjoner.

Det er ikke med dette sagt at den arbeidsrettslige intensjonen bak departementets forslag ikke vil kunne realiseres innenfor EØS-avtalen, jf. særlig de opsjoner som Kommisjonen har stilt opp i sin meddelelse av 4. april 2006.. I denne sammenheng vil EØS-avtalen heller ikke være til hinder for at tillitsvalgtes rolle styrkes. Det går likevel en grense mellom å tildele tillitsvalgte kontroll- og tilsynsoppgaver på den ene siden, og å utnytte det informasjonspotensialet som tillitsvalgte besitter på den andre. EØS-retten vil iht. Kommisjonens meddelelse av 4. april 2006 ikke være til hinder for at utenlandske tjenesteytere pålegges men meldeplikt, selv om proporsjonalitetsprinsippet setter grenser for detaljeringsgraden.³⁰

Med hilsen

Erling Hjelmeng
Førsteamanuensis dr. juris

Olav Kolstad
Professor dr. juris

³⁰ Se nærmere forslag til avgjørelse i sak C-490/04 (14. desember 2006), avsnitt 90-97.

Oversikt over entreprisformer og arrangerte entrepriser

Byggherren velger hvordan han kontraktsmessig vil organisere sitt bygge- eller anleggsprosjekt. Den faglige kompetanselovgivning er ikke til hinder for at et foretak påtar seg arbeid utenom egen fagkompetanse, dersom selve utførelsen overlates til et foretak med den påbudte kompetanse.

Dette innebærer at et bygge- eller anleggsprosjekt kan organiseres på mange forskjellige måter. Begrepene nedenfor i pkt. 1 gir uttrykk for ulike måter å organisere et prosjekt kontraktmessig. I tillegg kan den opprinnelige organisering senere endres gjennom såkalte arrangerte entreprisformer. Det er dette det er redegjort nærmere for nedenfor i pkt.2.

1. Entreprisformene

1.1 Delte entrepriser

Delte entrepriser karakteriseres ved at byggherren inngår separate avtaler med en rekke entreprenører for de forskjellige fagområder (grunn, betong, elektro osv.). I utgangspunktet administrerer og koordinerer byggherren sideentreprenørene selv, eller ved sin byggeleder. Denne prosjektorganisering kalles gjerne av den grunn *byggherrestyrt entreprise*. Entreprenørene som får selvstendige kontrakter med byggherren på samme byggeplass, kalles sideentreprenører.

I noen tilfeller brukes uttrykket "sterkt oppdelte entrepriser", dvs. at prosjektet deles opp i et stort antall side-entrepriser og leveranser. Administreringen krever stor kompetanse, og ansvarsforholdene kan bli uoversiktlige og uklare.

Det er ikke uvanlig at en av entreprenørene etter avtale med byggherren overtar ansvaret for koordineringen av en eller flere av side-entreprenørene, jfr. pkt. 2 nedenfor.

1.2 Generalentreprise

Her leveres hele entreprisen av en entreprenør, som selv engasjerer samtlige underleverandører, også for de tekniske fagene. Generalentreprenøren har således det fulle ansvaret for utførelsen av alle arbeider, og byggherren har bare en kontraktspart.

1.3 Hovedentreprise

Definisjonen av hovedentreprenør er etter NS 8405 en entreprenør som har **underentreprenører** til å utføre deler av sine kontraktsforpliktelser etter kontrakten med byggherren. Brukes i daglig tale ofte annerledes; - om en entreprenør som har påtatt seg det vesentligste, men ikke hele utførelsen av bygget eller anlegget. Tilsvarende gjelder for begrepet *hovedentreprise*. Denne betegnelsen sier egentlig ikke noe om omfanget eller arten av kontraktsarbeidet i relasjon til byggherren.

1.4 Totalentreprise

Begrepet "totalentreprise" skiller seg fra de øvrige begrepene ved at det sier noe om hva

Advokat Hanne Krüger

EBA

kontrakten med byggherren omfatter. Totalentreprise er betegnelsen på den entrepriseform hvor entreprenøren også har påtatt seg prosjekteringen i tillegg til selve utførelsen av bygge- eller anleggsarbeidene. En vanlig misforståelse er at en totalentreprise automatisk samtidig er en generalentreprise. Det er imidlertid mulig med flere sideordnede totalentrepriser, jfr. NS 3431 pkt. 1, der det fremgår følgende:

"Denne standarden har til formål å regulere kontraktsforholdet der en part (totalentreprenøren) påtar seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen og utførelsen av et bygg- eller anleggsarbeid for den annen part."

På tilsvarende måte er det med den nye totalunderentreprisestandarden, NS 3406.

Underentreprenøren kan ha en totalentreprise med hovedentreprenøren, mens hovedentreprenøren ikke nødvendigvis må ha påtatt seg prosjekteringen for hele sin del av entreprisen. Det er nokså vanlig at heisleveransen er en totalentreprise selv under en NS 3430 kontrakt.

Oppsummering:

Begrepene ovenfor i pkt. 1.1, 1.2 og 1.3 (delte entrepriser, generalentreprise og hovedentreprise) gir kun uttrykk for hvem som har avtale med hvem, med andre ord hvordan byggherren har valgt å organisere sitt byggeprosjekt (og eventuelt om en entreprenør velger å benytte underentreprenører til å utføre deler av sine forpliktelser). Begrepet "totalentreprise" derimot, sier noe om omfanget av kontrakten mellom avtalepartene. I totalentreprisen påtar entreprenøren seg prosjektering i tillegg til selve utførelsen, men sier for øvrig ikke noe om hvordan prosjektet er organisert. En totalentreprenør kan gjerne være en generalentreprenør, men behøver ikke være det. Som motstykke til en "totalentreprise" kan det være hensiktsmessig å bruke begrepet utførelsesentreprise.

2. Tiltransport og administrasjon

2.1 Arrangerte entrepriser – pkt. 12.2

Arrangerte entrepriser kalles det når byggherren i kontraheringsfasen inngår flere separate avtaler med den enkelte entreprenør, dvs. inngår sideentrepriser, - mens han i utførelsesfasen overlater oppgaver i tilknytning til en eller flere av de andre entreprenørers kontraktsforpliktelser til en av de kontraherte entreprenørene. Disse oppgavene kan være mer eller mindre omfattende.

- Overtakelse av oppgavene med byggeplassadministrasjon og fremdriftskontroll = administrerende sideentreprise, jfr. NS 3430 pkt. 12.2 første ledd og 12.3.

- Overtakelse til fullt ansvar for oppfyllsen av selve kontraktsforpliktelsen = tiltransport til ansvar og risiko som hovedentreprenør, jfr. NS 3430 pkt. 12.2 annet ledd.

NB NS 3430 er ikke hjemmelsgrunnlag for å kunne pålegge en entreprenør forpliktelser knyttet til administrasjon og tiltransport til fullt ansvar og risiko. Dette må være avtalt i selve avtalen mellom partene.

Det finnes også en rekke mellomformer av disse variantene. Det er viktig å være varsom med å overta oppgaver som administrerende sideentreprenør med fremdriftsansvar (ikke bare

Advokat Hanne Krüger

EBA

fremdriftskontroll) for administrerte underentreprenører, idet entreprenøren normalt ikke får instruksjonsmyndighet overfor den administrerte sideentreprenør, se f.eks Statsbyggs "Blåbok". Med fremdriftsansvar menes at entreprenøren kan bli ansvarlig for den administrerte entreprenørs fremdrift, i motsetning til fremdriftskontrollen som følger av NS 3430. Etter NS 3430 pkt. 12.3 har den administrerende kun en varslings- og omsorgsforpliktelse, og får ikke dagmulkt for administrert sideentreprenørs forsinkelse, se nedefor.

2.2 Administrerte sideentrepriser - pkt. 12.3

Ansvar som administrerende side-entreprenør følger av pkt. 2.7: entreprenør som har påtatt seg

- byggeplassadministrasjon - en omsorgsforpliktelse, dvs en aktiv medvirkning og oppfølging på byggeplassen
- fremdriftskontroll - en varslingsforpliktelse dersom side-entreprenørens forhold truer med å forsinke fremdriften

NB Varselet må være gitt skriftlig, jfr. pkt. 39, og varselet må angi antatt årsak og forventet virkning.

2.2.1 Virkning av å påta seg byggeplassadministrasjon og fremdriftskontroll

I motsetning til det som gjelder ved tiltransport til fullt ansvar og risiko, beholder administrerende sideentreprenør alle sine rettigheter med hensyn til å kreve fristforlengelse eller kostnadsdekning.

2.2.2 Konsekvensen av unnlatt varslings:

Entreprenøren kan bli pålagt erstatningsansvar begrenset til det tap som byggherren kunne unngått dersom varsel var gitt i tide.

2.4 Tiltransport av underentreprenør

Tiltransport til ansvar og risiko krever særskilt avtalegrunnlag hvor det eksplisitt må fremgå at entreprenøren har påtatt seg "*tiltransport til fullt ansvar og risiko som entreprenør*" eller at entreprenøren har påtatt seg å bli tiltransportert på samme måte.

2.4.2 Virkning av tiltransport

Som utgangspunkt er det de samme virkninger av tiltransport til risiko og ansvar som ved et vanlig hovedentreprenør/underentreprenør forhold, men hovedentreprenøren har ikke hatt adgang til å velge underentreprenøren selv.

Av den grunn fastsetter pkt. 12.2 annet ledd at entreprenøren har rett til å nekte å overta dette ansvaret dersom nektelsen har saklig grunn i den annen entreprenørs forhold, herunder hans solvens.