

Artikkelen er publisert i tidsskriftet *Arbeidsrett* Vol V, nr 4 for 2009, side 219-223.

ET GRAVSKRIFT OG EN SPÅDOM

Det nærmer seg to-årsdagen for ikrafttredelsen av forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Det er på tide med et gravskrift over en forskrift, hvis formål gjennom praksis har vist seg forfeilet og i strid med EØS-retten. Regjeringen varslet rett før jul at man ønsket ”å sloss” for å beholde forskriften gjennom en dialog med EFTA Surveillance Authority (ESA). Forfatteren har tidligere skrevet to kritiske artikler om denne forskriften i tidsskriftet *Arbeidsrett* (nr 1/2008 og nr 1/2009), og følger i denne artikkelen opp med et gravskrift og en spådom.

KURT WELTZIEN (1975) er cand jur fra Universitetet i Bergen fra 2001. Advokatfullmektig, advokat og senere fast advokat i advokatfirmaet Thommessen Krefthing Greve Lund 2001 – 2006, hvor han hovedsakelig arbeidet med arbeidsrett og regelverket for offentlige anskaffelser. Fra 2007 arbeider han som advokat i Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).*

1. INNLEDNING

Jeg har i tidsskriftet *Arbeidsrett* nr 1/2008 og nr 1/2009 gitt en kort oppsummering av regelverket for offentlige anskaffelser og de materielle regler som følger av forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.¹ Mitt hovedanliggende i de to artiklene har vært å påpeke at forskriften er i strid med EØS-avtalen og at den først og fremst må sies å være symbolpolitikk. Jeg vil i denne artikkelen redegjøre for en brevveksling som har funnet sted mellom ESA og Regjeringen, som har endt med at Regjeringen har varslet at den ønsker å slåss for å beholde forskriften. Det er videre varslet at denne slåsskampen skal foregå i en dialog med ESA, jf punkt 2 nedenfor. Deretter skal jeg forsøke med som spåmann om forskriftens videre skjebne, jf punkt 3 nedenfor.

2. ET GRAVSKRIFT

15. juli 2009 åpnet ESA en formell undersøkelse mot Norge basert på en hypotese om at forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter var i strid EØS-avtalen.² ESAs foreløpige syn var at forskriften ikke var i overensstemmelse med utsendingsdirektivet og heller ikke i overensstemmelse med reglene om fri flyt av tjenester slik EF-domstolen hadde tolket disse i sak C-346/06 (Rüffert). ESAs analyse av forskriften var todelt; først var problemstillingen om forskriften var i overensstemmelse med utsendingsdirektivet³ og Rüffert-saken, og dernest om forskriften var i strid med EØS-avtalens artikkel 36. Den norske forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter gjelder ikke spesifikt for utsendte arbeidstakere. Det er imidlertid ikke tvilsomt at forskriften vil ha betydning for en

* Synspunktene i artikkelen står for forfatterens egen regning.

¹ Se *Arbeidsrett* nr 1/2008 side 53-60 og *Arbeidsrett* nr 1/2009 side 46-49.

² Letter of formal notice 15. July 2009; Dec. NO: 333/09/COL.

³ Dir 96/71/EC.

utenlandsk tilbyder av tjenester eller bygg og anlegg – hvor han tar med seg utenlandske arbeidstakere til Norge for en kortere periode for å utføre oppdraget.⁴

Utsendingsdirektivet oppstiller som kjent nærmere krav hvordan statene skal gå frem – formkrav om man vil - for å sikre utsendte arbeidstakere beskyttelse etter vertsstatens regler. Dertil oppstiller direktivet en uttømmende liste over hvilke materielle regler vertsstaten skal gjøre gjeldende overfor de utsendte arbeidstakerne, ofte kalt ”katalogen”, ”listen” eller ”den harde kjerne”.⁵ Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom arbeidsmiljøloven § 1-7 og forskrift om utsendte arbeidstakere.⁶

ESAs utgangspunkt var at forskriften § 5 (1) var temmelig lik den tyske bestemmelsen som var tema i Rüffert-saken. Forskriften § 5 (1) lyder:

”Oppdragsgiver skal i sine kontrakter stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Dette gjelder også for arbeid som skal utføres i utlandet”.

Etter ordlyden i bestemmelsen åpnes det for to alternative løsninger for å fastsette de nærmere kravene til lønns- og arbeidsvilkårene. Enten må oppdragsgiveren kreve at tilbyderne skal følge en landsomfattende tariffavtale, ellers må oppdragsgiver kreve det nivå som måtte være normalt for vedkommende sted og yrke. For oppdrag innen segmentet ”bygg og anlegg” i anskaffelsesforskriftens⁷ virkeområde vil dette for alle praktiske formål være uproblematisk; her foreligger det en allmenngjøringsforskrift som gjelder for alt ”byggningsarbeid på byggeplasser”, jf forskriften § 2 (1).⁸ Oppdragsgiver kan derfor i konkurransegrunnlaget for anskaffelser av bygg og anlegg vise til at leverandørene må følge allmenngjøringsforskriften byggeplasser i Norge.⁹ Forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter vil derfor først og fremst være problematisk i forhold til tjenesteytelser over landegrensene.

Rüffert-saken gjaldt regler for tildeling av offentlige kontrakter i den tyske delstaten Land Niedersachsen. Den aktuelle lovbestemmelsen krevde blant annet at offentlige kontrakter bare skulle kunne tildeles tilbydere som skriftlig påtok seg en forpliktelse til å betale sine ansatte minst den lønn som var fastlagt i en anvendelig tariffavtale. Domstolen fastslo først at fremgangsmåten for å fastsette minimumslønn ikke var i overensstemmelse med de formkrav som fulgte av utsendingsdirektivet, jf direktivets artikkel 3 nr 1. Dertil påpekte domstolen at den aktuelle tariffavtalen uansett ikke var allmenn gyldig – all den tid den bare var gjort gjeldende for byggearbeider i offentlig sektor og ikke for tilsvarende byggearbeider i privat sektor, jf direktivets artikkel 3 nr 8. På denne bakgrunn konkluderte domstolen med at kravet om en skriftlig garanti om betaling av tarifflønn utgjorde en restriksjon etter EF- traktatens artikkel 49 (tilsvarende EØS-avtalens artikkel 36), og at denne restriksjonen ikke kunne forsvares ut fra hensynet til beskyttelse arbeidstakerne.

⁴ Jeg minner kort om at virkeområdet for forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er begrenset til henholdsvis ”tjenester” og ”bygg og anlegg”, mens reglene om offentlige anskaffelser også gjelder for ”varer”.

⁵ Se f eks Stein Evju, *Arbeidsrett i møte med Europa*, Kritisk Juss 2009 side 244-270 på side 254.

⁶ FOR 2005-12-16 nr 1566.

⁷ FOR 2006-04-07 nr 402.

⁸ FOR 2008-10-06 nr 1121 – forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

Forutsetningen for min hypotese om at det vil være ”uproblematisk” innen bygg og anlegg er selvsagt at selve allmenngjøringsforskriften for byggeplasser i Norge er i overensstemmelse med EØS-avtalens artikkel 36. Det har jeg ikke vurdert nærmere her.

⁹ Denne forskriften fastsetter i kapittel II eksplisitte krav til blant annet lønnsnivået.

ESAs standpunkt var i realiteten at den norske forskriften verken oppfylte utsendingsdirektivets fremgangsmåte for fastsettelse av minstelønn og uansett var i strid med EØS-avtalens artikkel 36. *For det første* oppstilte forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter selv ingen eksplisitt minstelønn, men overlot den faktiske fastsettelsen til oppdragsgiverne etter anskaffelsesreglene. En slik fremgangsmåte er ikke i overensstemmelsen med kravene til fremgangsmåte i utsendingsdirektivet artikkel 3 nr 1. *For det annet* er virkeområdet for forskriften begrenset til offentlige kontrakter, mens private (anbuds-)kontrakter faller utenfor. I praksis innebærer dette for eksempel at utenlandske renholdsarbeidere som rengjør et bygg eid eller drevet av en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesreglene ville være sikret det som er ”normalt”, mens de samme renholdsarbeiderne ikke ville sikret de samme ”normale” vilkårene når det litt senere på dagen utførte samme renholdsarbeidet på naboeiendommen som var eid av et privat selskap.

Regjeringen tok til motmæle mot ESAs standpunkt i et tilsvare forelå 15. oktober 2009.¹⁰ Regjeringen førte tre argumentasjonslinjer til støtte for at forskriften ikke var i strid med EØS-retten. *For det første* ble det gjort gjeldende at Rüffert-saken er ikke relevant for vurderingen av den norske forskriften på grunn av forskjeller i så vel faktum som jus. *For det annet* ble det anført at anskaffelsesreglene åpnet for at oppdragsgivere kunne ta sosiale hensyn ved gjennomføring av anskaffelser og at utsendingsdirektivet ikke var ment å begrense denne adgangen. *For det tredje* ble det påpekt at Norge – i motsetning til Tyskland – var bundet av ILO-konvensjon nr 94 som oppstiller krav til lønns- og arbeidsvilkår ved gjennomføring av anskaffelser. Hensett til hvordan saken har utviklet seg etter Regjeringens tilsvare, jf punkt 3 nedenfor, er det ikke nødvendig å redegjøre mer utfyllende for Regjeringens argumenter. Den samme utvikling gjør også at jeg kan foreslå følgende gravskrift til forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter:

*Her hviler en forskrift
Hvis tanke var god, men gjennomføring slett
- og i strid med EØS-rett*

3. SPÅDOMMEN

I en pressemelding fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet 16. desember 2009, ble det kunngjort at regjeringen ville ”slåss” for å beholde forskriften, samtidig som man varslet et ønske en dialog med ESA.¹¹ Rent bokstavelig tolket kan det tenkes at byråkratene i Brussel blir noe forvirret – skal man forberede seg på kollokvium eller konfrontasjon?

Pressemeldingen er imidlertid politikk – og avkledd all politisk tilsløring – står det i realiteten at Regjeringen gir seg. I rettslig forstand hadde Regjeringen nemlig nå en gyllen anledning til å ”slåss” for sitt syn på EØS-retten ved å stå på sitt standpunkt om at forskriften var forenlig med EØS-retten. Det ville det antakelig være duket for en durabelig slåsskamp – i EFTA-domstolen. Denne slåsskampen ønsket imidlertid ikke Regjeringen – de satser på dialog i stedet.

¹⁰ Brev fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet 15. oktober 2009 – referanse 200801388.

¹¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/aktuelt/nyheter/2009/dialog-for-a-beholde-forskrift-mot-sosia.html?id=588700>

ESAs innvendinger mot forskriften går på dens forutberegnelighet og klarhet. Forskriften oppstiller ingen eksplisitte krav til minimumslønn. Jeg antar derfor at dialogen må gjelde hvordan staten gjennom forskriften kan oppstille klare krav til minimumslønn.¹² Etter mitt skjønn foreligger det bare to alternativer. Man kan enten fastsette en minstelønn gjennom lovgivningen eller satse på flere allmenngjøringsvedtak. Det første er innen politikernes rekkevidde gjennom lovgivning, det andre er delegert til Tariffnemnda - og i praksis partene i arbeidslivet, jf allmenngjøringsloven §§ 3 og 4. En lovbestemt minstelønn ble diskutert som et mulig virkemiddel i forbindelse med at Norge ble med i EØS-samarbeidet. Forlaget ble imidlertid trukket og i stedet etablerte man ordningen med allmenngjøring gjennom Tariffnemnda.¹³ Dertil kommer at innføring av minstelønn er politisk kontroversielt og vil gripe inn i den tradisjonelle metodikk for lønnsdannelsen i Norge. Dette alternativet er derfor ikke et lett alternativ å velge for politikerne. Alternativet med mer allmenngjøring er prinsipielt sett innen rekkevidde gjennom Tariffnemnda. Så langt har praksis fra nemnda imidlertid vært at det er partene i arbeidslivet som begjærer allmenngjøring, men nemnda har hjemmel til å treffe vedtak av eget tiltak dersom allmenne hensyn krever det, jf allmenngjøringsloven § 4 siste ledd.

Min spådom er at det vil være vanskelig å få en dialog med ESA om dette. ESA har ingen diskresjonær kompetanse til å akseptere norske ønsker. ESAs oppgave er tvert om å overvåke at Norge overholder sine rettslige forpliktelser etter EØS-avtalen. Til slutt et siste hjertesukk: Det fremgår ikke av pressemeldingen hvordan oppdragsgivere og leverandører skal forholde seg til forskriften om lønns- og arbeidsvilkår frem til dialogen er avsluttet. Det kunne Regjeringen med fordel ha avklart. Etter mitt skjønn er forskriften ugyldig, hvilket i dette tilfelle innebærer at oppdragsgivere og leverandører kan se bort fra forskriftens krav.

¹³ Se nærmere om forlaget i Ot prp nr 26 (1992-1993) punkt 2.1