

EFTA Surveillance Authority
Rue Belliard 35
B-1040 Brussels
Belgium
registry@eftasurv.int

Oslo, 17. april 2023

KLAGE
TIL
EFTAS OVERVÅKNINGSORGAN (ESA)

Klager: SMB Norge
Prosessfullmektig: Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig

Saken gjelder: Klage på forbudet mot innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid i Oslo, Viken og tidligere Vestfold samt på opphevelse av adgangen til å leie inn arbeidstakere ved arbeid av midlertidig karakter. Forbudet anses som stridende mot EØS-avtalen, vikarbyrådirektivet og organisasjonsfriheten etter den Europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 11 fordi bedrifter og ansatte tvinges inn i tariffavtaler store fagforeninger som LO-forbundene for å få lov til å leie inn ansatte.

* * * * *

1 SMB NORGE OG BEGRUNNELSEN FOR KLAGEN

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig representerer SMB Norge. SMB Norge er en interesse- og arbeidsgiverorganisasjon for små og mellomstore bedrifter i Norge. SMB Norge ble etablert i 1992 og har i dag ca. 5 500 medlemmer over hele landet. SMB Norge arbeider i hovedsak med å ivareta de mindre bedriftenes interesser og levevilkår. Medlemsbedriftene spenner over de fleste bransjer, herunder bygg/anlegg, varehandel, industri og faglig- teknisk tjenesteyting. SMB Norge ivaretar bedrifter spredt over hele landets større og mindre steder, og har regionsforeninger i Nord-Norge, Midt-Norge, Vest-Norge, Sør-Norge, Øst-Norge, samt Oslo og Akershus. Organisasjonen arbeider

således tett på sine medlemmer og kjenner til, og forsøker å løse, de utfordringer som de har. De gjennomslag som LO nå har fått siste året, med en rekke endringer i arbeidsmiljøloven til bedriftenes ugunst, har skapt problemer for SMB Norges medlemmer, og særlig det anslag som nå er gjort mot norske bemanningsforetak. Dette rammer virksomheten til de medlemmene som tilbyr vikarer, men ikke minst de bedrifter som er helt avhengig av bemanningsforetakene.

a) Det absolutte forbudet mot innleie i bygg- og anleggsbransjen fra 01.04.23 i Oslo, Viken og tidligere Vestfold rammer hardt fordi det er unødvendig omfattende og inngripende, og omfatter til og med innleie av sykevikarer.

b) Den generelle innstrammingen i innleieadgangen fra 01.04.23 rammer medlemmene i SMB Norge særlig hardt fordi de som hovedregel ikke har tariffavtale med stor og landsdekkende fagforening, som LO-forbundene, som nå er blitt kravet for å kunne leie inn fra bemanningsforetak. SMB Norges medlemmer i distriktene har særlig vansker med å få rekruttert kompetent personell, særlig ved midlertidig behov, og er helt avhengig av bemanningsforetakene. Disse kan nå bli nødt til å be sine ansatte melde seg inn i et LO-forbund for å få lov til å leie inn ansatte, noe som må anses å være i strid med organisasjonsfriheten i Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 11. De ansatte tvinges til å organisere seg, og bare i store forbund som LO-forbundene, for at bedriften skal få kunne leie inn ansatte og drive hensiktsmessig. Dette har vært et uttalt formål med regjeringens innstramning ifølge lovproposisjonen.

2 INNSTRAMMINGENE I INNLEIEREGLENE

Følgende innstramminger som er innført fra 01.04.23 klages over:

1. I forskrift om innleie fra bemanningsforetak § 4 er det nå innført at “[i]nnleie fra bemanningsforetak til byggearbeid på byggeplasser i Oslo, Viken og tidligere Vestfold er ikke tillatt”. Det er følgelig innført et totalforbud mot innleie i byggebransjen i dette geografiske området. SMB Norge er av den oppfatning at dette totalforbudet er i strid med EØS-retten, da forbudet er uforholdsmessig og ikke forfølger et legitimt formål.¹
2. Adgangen til å leie inn ansatte fra bemanningsbyrå er innskrenket til at det ikke lenger er mulig å leie inn arbeid til midlertidige ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-12. Innleier kan nå bare leie inn ved reelle vikariater, og noen andre mindre unntak. Det kan kun gjøres unntak fra dette dersom bedriften er medlem i en landsdekkende fagforening med over 10 000 medlemmer, jf. aml. § 14-12 (2). SMB Norge er av den oppfatning at også denne innstrammingen er i strid med EØS-retten, herunder representerer den en uforholdsmessig begrensning i etableringsfriheten, samt retten til fri bevegelse av tjenester og personer. I tillegg utgjør innskrenkningen et brudd på organisasjonsfriheten etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 11.²

3 KLAGE PÅ FORBUD MOT INNLEIE FRA BEMANNINGSFORETAK TIL BYGNINGARBEID PÅ BYGGEPLASSER I OSLO, VIKEN OG TIDLIGERE VESTFOLD

3.1 Totalforbudet på byggeplassene er i strid med Vikarbyrådirektivet

Regler i EØS-avtalen som er implementert i norsk lov er av høyere rang enn annen norsk lovgivning, og skal ved konflikt gå foran slik lovgivning, jf. EØS-loven § 2. Det følger av forskrift om bemanningsforetak

¹ Se vikarbyrådirektivet artikkel 4 og Case C-254/04 - kommisjonen v Belgia, artikkel 36 og sitert rettspraksis

² Se EØS-avtalens artikkel 28 og 31. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har blant annet i EMDs dom 11. januar 2006, Sørensen og Rasmussen mot Danmark og EMDs dom 27. april 2010 Vordur Olafsson mot Island anerkjent og utviklet organisasjonsfrihetens negative side.

§ 4 at "innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid på byggeplasser i Oslo, Viken og tidligere Vestfold er ikke tillatt". Regjeringen begrunner innskrenkningen i at omfanget av innleie i byggebransjen er betydelig større i Oslo-området enn i resten av landet.³

EUs vikarbyrådirektiv, som er en del av EØS-avtalen, ble vedtatt i 2008. Etter direktivets artikkel 2, har direktivet et todelt formål. Formålet er dels å beskytte arbeidstakere i vikarbyråer ved likebehandling, og dels å støtte den positive rolle som vikarbyråer kan bidra til ved å sikre fleksibilitet i arbeidsmarkedet. Også fortalen til direktivet stadfester i stor grad et positivt syn på innleie fra bemanningsforetak. Direktivet anerkjenner følgelig vikarbyråer som anstendige arbeidsgivere.

Et totalforbud er følgelig i strid med det doble formålet og balansen i vikarbyrådirektivet, da det eliminerer all innleie fra bemanningsforetak innenfor en hel bransje. I tillegg vil det bransjespesifikke forbudet gjøre det vanskeligere for utenlandske aktører/bemanningsforetak å tilby innleie av arbeidskraft på det norske markedet, og vil derav kunne være strid med EØS-avtalens restriksjonsforbud.

Et slik forbud kan kun ilegges dersom formåls og forholdsmessighetsprinsippet i EU/EØS-retten er ivaretatt. Det kan ikke finnes et bedre alternativ til tiltaket, herunder kreves en svært god begrunnelse, og at behovet for tiltak er grundig dokumentert.⁴

Vikarbyrådirektivet artikkel 4 (1) fastsetter at formålet med restriksjoner må være begrunnet i: "almene hensyn til især beskyttelse af vikaransatte og krav til sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen eller i behovet for at sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbrug." Reglene må altså for å være gyldige begrunnes i et legitimt formål, det vil si vern av vikarer (helse og sikkerhet) og et velfungerende arbeidsmarked.

SMB Norge kan ikke se at endringene tilfredsstiller disse kravene. Dette redegjøres for under.

3.2 Totalforbudet er ikke formåls- og forholdsmessig

3.2.1 Ikke tilstrekkelig bevist at det nye regelverket understøtter rettighetene i artikkel 4(1)

Arbeidstilsynet viser i sin tilsynsrapport som er særlig innrettet mot virksomhet innen bygg- og anlegg til at innleide i mange tilfeller har bedre vilkår enn de fast ansatte i virksomheten de er leid inn til. I tillegg vises det til at hovedinntrykket er at hensynet til likebehandling ivaretas.⁵ Disse funnene peker på et totalforbud ikke kan begrunnes i "allmenne hensyn".

Departementet henviser i forarbeidene til at beskyttelse av arbeidstakere generelt er anerkjent som et legitimt allment hensyn, uten å vise til hvorfor og hvordan dette gjøres konkret gjeldende i det norske arbeidsmarked i tilstrekkelig tungtveiende grad. Forarbeidene tar ikke inn over seg de forpliktelser som Norge har som følge av Vikarbyrådirektivet.

Videre synes også departementet å vektlegge den høye graden av arbeidsinnvandring på området, og anfører at dette har negative konsekvenser for bransjen.⁶ Proteksjonistiske hensyn er ikke å anse som

³ Prop. 131 L (2021-2022), punkt 6.4.2 Innleie til byggenæringen

⁴ Case C-254/04 - kommisjonen v Belgia, artikkel 36 og sitert rettspraksis

⁵ Arbeidstilsynet har etablert en nasjonal aktivitet kalt innleieprosjektet, hvor arbeidstilsynet har ført tilsyn med ulovlig innleie i alle bransjer rettet mot bemanningsforetak og virksomheter som leier inn arbeidskraft. Rapporten:

<https://www.arbeidstilsynet.no/contentassets/2fe781cd9b0e43a4924308b5aaf7f72b/arbeidstilsynet-innleieprosjekt---sluttrapport.pdf>

⁶ Prop. 131 L (2021-2022), punkt 3.6 - konsekvenser av innleie for arbeidsforhold, arbeidsmiljø, organisering og sysselsetting

et allment hensyn som kan begrunne en restriksjon i EU-retten.⁷ Tiltaket vil altså kunne komme i strid med retten til fri bevegelighet av arbeidskraft i EØS-avtalens artikkel 28 og 31. Dette tilsier at det må foreligge en ekstra god dokumentasjon og begrunnelse for at et slikt forbud skal anses proporsjonalt.

Etter dette er SMB Norge av den oppfatning at det nye regelverket ikke i tilstrekkelig grad understøtter rettighetene i art. 4(1).

3.2.2 *Mindre inngripende tiltak er ikke vurdert, og tiltaket er ikke forholdsmessig*

Da et slikt totalforbud som i det foreliggende er svært inngripende, er kravet om vurdering av mindre inngripende tiltak særlig strengt. Det kan med andre ord ikke finnes et bedre alternativ enn tiltaket. Til tross for dette omtaler høringsbrevet i sin EØS-rettslige vurdering ikke et eneste alternativt tiltak, og overlater til høringsinstansene å komme med forslag. Departementet skriver imidlertid i forarbeidene at de har vurdert alternative tiltak etter innspill, men avslår disse uten å underbygge hvorfor.⁸ I tillegg skriver også regjeringen i høringsnotatet at reglene er “det strengeste virkemiddelet for å få bukt med uønsket innleie.⁹ Dette viser tydelig at det ikke bare er unnlatt å benytte mindre inngripende tiltak – det synes ikke en gang som at de har vurdert dem konkret. I forlengelsen av dette bemerkes det at det ikke er tilstrekkelig konkret å henviser til forbudet mot vikararbeid i byggenæringen i Tyskland.

Det skjedde en betydelig reduksjon i innleie i byggebransjen på hele 34 prosent fra 2018 til tredje kvartal 2021. Regjeringen mener at reduksjonen kom av at arbeidsmiljøloven i 2019 endret loven slik at tariffavtaleunntaket kun gjaldt for fagforeninger med minst 10 000 medlemmer. Etter SVW sitt syn synes det ikke proporsjonalt å innføre et såpass inngripende tiltak som det et totalforbud er uten at man først ser an den videre effekten av endringene. SSBs statistikk for bransjen viser videre at arbeidstakere som leies ut fra bemanningsforetak utgjør om lag 1,7 til 1,9 prosent av årsverk og lønnskakere i 2019.^{[COB]10}. Dette underbygger ytterligere at adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak ikke benyttes i så stor grad at det er nødvendig med så strenge innstramminger. Det bemerkes også at forbudet vil gå særlig hardt utover de mindre bedriftene i de mer grisgrendte delene av Viken.

Etter dette er SMB Norge av den oppfatning at totalforbudet er mer inngripende enn nødvendig, herunder at alternative tiltak ikke er tilstrekkelig dokumentert eller vurdert. SMB Norge er dermed av den oppfatning at forbudet er traktatstridig.

4 KLAGE PÅ OPPHEVELSE AV ADGANGEN TIL INNLEIE VED ARBEID AV MIDLERTIDIG KARAKTER FOR BEDRIFTER UTEN TARIFFAVTALE MED STORE FAGFORENINGER

SMB Norge er av den oppfatning at opphevelsen av adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter er ulovlig, da opphevelsen er i strid med EØS-avtalen, herunder EUs vikarbyrådirektiv, samt retten til fri flyt av arbeidskraft og den frie etableringsadgangen. Dette punktet bygger videre på det ovenstående hvor flere av argumentene ovenfor vil gjøre seg gjeldende nedenfor. Vurderingene av formål og forholdsmessighet i punkt 3 gjelder dermed så langt de passer.

Konsekvensen av at adgangen til innleie til arbeid av “midlertidig karakter” nå er fjernet innebærer i praksis at arbeidsgivere ikke lenger kan leie inn fra bemanningsforetak når det foreligger midlertidig arbeidskraftsbehov, for eksempel ved sesongbehov, eller andre arbeidstopper. Lovendringen innebærer at innleie stort sett er begrenset til rene vikarsituasjoner. En konsekvens av dette tiltaket er at bedriftene i SMB Norge ikke lenger kan gjennomføre sine oppgaver. For en liten eller mellomstor bedrift uten en

⁷ Se bla. Sejersted mfl. EØS, 3. utgave, 2011, side 448

⁸ Prop. 131 L (2021-2022), punkt 6.4.2 - innleie til byggenæringen

⁹ FINN HØRINGSUTTALELSEN

¹⁰ Analysert statistikk fra SSB er hentet fra NHO sitt hørings svar til endringer i regelverket for inn- og utleie fra bemanningsforetak. SSB (Statistisk sentralbyrå) er hovedmyndigheten for utarbeiding og formidling av offisiell statistikk i Norge.

form for HR-avdeling vil lovendringen gjøre det særlig vanskelig å anskaffe kompetent arbeidskraft. Særlig gjelder dette bedriftene i distriktene. For slike bedrifter vil det være mye lettere å henvende seg til bemanningsbyråer som kan tilby kompetent arbeidskraft raskt, som igjen vil gjøre det mulig for bedriftene å oppfylle sine forpliktelser. Dette er ikke lenger mulig når adgangen til innleie av arbeid av "midlertidig karakter" er opphevet.

4.1.1 *Innskrenkningen er ikke forholdsmessig*

Da Norge implementerte vikarbyrådirektivet vurderte lovgiver om de gjeldende reglene i aml. § 14-12 kunne opprettholdes. Resultatet var at reglene i aml. § 14-12 kunne opprettholdes med den EØS-rettslige begrunnelse at reglene begrenset bruken av bemanningsbyråer til midlertidig arbeid, noe som gjorde at man fremmet faste ansettelser. I tillegg var opprettholdelse av reglene begrunnet i at man anerkjente bemanningsforetakenes rolle på arbeidsmarkedet. Ved å oppheve adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter vanskeliggjør man bruk av bemanningsforetak i Norge. Sett i lys av begrunnelsen ved implementeringen av vikarbyrådirektivet kreves det gode grunner til å oppheve denne adgangen.

Som nevnt ovenfor i punkt 3.1 og 3.2.2 er det et strengt krav til begrunnelse dersom man skal gjøre innskrenkninger i de fire friheter etter EØS-retten som her berøres ved lovendringen. I Prop.131 L (2021-2022) pkt. 14.3 begrunnes lovendringen med det formål å redusere bruken av innleie, og bidra til "å sikre et velfungerende arbeidsmarked". Videre uttales det at departementet viser til at "det er grunn til å tro at flere virksomheter leier inn arbeidstakere i større omfang enn det loven gir grunnlag for". Dette utsagnet blir imidlertid ikke bygget opp av noen form for statistikk, eller er grunnlagt noe nærmere. Sett i lys av kravet til begrunnelse etter EØS-retten kan dette ikke anses som en tilfredsstillende begrunnelse. Det kan synes som at endringene er gjort på bakgrunn av et politisk ønske fremfor en utvikling på arbeidsmarkedet som tilsier endrede regler.

I Prop. 131 L (2021-2022) s. 32 viser departementet til at det vil være mulig å leie inn arbeidstakere i vikartilfellene, eller å inngå tidsbegrenset avtale om innleie med de tillitsvalgte etter § 14-12 andre ledd. En ønsket virkning er ifølge forarbeidene å bidra til økt utbredelse av fagorganisering og tariffavtaler. Praksis i små og mellomstore bedrifter er gjennomgående at deres ansatte ikke er eller vil være organiserte. Dette har en side til den europeiske menneskerettskonvensjonen, jf. punkt 4.1.2. Små og mellomstore bedrifter synes således ikke hensyntatt i vurderingen, hvilket taler mot at det er gjort en forsvarlig vurdering.

Lovendringen har også en side til den frie etableringsadgangen i EØS-landene. Et resultat av lovendringen er at markedet for bemanningsbyråer for alle praktiske formål blir kraftig redusert. Dette er ikke vurdert i lovforarbeidene. Som nevnt ovenfor, stilles det krav til at man foretar en forsvarlig og grundig vurdering av alle sider av en sak. Dette kravet kan ikke anses tilfredsstillende da forholdet til retten til fri etablering ikke er berørt.

Av vikarbyrådirektivet artikkel 2 fremgår det to hovedformål. Det første er å sikre vern av vikarer og å forbedre kvaliteten på vikararbeid ved å sikre at prinsippet om likebehandling anvendes på vikarer og ved å anerkjenne vikarbyråer som arbeidsgivere. Det andre formålet er at det skal opprettes egnede rammer for bruk av vikararbeid sikre på å bidra effektivt til å skape arbeidsplasser og utarbeide fleksible arbeidsformer.

Som nevnt ovenfor vil den lovendringen som trer i kraft nå slå bein under det andre formålet. Dette doble formålet synes ikke være hensyntatt, da innleie omtales som noe som bør reduseres mest mulig, eller elimineres.

Hva gjelder forholdsmessighetsvurderingen av en restriksjon er det sentralt at dette må vurderes i lys av en kontekst. Ved implementeringen av vikarbyrådirektivet, valgte Norge å supplere direktivets regler med flere andre regler for å beskytte arbeidstakerne. Arbeidstilsynet fikk i 2020 påleggskompetanse for

å styrke håndhevingen av reglene i aml. § 14-12 første til tredje ledd. Videre er det av betydning at departementet har foreslått å gjeninnføre reglene for kollektiv søksmålsrett for fagforeninger, jf. høringsnotat 2. november 2021. Departementet peker på at en gjeninnføring av denne adgangen vil bidra til at regelverket etterleves og samtidig redusere de samfunnsmessige uheldige konsekvensene av ulovlig innleie. Av den grunn bør det ikke innføres nye regler før effekten av disse tiltakene er målbare.

Videre bærer lovendringen preg av å være hastverk, da lovgiver selv uttaler at de må følge opp tiltakene videre. Når man gjennomfører en restriksjon av denne art som har så store innvirkninger for arbeidsmarkedet, er det grunn til å kreve grundige vurderinger av hvordan lovendringen vil virke for de som blir påvirket av tiltaket. Som nevnt ovenfor synes små og mellomstore bedrifter ikke hensyntatt i vurderingene som er gjort før ikrafttredelsen av lovendringene. På bakgrunn av mangelfulle vurdering kan tiltaket således ikke anses som en forholdsmessig restriksjon.

4.1.2 *Innskrenkningen er i strid med EMK artikkel 11*

I aml. § 14-12 (2) følger det et unntak til forbudet mot innleie av arbeid av midlertidig karakter. Unntak kan gjøres dersom bedriften er bundet av tariffavtale med en stor fagforening (forening med instillingsrett), som LO-forbundene, og dersom tillitsvalgte fra foreningen er villig til å avtale innleie. De har fått fullstendig vetorett på dette området, og kan bruke denne veto retten helt vilkårlig og etter eget forgodtbefinnende. Er de for eksempel imot bemanningsforetak, kan de motsette seg innleie uten nærmere begrunnelse. Innleie etter avtale med tillitsvalgte i praksis uten betydning for små og mellomstore bedrifter, herunder alle bedriftene i SMB Norge, fordi de ikke har tariffavtaler med store fagforeninger og heller ikke ønsker det. For dem er dermed innskrenkningene blitt et forbud mot bruk av bemanningsforetak.

Dette har som nevnt også side til organisasjonsfriheten i EMK art. 11. Organisasjonsfriheten omfatter retten å velge organisasjon eller til ikke å være en del av en organisasjon.¹¹ Dersom bedrifter i SMB Norge ønsker å benytte seg av unntaket er deres ansatte nødt til å organisere seg i store forbund som LO-forbundene. Unntaket står dermed i et spenningsforhold både den positive og den negative organisasjonsfriheten fordi ansatte ikke kan organisere seg i små fagforeninger, men må gå inn i store fagforeninger, som LO-forbundene for å kunne inngå innleieavtaler. Dette spenningsforholdet eller forholdet til menneskerettighetene for øvrig, synes ikke behandlet av departementet i verken høringsnotatet eller forarbeidene. Det legges etter dette til grunn at inngrepet i organisasjonsfriheten ikke er forholdsmessig og at EMK art 11 også er av betydning ved tolkingen av EØS-retten og vikarbyrådirektivet. Alle EFTA og EU-landene er bundet av EMK, og således en del av grunnlaget ved inngåelsen av EØS-avtalen.

Et resultat av opphøret av adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter er således at små og mellomstore bedrifter i praksis får et absolutt forbud mot innleie av arbeid av midlertidig karakter da de ikke kan nyttiggjøre seg av det nevnte unntaket i aml. § 14-12 (2).

5 **OPPSUMMERING**

SMB Norge anfører at totalforbudet for innleie i byggebransjen i Oslo, Viken og gamle Vestfold, og den generelle innstrammingen i adgangen til innleie ved midlertidig behov er i strid med EØS-avtalen, herunder Vikarbyrådirektivet, samt organisasjonsfriheten etter EMK artikkel 11. Restriksjonene hindrer fri bevegelse av arbeidskraft, og etablering av bemanningsforetak, og er et uforholdsmessig inngrep. Når bedrifter tvinges til å skaffe seg tariffavtale med store fagforeninger, som LO-forbund for å kunne leie inn arbeidstakere, vil dette i neste omgang bli et press mot ansatte om å melde seg inn i store fagforeninger. Dette hindrer en organisasjonsfrihet som tidligere har vært tatt for gitt.

¹¹ Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har blant annet i EMDs dom 11. januar 2006, Sørensen og Rasmussen mot Danmark og EMDs dom 27. april 2010 Vordur Olafsson mot Island anerkjent og utviklet organisasjonsfrihetens negative side.

Oslo, 17. april 2023

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig

**Nicolay Skarning
Advokat (H)
SVW-Arbeidsrett**

**Jan Magne Langseth
Advokat
SVW- EØS/Konkurranserett**