

Oslo Tingrett
C. J. Hambros plass
0164 Oslo

Oslo
3. mars 2025

**AMICUS CURIAE
STØTTESKRIV
TIL
OSLO TINGRETT**

Saksnummer: 23-130279TVI-TOSLO/02
Sakens parter: Bygg & Industri Norge AS mfl. mot Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet

1 INNLEDNING

Det vises til Oslo tingretts sak med saksnummer 23-130279TVI-TOSLO/02. Saken er reist av en rekke bemanningsforetak og gjelder krav om erstatning for brudd på EØS-avtalen og Vikarbyrådirektivet.

Bakgrunnen for søksmålet er endringen av arbeidsmiljøloven («aml.») § 14-12 første ledd, og innføringen av forbudsbestemmelsen i § 4 i forskrift om innleie fra bemanningsforetak («bemanningsforetaksforskriften»), i 2023. Disse har reist spørsmål om forholdet til EØS-retten og hvorvidt de er i strid med EØS-avtalen artikkel 28, 31 og 36, samt Vikarbyrådirektivet artikkel 4. Utfallet vil være av vesentlig betydning for både bemanningsbransjen og små- og mellomstore bedrifter, da disse påvirkes i stor grad av endringene i innleieregelverket. Således reiser saken spørsmål av allmenn interesse.

Formålet med dette støtteskrivet er å belyse disse spørsmålene. I en viss utstrekning er dette allerede foretatt ved ESA sitt åpningsbrev av 19. juli 2023 og EFTA-domstolen sin sak E-2/24. Førstnevnte slår kontant fast at endringene i innleieregelverket er i strid med Vikarbyrådirektivet artikkel 4 og EØS-avtalen artikkel 31. SMB Norge deler denne oppfatningen, men vil samtidig inngi sine selvstendige synspunkter knyttet til sakens hovedspørsmål, da dette faller i kjernen av organisasjonens formål og faktiske virkeområde.

I den forbindelse vises det til at SMB Norge er en landsdekkende interesseorganisasjon for små- og mellomstore bedrifter. Over 5 000 bedrifter er medlem av organisasjon og en helt sentral del av organisasjonens virksomhet er å søke å påvirke politiske beslutninger til fordel for medlemmene. Det omfatter naturligvis lovendringer, slik som denne saken omhandler.

2 KORT OM ENDRINGEN AV ARBEIDSMILJØLOVEN § 14-12 FØRSTE LEDD

Det tradisjonelle utgangspunkt har vært at adgangen til innleie og midlertidig ansettelse vært underlagt den samme rettslige reguleringen, hvilket har vært begrunnet i de klare likhetstrekkene mellom ansettelsesformene og et ønske om å unngå omgåelser av reglene om midlertidig ansettelse, se Prop.74 L (2011-2012) side 43:

«Hovedbegrunnelsen for å ha samme vilkår for innleie som for midlertidig ansettelse, er at innleie og midlertidig tilsetting ofte vil være alternative tilknytningsformer. En vesentlig videre adgang til å leie inn arbeidskraft enn til å ansette arbeidstakere midlertidig, er antatt å kunne lede til omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse.»

I 2023 ble imidlertid arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd endret. Endringen innebar at adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter ble fjernet. De ovennevnte regelsettene var dermed ikke lenger i samsvar og lovgiver fremhevet det følgende i Prop.131 L (2021-2022) side 23:

«Formålet med en slik innstramming i innleieregelverket er blant annet å hindre at innleie fortrenger faste ansettelser ved at virksomhetene baserer et permanent bemanningsbehov på innleie, samt å gjøre regelverket enklere å praktisere og håndheve.»

Den tilsvarende begrunnelsen gjentas på side 63 i Prop.131 L (2021-2022), hvor det fremgår at formålet var å «begrense bruken av innleie», da dette ble forutsatt at kunne fortrenge «fast og direkte ansettelse».

Slik det vil fremgå nedenfor, og som fastslått av ESA i sitt åpningsbrev av 19. juli 2023, er det imidlertid en rekke forhold ved lovgiver sin begrunnelse som spriker: For det første fremstår det i seg selv inkonsekvent at innleieadgangen og adgangen til midlertidig ansettelse reguleres ulikt, når lovgiver samtidig argumenterer for at disse må reguleres likt for å forhindre omgåelser.

For det andre er det vanskelig å se at en begrensning i bruken av innleide arbeidstakere skal bidra til flere faste ansettelser, da hovedregelen er at arbeidstakeren ansettes fast i bemanningsforetakene. Heller ikke er det lett å se årsakssammenhengen mellom det å fjerne muligheten for innleie ved arbeid av midlertidig karakter og det å øke antallet faste ansettelser i den utøvende bedriften. Behovet for arbeidskraft til slikt arbeid er nemlig midlertidig, hvilket innebærer at faste ansettelser sjeldent vil være et praktisk og aktuelt alternativ.

I forlengelsen av dette er imidlertid helsesektoren unntatt begrensningene i aml. § 14-12 første ledd, se bemanningsforetaksforskriften § 3 bokstav a. I forhold til andre bransjer er derimot behovet for arbeidskraft, til arbeid av midlertidig karakter, normalt langt mer konstant. En begrensning i adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter i helsesektoren, fremstår derfor i langt større å faktisk kunne bidra til flere faste ansettelser, da dette er et langt mer aktuelt alternativ. Når helsesektoren allikevel ikke er underlagt den samme begrensningen understøtter dette reglernes inkonsekvens, sett i lys av formålet med endringene i innleieregelverket.

I tillegg til dette kommer det, som et generelt trekk, at vurderingene til Arbeids- og inkluderingsdepartementet fremstår av lite grundig og nyanserte karakter. Det kan i den sammenheng vises til at flere av de ovennevnte forhold ble fremhevet under høringsuttalene, blant annet av NHO, uten at det foretas en grundig analyse av disse innspillene, se Prop.131 L (2021-2022) side 24-25.

3 NÆRMERE OM BEMANNINGSFORETAKTSFORSKRIFTEN § 4

Samtidig med endringen av arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd, vedtok Arbeids- og inkluderingsdepartementet § 4 i bemanningsforetaksforskriften med følgende ordlyd:

«Innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid på byggeplasser i Oslo, Akershus, Østfold, Buskerud og Vestfold er ikke tillatt.

Med bygningsarbeid menes

1. oppføring av bygninger,
2. innrednings-, utsmykkings-, og installasjonsarbeid,
3. montering og demontering av prefabrikkerte elementer,
4. riving, demontering, ombygging og istandsetting,
5. sanering og vedlikehold, utenom arbeid som er rutinemessig eller mindre omfattende,
6. graving, sprenging og annet grunnarbeid i tilknytning byggeplass, og
7. annet arbeid som utføres i tilknytning til byggearbeid.

Med byggeplass menes enhver arbeidsplass hvor det utføres midlertidig eller skiftende bygningsarbeid av et visst omfang»

Bestemmelsen oppstiller dermed et geografisk totalforbud mot innleie for byggebransjen knyttet til midlertidig eller skiftende bygningsarbeid av et visst omfang, slik som oppførings- og renoveringsprosjekter. Slik det fremgår av Prop.131 L (2021-202) side 62 er det de samme hensyn, som ved endringen av arbeidsmiljøloven § 14-12, som begrunner forbudet:

«Departementet viser til at formålet med departementets tiltak overordnet er å stimulere til bruk av faste ansettelser, og dermed også legge til rette for organisering og bruk av tariffavtaler i næringen.»

Departementet foretar allikevel ingen nærmere, og nyansert, vurdering av *hvorfor* den bransjemessige og geografiske avgrensningen av forbudet, foruten at bygg- og anleggsbransjen har en «*høyere andel innleie*», se Prop.131 L (2021-2022) side 26.

4 SPØRSMÅLET OM TILTAKENE UTGJØR RESTRIKSJONER ETTER EØS-AVTALEN OG VIKARBYRÅDIREKTIVET

4.1 EØS-AVTALEN ARTIKKEL 28 – FRI BEVEGELIGHET AV ARBEIDSTAKERE

EØS-avtalen artikkel 28 fastsetter at «*[f]ri bevegelse for arbeidstakere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene*». Bestemmelsen tilsvare TEUV artikkel 45 og rettskilder av relevans for artikkel 45, vil dermed også få betydning for forståelsen av artikkel 28.

Hva gjelder bestemmelsens anvendelsesområde, er det en sikker oppfatning at den omfatter personer som søker, eller tar arbeid, i en annen EØS-stat enn den vedkommende er statsborger i, jf. sak 238/83 *Mende*. Slik det fremgår av blant annet C-350/96 *Clean Car Autoservice*, er det allikevel ikke til hinder for at bestemmelsen kan påberopes av arbeidsgiver, slik som et bemanningsforetak,

I likhet med de øvrige grunnfriheter stilles det også krav til at arbeidsforholdet har et grenseoverskridende element, se C-544/11 *Petersen*. Det mest fremtredende eksempelet er når arbeidstaker er statsborger i en annen EØS-stat og benytter seg av den frie bevegelse for å ta arbeid i en annen EØS-stat. At arbeidstakeren har statsborgerskap i vertsstaten utelukker allikevel ikke at bestemmelsen får anvendelse. I disse tilfeller må det foretas en konkret vurdering, hensett til bestemmelsens formål. For en nærmere redegjørelse vises det til Sejersted, mfl., *EØS-rett*, 3 utgave, side 360 flg.

I bemanningsbransjen er det et generelt trekk at arbeidsinnvandrere utgjør en vesentlig del av innleieandelen. Det vises i den sammenheng til Prop.131 L (2021-2022) side 11 hvor følgende fremkommer:

«Det har vært en betydelig vekst i bruken av innleie fra bemanningsforetak de siste tiårene, særlig økte omfanget etter EUs østutvidelse fra 2004. Veksten er i hovedsak blitt drevet av arbeidsinnvandrere fra Øst-Europa. I 2004 hadde om lag 18 prosent av lønnsstakerne i bemanningsbransjen innvandringsbakgrunn. Andelen vokste raskt, og utgjorde 55 prosent i 2017. De fleste kom fra de nye EU/EØS-landene.»

At en rekke bemanningsforetak vil være berettiget til å påberope bestemmelsen, fremstår derfor ikke tvilsomt.

Hva gjelder restriksjonsvurderingen, er det en sikker oppfatning at ikke bare nasjonalbestemt forskjellsbehandling omfattes, men også der tiltaket er egnet til å gjøre det mindre attraktivt å utøve arbeid på en annen medlemsstats territorium, se C-566/15 *Erzberger* avsnitt 33:

“As a result, Article 45 TFEU precludes any national measure which is capable of hindering or rendering less attractive the exercise by Union nationals of the fundamental freedoms guaranteed by that article”.

Uttalelsen forstås på bakgrunn av bestemmelsens formål om å sikre et åpent og fritt arbeidsmarked i EØS-området, hvor den enkelte kan utøve økonomisk virksomhet gjennom sitt arbeid på like vilkår som nasjonale borgere. Den tilsvarende forståelsen legges til grunn i juridisk teori, se Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 3 utgave, side 108.

Heller ikke dette spørsmålet fremstår å være tvilsomt. Bemanningsforetakene bistår nemlig utenlandske arbeidstakere med alt fra transport og bopel til veiledning i forbindelse med den administrative prosessen. Således medvirker bemanningsforetakene til at terskelen, for å ta arbeid i Norge, oppleves vesentlig lavere for utenlandske arbeidstakere. Virkningen av de ovennevnte tiltakene er imidlertid at utenlandske arbeidstakere, for å ta arbeid i Norge, i en rekke tilfeller må ansettes direkte i den utøvende bedriften. Disse har imidlertid ikke de samme tilretteleggingsmulighetene som bemanningsforetakene, og heller ikke det samme kontaktnettverket. Arbeidstakerne må derfor selv ordne med transport, bopel og de administrative forholdene, hvilket klart nok er egnet til å gjøre det mindre attraktivt å ta arbeid i Norge. For den utøvende bedrift vil det også normalt være enklere å ansette norske arbeidstakere, da det nettopp vil være tids- og kostnadsbesparende for bedriften.

I forlengelsen av dette kommer det at de samme begrensninger ikke gjør seg gjeldende for norske arbeidstakere, da disse ikke har de samme transportmessige- og administrative utfordringer. Tiltakene vil dermed være egnet til å gjøre det vanskeligere for utenlandske arbeidstakere å ta arbeid av midlertidig karakter enn for norske arbeidstakere. Slik ESA har lagt til grunn i sitt åpningsbrev av 19. juli 202, vil tiltakene derfor også innebære indirekte nasjonalbestemt forskjellsbehandling, se punkt 48:

“Lastly, the Authority also observes that it appears that the restrictions result in indirect discrimination as they are liable to affect foreign workers more than Norwegian workers”

4.2 EØS-AVTALEN ARTIKKEL 31 – ETABLERINGSFRIHET

EØS-avtalen artikkel 31 fastsetter at det *«ikke [skal] være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFS medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium»*. Bestemmelsen svarer til TEUV artikkel 49.

Hva gjelder bestemmelsens anvendelsesområde må den leses i sammenheng med artikkel 34, som gir bestemmelsen tilsvarende anvendelse for juridiske personer, så fremt visse vilkår er oppfylt. I likhet med de øvrige grunnfriheter kreves det også at det foreligger et relevant grenseoverskridende element.

Hvorvidt dette er tilfellet må vurderes konkret i lys av formålet med reglene om fri bevegelighet, jf. C-212/97 *Centros*. I tillegg til utenlandske selskaper, vil også norske datterselskaper, med et utenlandsk morselskap, omfattes, se E-2/24 avsnitt 90:

«Under slike omstendigheter, der et foretak etablert i en EØS-stat har opprettet eller kjøpt opp et datterselskap i en annen EØS-stat for å utøve sin virksomhet der, må EØS-avtalen artikkel 31 anses anvendelig».

Hva gjelder restriksjonsvurderingen, vises det til uttalelsene i C-322/16 *Global Starnet* avsnitt 36-37:

“It must be borne in mind that all measures that prohibit, impede or render less attractive the exercise of the freedoms guaranteed by Articles 49 and 56 TFEU must be regarded as restrictions of the freedom of establishment and/or the freedom to provide services [...]”

In the present case, the new conditions for the exercise of their activity [...] may render the exercise of the freedoms guaranteed by Articles 49 and 56 TFEU less attractive or even impossible”.

Slik det fremgår er det tilstrekkelig at tiltaket *kan* («*may*») gjøre det mindre attraktivt å benytte *utøve* etableringsretten i vertsstaten. I dette ligger det også at det ikke kun er vilkår knyttet til etableringen, men også utøvelsen av fast og varig næringsvirksomhet, omfattes.

At endringene i innleieregelverket kan gjøre det mindre attraktivt å etablere sin næringsvirksomhet i Norge for bemanningsforetak, er lite tvilsomt. Det vises i den forbindelse til sak E-2/24 hvor dette slås fast i avsnitt 93.

4.3 EØS-AVTALEN ARTIKKEL 36 – FRI BEVEGELIGHET FOR TJENESTER

EØS-avtalen artikkel 36 fastsetter at det *«ikke [skal] være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium i en av EFS medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager»*. Bestemmelsen tilsvarende TEUV artikkel 56.

Hva gjelder bestemmelsens anvendelsesområde må den leses i sammenheng med artikkel 39, som fastsetter at artikkel 34 gis tilsvarende anvendelse, hvilket innebærer at tjenestefriheten også gjelder for selskaper som oppfyller vilkårene i artikkel 34 annet ledd.

I likhet med de øvrige grunnfriheter kreves det også at det foreligger et relevant grenseoverskridende element. Som fremhevet i E-2/24 avsnitt 52 vil det avgrense mot der både bemanningsforetakene, og brukerforetakene som de yter tjenestene sine til, befinner seg i Norge. Motsetningsvis vil det foreligge et relevant grenseoverskridende element i følgende tilfeller, se avsnitt 50:

«For det første den situasjon der tjenesteyteren krysser grensen for å tilby tjenestene. For det andre den situasjon der tjenestemottakeren krysser grensen for å motta tjenestene. For det tredje situasjoner der både tjenesteyteren og -mottakeren krysser en grense og tjenesten deretter leveres. For det fjerde situasjoner der selve tjenesten krysser grensen.»

Bestemmelsen vil derfor kunne påberopes både der bemanningsforetaket er etablert i en annen EØS-stat, men der selskapet er etablert i Norge, så fremt rekruttering av utenlandske arbeidstakere utgjør en integrert del av tjenesten som tilbys, se E-2/24 avsnitt 53 og 56.

Hva gjelder restriksjonsvurderingen, er det også lagt til grunn at det ikke kun er den nasjonalbestemte forskjellsbehandling som omfattes, men også der tiltaket gjør det mindre attraktivt å benytte tjenestefriheten, se C-287/10 *Tankreederei I SA* avsnitt 15:

“The Court has repeatedly held that Article 56 TFEU precludes the application of any national rules which have the effect of making the provision of services between Member States more difficult than the

provision of services purely within a Member State [...] Restrictions on the freedom to provide services are national measures which prohibit, impede or render less attractive the exercise of that freedom”.

Heller ikke dette fremstår å være tvilsomt, da tiltakene i vesentlig utstrekning begrenser mulighetene for bemanningsforetakene til å leie ut arbeidskraft.

4.4 VIKARBYRÅDIREKTIVET ARTIKKEL 4

Hva gjelder spørsmålet om tiltakene utgjør en restriksjon etter Vikarbyrådirektivet artikkel 4, vises det til Prop Prop.131 L (2021-2022) side 62-63. Her konkluderer lovgiver selv med at tiltakene utgjør en restriksjon:

«Departementet legger til grunn at et geografisk avgrenset forbud mot innleie fra bemanningsforetak i byggenæringen innebærer et «forbud mot eller restriksjoner på bruk av vikararbeid» i relasjon til direktivet.»

SMB Norge deler denne oppfatningen.

5 SPØRSMÅLET OM TILTAKENE KAN RETTFERDIGGJØRES

Utgangspunktet er at et tiltak som utgjør en restriksjon, er i strid med EØS-avtalen. Etter den ulovfestede læren om allmenne hensyn, vil allikevel et slikt tiltak kunne rettferdiggjøres og dermed anses lovlig.

Læren oppstiller tre kumulative vilkår, herunder at tiltaket er (i) begrunnet i allmenne hensyn, (ii) egnet til å oppnå formålet og (iii) i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. For en nærmere redegjørelse vises det til fremstillingen i Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 3 utgave, side 114 og Sejersted, mfl., *EØS-rett*, 3 utgave, side 407.

Det første vilkåret forstås slik at tiltaket må være begrunnet i tungtveiende allmenne hensyn og således forfølge et legitimt formål. Det er en sikker oppfatning at hensynet til å beskytte arbeidstakere, forebygge misbruk og sikre et velfungerende arbeidsmarked utgjør allmenne hensyn. På den annen side vil et tiltak som er begrunnet i hensyn i strid med EØS-avtalen, og dens sekundærrett, ikke anses å forfølge et legitimt formål.

Utgangspunktet for vurderingen må dermed tas i begrunnelsen som ligger til grunn for tiltakene, og det avgjørende vil naturligvis være realitetene. Begrunnelsen for endringen av arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd fremgår ovenfor og er utdypet i Prop.131 L (2021-2022), hvor det på side 63 fremgår at:

«Formålet med forslaget om å oppheve adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter er å begrense bruken av innleie [fra bemanningsforetak] som fortrenger faste ansettelse, og dermed sikre at fast og direkte ansettelse er den sentrale ansettelsesformen i norsk arbeidsliv»

Som fremhevet under punkt 2, ble den samme begrunnelsen lagt til grunn for innføringen av forbudet i bemanningsforetaksforskriften, se Prop.131 L (2021-2022) side 62:

«Innleieandelen i byggenæringen i Oslo-området er markant høyere enn for resten av arbeidslivet, og det er etter departementets syn helt nødvendig med tiltak for å skape endringer. Det er klare tegn på at innleie fører med seg flere negative konsekvenser, både på individ- og samfunnsmessig nivå. [...]»

Departementet viser til at formålet med departementets tiltak overordnet er å stimulere til bruk av faste ansettelse, og dermed også legge til rette for organisering og bruk av tariffavtaler i næringen»

Departementet anfører med andre ord målsetting, om å øke andelen faste og direkte ansettelser i den utøvende bedriften, som begrunnelse for tiltakene. Realitetene fremstår allikevel at tiltakene er ment å begrense bruken av innleide arbeidstakere fra bemanningsforetak, da disse fører med seg konsekvenser som etter departementet sin oppfatning er uheldige. En slik forståelse understøttes av det faktum at endringene nettopp var ment å følge opp regjeringens punkt i Hurdalsplattformen om at «*bemanningsbransjens omfang og rolle må begrenses*», se Prop.131 L (2021-2022) side 5. Også under flere andre punkter i forarbeidet fremheves dette, blant annet på side 23:

«Departementet ba også om høringsinstansenes innspill til alternative tiltak som er egnet til å begrense omfanget av innleie fra bemanningsforetak», dvs. til å oppnå formålet.

SMB Norge er derfor av den forståelse at tiltakene reelt sett er ment å begrense bemanningsforetakenes rolle i det norske arbeidsmarkedet. Den tilsvarende forståelsen legges til grunn av ESA i sitt åpningsbrev av 19. juli 2023. Her fremheves også flere andre kilder og basert på disse konkluderes det med det følgende i avsnitt 55:

“In light of this, the Authority is of the view that the aim of the measures is indeed to reduce the use of temporary agency workers overall”.

Et slikt formål vil klart nok ikke anses som legitimt, verken etter EØS-avtalen eller Vikarbyrådirektivet, da sistnevnte nettopp bygger på at bemanningsforetakene anerkjennes som en integrert og hensiktsmessig del av arbeidsmarkedet. Et tiltak som har til formål å begrense bemanningsforetakene, ut fra et syn om at deres virksomhet har uheldige virkninger for det norske arbeidsmarkedet, vil både være i strid med Vikarbyrådirektivets karakter og formål. Når Vikarbyrådirektivet da er ansett å være i fullt samsvar med de grunnleggende friheter etter EØS-avtalen, ligger det også i dette at formålet med tiltakene ikke kan anses som legitime etter EØS-avtalen. Det vises i den sammenheng til ESAs åpningsbrev avsnitt 60 hvor dette legges til grunn:

“For the reasons explained above, the Authority also fails to see that an aim that goes against the aim and nature of the Temporary Agency Work Directive could be considered as a legitimate aim or an overriding reason in the public interest capable of justifying a restriction on the freedom to provide services under Article 36 EEA.”

Under forutsetning av at tiltakene skulle anses å forfølge et legitimt formål, er SMB Norge allikevel av den oppfatning at tiltakene ikke er (i) egnet til å oppnå formålet (ii) på en sammenhengende og konsekvent måte. Det er her tale om en toleddet vurdering og det er staten som har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt. Slik det fremheves i C-515/14 *Kommisjonen mot Kypros* avsnitt 54 må det fremlegges grundige analyser som understøttes av presis og objektiv data, slik at domstolen kan gis mulighet til å foreta en prøving av tiltakene. Jo mer inngripende tiltaket er, desto strengere krav vil det naturligvis stilles til grundigheten av vurderingene.

Det første som kreves er dermed at tiltaket faktisk er egnet til å oppnå formålet. I lys av at en begrensning av bemanningsforetakenes virksomhet i seg selv ikke er legitimt formål, må vurderingen således foretas opp mot formålet om å sikre en høyere andel faste og direkte ansettelser i den utøvende bedriften.

Som fremhevet under punkt 2 er det imidlertid vanskelig å se at en begrensning i bruken av innleide arbeidstakere skal bidra til flere faste ansettelser, da hovedregelen er at arbeidstakeren ansettes fast i bemanningsforetakene. For endringen av arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd er det også vanskelig å se årsakssammenhengen mellom det å fjerne muligheten for innleie ved arbeid av midlertidig karakter og det å øke antallet faste ansettelser i den utøvende bedriften. Behovet for arbeidskraft til slikt arbeid er nemlig midlertidig, hvilket innebærer at faste ansettelser sjeldent vil være et praktisk og aktuelt alternativ.

Disse forholdene ble fremhevet i høringsuttalelsene. SMB Norge kan allikevel ikke se at departementet foretar en nærmere vurdering av innspillene, se Prop.131 L (2021-2022) side 24-25. Heller ikke underbygger departementet sin oppfatning – om at en begrensning i bemanningsforetakenes virksomhet vil bidra til flere faste og direkte ansettelser – av en grundig analyse eller objektiv data. Snarere tvert imot fremstår departementet å bygge på en antakelse om at dette vil være virkningen, uten plausibelt forklaringsgrunnlag.

SMB Norge er derfor av den oppfatning at staten ikke har sannsynliggjort at tiltakene faktisk er egnet til å oppnå sitt formål. Det vises i den sammenheng også ESA sitt åpningsbrev av 19. juli 2023 avsnitt 82 og 98 hvor den samme oppfatning legges til grunn.

Under forutsetning av at tiltaket er egnet til å oppnå formålet, stilles det også krav til at tiltaket er nødvendig for å oppnå formålet. Avgjørende er om det eksisterer alternative egnede og mindre inngripende tiltak.

SMB Norge bemerker at den er kjent med at staten har en vid skjønnsmargin til å fastsette beskyttelsesnivået for å oppnå formålet, da tiltakene knytter seg til et politisk område. Tross dette, stilles det allikevel visse prosessuelle minstekrav til den vurderingen som er foretatt. Slik det fremheves av ESA i åpningsbrevet av 19. juli 2023 i avsnitt 83 må *“the Norwegian Government [...] present precise, objective and detailed evidence or analysis, which is supported by figures and solid and consistent data”*.

Departementets vurdering av tiltakenes nødvendighet er imidlertid både lite grundig og nyansert. Om begrunnelsen for nødvendighet at forbudet i bemanningsforetaksforskriften § 4 fremgår følgende i Prop.131 L (2021-2022) på side 63:

«Til beskyttelse av arbeidstakere og et velfungerende norsk arbeidsmarked med hovedvekt på faste ansettelser i topartsrelasjon, vurderes tiltaket som nødvendig slik situasjonen i byggenæringen i Oslo-området har utviklet seg. Som det fremgår i punkt 6.4.2, vurderer departementet at det ikke er mulig å oppnå tilsvarende beskyttelse gjennom mindre inngripende tiltak»

Av punkt 6.4.2 fremgår det at «[d]et har de senere år blitt utredet, vurdert og innført flere tiltak fra myndighetenes side, og også ulike tiltak fra næringen selv. Til tross for dette, er det fortsatt en vedvarende høy innleieandel i byggenæringen i Oslo-området. Departementet mener det er behov for et sterkt og tydelig tiltak, rettet bransjemessig og geografisk mot en næring hvor det er behov for en grunnleggende endring i hvordan bemanningen planlegges og organiseres. Etter departementets syn vil en regel som forbyr innleie fra bemanningsforetak være nødvendig for å sikre at det skapes varige endringer i virksomhetenes bemanningsmetoder, for på den måten å stimulere til økt bruk av faste ansettelser, som igjen kan virke positivt på blant annet organisering og rekruttering i næringen. Departementet vil derfor i forskrift fastsette et geografisk avgrenset forbud mot innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid på byggeplasser»

Slik det fremgår legges det nærmest uten videre til grunn at tiltaket vil være nødvendig for å sikre flere faste og direkte ansettelser. En grundig og nyansert vurdering uteblir og heller ikke forankrer departementet sin vurdering i objektive tall eller fakta, som gjør det mulig for en domstol å prøve nødvendigheten av tiltaket.

Det samme gjelder for begrunnelsen for nødvendigheten av endringen av arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd, hvor det på side 64 i proposisjonen fremgår at:

«Som det fremgår i punkt 6.4.4 er departementets vurdering at andre alternative virkemidler ikke vil være like egnet for å oppnå formålet om å redusere bruken av innleie som fortrenger faste ansettelser.»

I punkt 6.4.4 viser departementet til foreslått alternative tiltak, men konkluderer med at *«Departementet mener uansett at tiltak knyttet til håndheving ikke er nok for å få ned bruken av innleie som fortrenger faste og direkte ansettelser, og for å begrense de negative sidene innleie har for de innleide,*

innleievirksomhetens egne ansatte og for arbeidsmarkedet. Etter departementets syn er det behov for tiltak for å begrense innleieadgangen som sådan, og ikke kun for å slå ned på ulovlig innleie».

En nærmere vurdering, som underbygges av objektive tall og fakta, uteblir imidlertid. SMB Norge deler dermed ESA sin konklusjon om at staten heller ikke har sannsynliggjort at tiltakene er nødvendig for å oppnå de påberopte formål, se ESAs åpningsbrev av 19. juli 2023 avsnitt 92 og 108.

6 AVSLUTNING

På denne bakgrunn er SMB Norge av den oppfatning at endringen av arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd og innføringen av § 4 i bemanningsforetaksforskriften er i strid med EØS-avtalen artiklene 28, 31 og 36, og Vikarbyrådirektivet artikkel 4.

Hvorvidt restriksjonen vil utgjøre en krenkelse av EØS-avtalens artikkel 28, 31 eller 36 vil Oslo tingrett måtte ta selvstendig stilling til, basert på det konkrete saksforhold holdt opp mot bestemmelsens anvendelsesområde.

Til rettens orientering, har SMB Norge klagd Norge inn for Europarådets sosialrettskomité fordi bare store fagforeninger med minst 10.000 medlemmer kan godta innleie, og tillitsvalgte fra de store fagforeningene er gitt myndighet i aml § 14-12 (2) til å kunne diskriminere mot små fagforeninger og uorganiserte bedrifter uten å måtte gi noen begrunnelse. Det finnes heller ingen ankeadgang. Klagen ligger som sak 238/2024 i Europarådet, mens vedtak ikke ventes før i 2026.

Oslo, den 3. mars 2025



Karl-Anders Grønland
Advokat
Styreleder i SMB Norge



Jørund Rytman
Adm. direktør
SMB Norge