

NOTAT

Til Hordaland fylkeskommune v/Ingrid Kristine Holm Svendsen

Kopi til

Fra Advokatfirmaet Thommessen v/Lars Kokkin Christiansen

Dato 9. april 2017

Ansvarlig advokat: Lars Kokkin Christiansen

VURDERING AV KRAV OM TARIFFAVTALE HOS LEVERANDØR

1 INNLEDNING OG HOVEDSYNSPUNKTER

Vi er av Hordaland fylkeskommune bedt om å vurdere beslutning i fylkestinget med pålegg om at fylkeskommunale leverandører må være tilsluttet norsk landsdekkende tariffavtale.

Etter vårt syn vil et krav om tilslutning til en norsk landsdekkende tariffavtale mest nærliggende være uforenlig med reglene om de fire friheter EØS-avtalen, særlig reglene fri utveksling av tjenesteytelser i EØS-avtalen artikkel 36.

Etter vårt syn vil krav om tilslutning til norsk landsdekkende tariffavtale også mest nærliggende være i strid med kravet om likebehandling i regelverket om offentlige anskaffelser.

Beslutningen i fylkestinget synes i liten grad å innebære at leverandørens arbeidstakere tilordnes rettigheter utover det som allerede følger av det eksisterende forskriftsverket. Dersom målsettingen er å sikre arbeidstakere rettigheter utover det som følger av dagens forskriftsverk, kan det være hensiktsmessig å klargjøre dette i større grad enn hva som er tilfellet i det foreliggende pålegget.

Etter vårt syn er det altså flere mulige utfordringer forbundet med å implementere den foreliggende beslutningen i fylkeskommunens innkjøpstrategi. Dette kan tilsi at det bør gjøres en ny vurdering av hva man ønsker å oppnå med beslutningen, og hvordan denne målsettingen best kan realiseres.

I det videre skal vi kort redegjøre nærmere for de faktiske og rettslige premisser som ligger til grunn for ovennevnte hovedsynspunkt.

2 BAKGRUNN

2.1 Innledning

Vi har fått opplyst i e-post av 23. mars 2017 at fylkestinget har gitt følgende pålegg til administrasjonen i fylkeskommunen:

"Hordaland fylkesting går inn for at hovedregelen ved fylkeskommunale innkjøp/oppdrag er at det blir stilt krav om at det ligg føre norsk landsdekkende tariffavtale"

Den mest nærliggende forståelsen må være at beslutningen innebærer et krav om at leverandøren må være tilsluttet en landsdekkende norsk tariffavtale på det aktuelle fagområdet.

Beslutningen reiser imidlertid også ulike tolkningsspørsmål, både i arbeidsrettslig og anskaffelsesrettslig henseende. Vi har imidlertid ikke funnet det påkrevd å behandle disse i full bredde her. Hovedspørsmålet i det videre vil være hvorvidt et krav i fylkeskommunale konkurransegrunnlag om at leverandøren må være tilsluttet en landsdekkende norsk tariffavtale på det aktuelle fagområdet, kan være rettsstridig.

2.2 Tariffavtaler

En **tariffavtale** er en [avtale](#) mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold. Tariffavtaler (som oftest bestående av [hovedavtale](#) og [overenskomst](#)) gjelder som utgangspunkt kun på arbeidsplasser der en gruppe arbeidstakere er [organisert](#) og bedriften har gått med på å skrive under på tariffavtale.

Allmenngjorte tariffavtaler er en avtale om lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for alle som utfører arbeid innen det spesifikke området, selv om man ikke er en del av avtalen. Allmenngjøring av tariffavtaler er et av flere virkemidler for å hindre at utenlandsk arbeidskraft får dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som er vanlig i Norge.

2.3 Almennelige anskaffelsesrettslige krav til lønns- og arbeidsvilkår

Regelverket om offentlige anskaffelser regulerer hvordan offentlige oppdragsgivere kan stille krav til hvilke lønns- og arbeidsvilkår som kan benyttes av leverandører i offentlige kontrakter.

2.3.1 Lov om offentlige anskaffelser

Lov om offentlige anskaffelser § 6 lyder som følger:

"Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Departementet kan i forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjene.

Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og å iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende overholdelse av klausulene."

Departementet har benyttet denne hjemmelen til å fastsette forskrift av 8. februar 2008 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ("**forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter**"). Forskriftens forhold til EØS-avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester har tidligere blitt behandlet av ESA som kom til at forskriften ikke var i strid med EØS-avtalens bestemmelser, jf. brev til Arbeidsdepartementet av 21. desember 2012, vedlagt beslutningen av 19. desember 2012 (Case No: 64849, Event No: 653338, Dec. No: 510/12/COL).

Vi legger dette til grunn som premiss for våre videre vurderinger.

2.3.2 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

(i) Forskriftens anvendelsesområde - § 4

Etter forskriften § 4 får den anvendelse på

"...tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1,1 million kroner ekskl. mva. for statlige myndigheter og 1,75 millioner kroner ekskl. mva. for andre oppdragsgivere"

Forskriftens får ikke anvendelse på varekontrakter. Begrunnelsen for dette må antas å være disse normalt er lite arbeidsintensive.

Tjenestekontrakter under terskelverdiene, dvs. tjenestekontrakter som utelukkende er omfattet av de nasjonale reglene i anskaffelsesforskriften del II, faller også utenfor utenfor.

Bygge- og anleggskontrakter opptil 44 millioner kroner eks mva er utelukkende underlagt nasjonale anskaffelsesregler. De aller fleste bygge- og anleggskontraktene er derfor omfattet av forskriftens anvendelsesområde, også de som utelukkende er underlagt det nasjonale anskaffelsesregelverket.

(ii) Forskriftens krav til klausuler om lønns- og arbeidsvilkår - § 5

"Krav til kontraktsklausul om lønns- og arbeidsvilkår:

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 i samsvar med denne bestemmelse.

På områder dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår er i samsvar med gjeldende forskrifter.

På områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale, skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Med lønns- og arbeidsvilkår menes i denne sammenheng bestemmelser om minste arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen."

Forskriften er altså utformet som et pålegg til oppdragsgiver om at kontrakten mellom oppdragsgiver og leverandøren må stille krav til de arbeidsavtaler som leverandøren inngår med sine ansatte og underleverandører.

Lov om offentlige anskaffelser § 6 eller forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, kan neppe tolkes slik at de legger et forbud mot at den enkelte oppdragsgiver også stiller ytterligere krav til leverandørens arbeidskontrakter. Slike krav vil imidlertid uansett måtte uformes innenfor de øvrige rettslige skranker som måtte foreligge, se punkt 3 nedenfor.

3 VURDERINGER

3.1 Forholdet til EØS-retten og anskaffelsesregelverket

3.1.1 Innledning

Som vist ovenfor stiller forskriften om lønns- og arbeidsvilkår et alminnelig krav om at oppdragsgiver skal stille krav om at leverandøren benytter tariffestede vilkår. Fylkestinget synes å ha truffet et pålegg om at fylkeskommunens leverandører også må slutte seg til landsdekkende tariffavtale.

Anskaffelsesforskriften inneholder for så vidt intet formelt og spesifikt forbud mot å stille krav til leverandøren om slike kontraktvilkår. Eventuelle anskaffelsesrettslige skranker må derfor identifiseres med utgangspunkt i de generelle kravene i lov om offentlige anskaffelser § 4, særlig kravet om likebehandling som fortolket i lys av prinsippet om ikke-diskriminering i EØS-avtalen artikkel 4.

Videre vil EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter kunne stenge for et slik krav jf. særlig krav om fri fly av tjenester i EØS-avtalen artikkel 36.

3.1.2 Kravet om likebehandling jf. kravet om ikke diskriminering i EØS-avtalen artikkel 4

Et krav om tilslutning til en tariffavtale kan formelt sett sies å gjelde på lik linje for innenlandske og utenlandske tilbydere. Slik sett foreligger det ingen formell forskjellsbehandling. Forbudet mot diskriminering mellom nasjonale og utenlandske aktører har imidlertid etter rettspraksis også en reell dimensjon som innebærer at det må foreligge en saklig og forholdsmessig begrunnelse for tiltak som i realiteten innebærer en favorisering av lokale eller nasjonale leverandører.

Et krav om tilslutning til tariffavtale vil selvsagt innebære en risiko for forskjellsbehandling i den forstand at det typisk oppstår en tilleggs kostnad og ulempe for utenlandske leverandører og norske leverandører som ikke er tilsluttet den aktuelle tariffavtalen. I mange tilfeller vil det antagelig kunne oppstå praktiske og rettslige utfordringer for utenlandske leverandører ved mulig tilslutning til en norsk tariffavtale, og slike avtaler vil også kunne stille mer vidtrekkende krav til lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, i alle fall der man er utenfor området som er dekket av allmenngjorte tariffavtaler.

Det synes vanskelig å se hvordan man kan begrunne et krav om tilslutning til tariffavtale på en saklig og forholdsmessig måte, og det er etter vårt syn mest nærliggende å konkludere med at et slik krav vil bli vurdert som rettsstridig.

3.1.3 EØS-avtalens artikkel 36

EØS-avtalen artikkel 36 lyder:

"Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere 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"

Et krav fra fylkeskommunen om at leverandører må være tilsluttet landsdekkende tariffavtale, vil nærliggende innebære en *restriksjon* i bestemmelsens forstand.

I sak C-341/05 (Laval) vurderte EU-domstolen adgangen for svenske fagforeninger til å iverksette kollektive tiltak som kunne tvinge virksomheter hjemhørende i andre medlemsstater til å tiltre kollektivavtaler (tariffavtaler) der virksomhetene ytte tjenester i Sverige. Der tariffavtalene stilte minstekravene til arbeidsvilkår som gikk utover den lovfestede minimumsreguleringen samt

omfattet andre typer av vilkår enn de som reguleres i utsendingsdirektivets (direktiv 96/67) artikkel 3 (1), utgjorde dette en restriksjon i strid med reglene om fri bevegelighet av tjenester. Dette taler for at et fylkeskommunalt krav om tilslutning til landsdekkende norsk tariffavtale også vil bli vurdert som en restriksjon i EØS-avtalens forstand.

Det fremstår ikke sannsynlig at et krav om tilslutning til landsdekkende norsk tariffavtale vil kunne bli vurdert som et egnet og forholdsmessig tiltak for å beskytte arbeidstakeres rettigheter utover det vern de uansett nyter etter den norske rett jf. forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Etter vårt syn er det med andre nærliggende å legge til grunn at et krav om tilslutning til også vil bli vurdert som uforenlig med EØS-avtalen artikkel 36.

3.2 Forholdet til organisasjonsfriheten

En ytterligere problemstilling er foreholdet til organisasjonsfriheten slik den fremgår i EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101. Problemstilling er relevant uavhengig av om virksomheten er norsk eller utenlandsk.

EMK artikkel 11 regulerer etter sin egen ordlyd bare retten til å være organisert, altså den såkalte positive organisasjonsfriheten. Etter rettspraksis omfatter dette også retten til være tilsluttet fagforeninger. Etter rettspraksis omfatter imidlertid rettighetene etter EMK artikkel 11 også den såkalte negative organisasjonsfriheten, altså retten til ikke å være organisert, derunder retten til ikke å del av en fagforening, se *Sørensen og Rasmussen mot Danmark* (2006-I; 46 EHHR 572 GC).

Den europeiske menneskerettighetsdomstol ("**EMD**") har i ulike sammenhenger tolket bestemmelser i EMD til også omfatte vern av juridiske personer. Det er imidlertid uklart i hvilken utstrekning juridiske personer kan påberope seg rettigheter etter EMK artikkel 11 (jf. "everyone"), og det finnes ikke klare holdepunkter for å legge til grunn at juridiske personer vil ha et vern i den konteksten vi vurderer her. Etter vårt syn blir det derfor høyst usikkert om et krav om tilslutning til landsdekkende norsk tariffavtale vil være i strid med organisasjonsfriheten slik denne er beskyttet av EMK artikkel 11. Gitt konklusjonene og synspunktene i punkt 3.1 ovenfor, har vi heller ikke funnet grunn til å behandle dette spørsmålet i større detalj. Tilsvarende ha vi heller ikke funnet grunn til å gå nærmere inn på den mulige beskyttelse som måtte følge av Grunnloven § 101.

