

Stavanger, 30. april 2013

Referanse: 27036/11341
Ansvarlig advokat: Bent Endresen. E-post: be@ebtas.no

ILO-KONVENSJON 94 I EØS

ILOs konvensjon nr. 94¹ (ILO 94) ble vedtatt i 1949. Den trådte i kraft i 1952. Norge ratifiserte den ikke før i 1996². Jeg vil her se på forholdet mellom konvensjonens beskyttelse mot sosial dumping i offentlige anbud på entrepriser eller på kjøp av tjenester og forholdet til EØS-retten, særlig i forhold til utstasjoneringsdirektivet.

I

ILO 94 ble først implementert ved et rundskriv som påla statlige organer å ta inn kravene etter ILO 94 i kontrakter. Det ble senere gjennomført en endring i lov om offentlige anskaffelser³ for å implementere konvensjonen. Det er så gitt en forskrift⁴ som søker å regulere gjennomføringen av konvensjonen nærmere.

Konvensjonens formål er å motvirke sosial dumping når det offentlige kjøper arbeid (entreprise) eller tjenester fra private. Konvensjonen omfatter også arbeid satt ut til underentreprenører. Den skal sikre arbeidstakerne minst lønns- og arbeidsvilkår som er vanlig i faget eller næringen i det distrikt hvor arbeidet utføres, eller fastsatt ved tariffavtale⁵.

Det er i først rekke konsekvensene av EØS-avtalen som aktualiserer spørsmålet om sosial dumping med sin økning i grenseoverskridende arbeid.

Dersom det for det aktuelle arbeid er allmenngjort en tariffavtale, vil det være denne som skal gjelde for arbeidet under den offentlige anskaffelse. En slik ordning vil oppfylle kravene etter ILO 94. Allmenngjøring er mer aktuelt i byggesektoren enn i tjenestesektoren.

Selvstendig betydning får reglene i anskaffelsesloven og forskriften på områder som ikke er dekket av en allmenngjort tariffavtale. En allmenngjort tariffavtale vil kunne oppfylle både ILO 94 og utstasjoneringdirektivet.

II

Innledningsvis nøyde staten seg som nevnt med å gi et rundskriv⁶ hvor det heter:

Bakgrunnen for rundskrivet er ILO-konvensjon nr. 94, om arbeidarklausular i offentlege arbeidskontraktar, som skal sikre like arbeidsvilkår uavhengig av nasjonalitet. Konvensjonen gjeld løn og arbeidsvilkår for arbeidstakarar som utførar oppdrag for statlege styresmakter og har som formål å sikre like arbeidsvilkår uavhengig av nasjonalitet. Noreg har ratifisert konvensjonen og har såleis ei folkerettsleg plikt til å syte for at innhaldet i konvensjonen blir etterlevd. I samband med utvidinga av EØS til 28 land, vart særleg skilnader i lønsforhold aktualisert. Regjeringa avgjorde difor å påleggje statlege etatar å følgje føresegnene i konvensjonen gjennom eit rundskriv.

Rundskrivet gjengir så hovedinnholdet i ILO 94, og inneholder et forslag til kontraktsklausul i samsvar med konvensjonens formulering. Dette ble da ansett tilstrekkelig fordi det jo i utgangspunktet er det offentlige som innbyr/bestiller arbeidet og kan stille vilkår for det.

III

Anskaffelsesloven ble endret i 2008. Begrunnelsen for endringen var⁷:

Som ei oppfølging av regjeringas handlingsplan mot sosial dumping, jf. revidert nasjonalbudsjett for 2006, foreslår departementet ei føresegn i lov om offentlige anskaffelser som gir regjeringa høve til å påleggje offentlege oppdragsgivarar å nytte kontraktsklausular som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår i offentlege kontraktar som ikkje er dårlegare enn det som følgjer av gjeldande tariffavtale, regulativ eller det som elles er normalt for vedkommande stad og yrke. Føresegna gir òg regjeringa fullmakt til å påleggje oppdragsgivarar å føre tilsyn med at klausulane blir overhaldne, og å setje i verk tiltak overfor leverandørane ved manglande etterleving av klausulane. Ei slik ordning er allereie gjennomført for sentrale statlege styresmakter gjennom departementsrundskriv frå juni 2005. Rundskrivet er ei gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidarklausular i offentlege kontraktar, som Noreg ratifiserte i 1996. Forslaget til lovendring utvidar ordninga til òg å omfatte offentlegrettslege organ og kommunal sektor. For sentrale statlege styresmakter vil den lovbestemte ordninga erstatte rundskrivet.

Departementet slår fast at der hvor en tariffavtale er allmenngjort, er det denne som gir normen for lønns- og arbeidsvilkår. Departementet peker videre på at anskaffelses-

lovens regler derfor vil få størst betydning for tjenestesektoren. Videre peker departementet på at allmenngjøringsvedtak vil rette seg mot arbeidsgiver, mens ILO 94 retter seg mot det offentlige som oppdragsgiver.

Departementet drøfter om ILO 94 kommer i motstrid med EØS-retten:

Eit spørsmål som må reisast, er om det ligg føre nokon rettslege hinder mot at Noreg gjennomfører ILO-konvensjon nr. 94 i offentlege kontraktar. Dette gjeld først og fremst forholdet til EØS-retten, irekna ei tolking av artikkel 36 i EØS-avtalen om fri rørsle for tenester (tilsvarer artikkel 49 i EF-traktaten). Dersom eit krav om norske lønns- og arbeidsvilkår er ein restriksjon på prinsippet om fri flyt av tenester reiser det fleire underspørsmål, blant anna om tiltaket likevel kan vere i samsvar med EØS-avtalen ut frå læra om allmenne omsyn og om tiltaket er proporsjonalt (spørsmål om ein kan nå det same formålet med mindre inngrepande middel).

Departementet anfører at den rettslige situasjon ikke var avklart, men:

Departementet meiner likevel at det ligg føre gode argument for at dei omsyn som konvensjonen skal ivareta, er omsyn som legitimt bør kunne grunngi ein restriksjon på den frie flyten av tenester. At 60 statar, av desse 9 EU-medlemmer, har ratifisert konvensjonen, er ein sterk indikasjon på at bruk av arbeidsklausular i offentlege kontraktar er eit allment akseptert verkemiddel i offentleg internasjonal rett. Ein viser òg til EUs anskaffingsdirektiv 2004/18/EC artikkel 26, som er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §3-11 andre ledd, spesifikt anerkjenner kontraktsvilkår som omhandlar sosiale omsyn. Dette kan for eksempel vere vilkår knytte til arbeidsvilkår. Departementet meiner òg at det offentlege har eit spesielt ansvar for å sikre at offentlege oppdragsgivarar ikkje sjølv medverkar til utnytting av arbeidstakarar. Moglegheita for å sikre utanlandske arbeidstakarar akseptable lønns- og arbeidsvilkår er eit viktig verkemiddel for å hindre utnytting av arbeidstakarar og for å sikre ordna forhold. Etter departementet si meining blir ikkje denne moglegheita avgrensa av EF-rettens reglar om høvet til å yte tenester på tvers av landegrensene.⁸

Klarhetsspørsmålet blir diskutert. Hva er "gjengs lønn"? Dersom det er flere tariffavtaler, hvilken er den "rette"? Departementet besvarer dette med følgende:

Departementet er einig i at omgrepet gjengs ikkje er presist. Forslaget til lovttekst er derfor endra på dette punktet slik at den ligg nærmare den ordlyden som er nytta i omsetjinga av ILO-konvensjon nr. 94. Elles viser departementet til at der det ligg føre ein aktuell tariffavtale eller ein allmenngjort tariffavtale, vil det vere lønnsnivået i denne avtalen som blir lagt til grunn for kva som er akseptabelt. Utanfor desse områda må det gjerast meir skjønsmessige vurderingar.⁹

Etter dette ble det gitt hjemmel¹⁰ til å gi forskrift om å pålegge offentlig myndighet og organer om å ta inn klausuler i anskaffelseskontrakter som sikrer oppfyllelsen av ILO 94.

I forskrift 2008-02-08 nr.112 heter det så:

§ 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 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.

Oppdragsgiver skal kreve at leverandøren og eventuelle underleverandører på forespørsel må dokumentere lønns- og arbeidsvilkårene til ansatte som medvirker til å oppfylle kontrakten.

Oppdragsgiver skal forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner, dersom leverandøren eller eventuelle underleverandører ikke etterlever kontraktsklausulen om lønns- og arbeidsvilkår. Sanksjonen skal være egnet til å påvirke leverandøren eller underleverandøren til å oppfylle kontraktsklausulen.

§ 6. Krav til informasjon

Oppdragsgiver skal ta inn informasjon om kontraktsklausulen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

IV

Samtidig med regelendringen falt dom i den såkalte Rüffert-saken i EF-domstolen. Jeg går ikke nærmere inn på dommen her, utover å peke på at ILO 94 ikke var tema i denne sak. Tyskland har ikke ratifisert ILO 94.

Rüffert-saken var likevel et tema i departementets drøfting av ILO 94 mot EØS-retten, ikke minst mot EØS-avtalens art. 36 – fri flyt av tjenester.

Etter Rüffert-dommen, og i lys av denne, tok ESA, EØS-avtalens overvåkningsorgan, på eget initiativ opp sak om de norske regler var i samsvar med EØS-avtalen. Etter en del korrespondanse hvor Norge søkte å forsvare sin implementering av ILO 94, og at den var forenelig med EØS-retten, avga ESA sommeren 2011 en *grunngitt uttalelse* ("Reasoned opinion")¹¹. Forholdet til ILO 94 ble knapt nevnt av ESA. ESAs drøfting var tuftet på Rüffert-dommen og i noen grad også på Laval-dommen. ESAs konklusjon var at Norge ikke hadde oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalens art. 36. Norge ble gitt frist for retting – noe som også ble gjort.

I sitt svar¹² holder Norge fast på at det ikke er motstrid mellom ILO 94 og EØS-retten:

In short, the Government underlines the importance of the Regulation as part of the Government's action plan against social dumping. In the view of the Government, the public sector has a particular responsibility in preventing social dumping and not contributing to the exploitation of workers, by ensuring that the pay and working conditions are in line with the minimum level set in the collective agreements. The Regulation makes use of the right to incorporate social considerations in public procurement as laid down in Article 26 of Directive 2004/18/EC, and it implements ILO Convention No. 94 on labour clauses in public contracts (ILO 94).

[...]

It is recalled in this context, as set out in the Government's letter of 15 October 2009, that Directive 96/71/EC must be interpreted in conformity with Directive 2004/18/EC and ILO Convention No 94.

Likevel velger regjeringen å bøye av og endrer reglene:

The Government has decided to make some amendments to the Regulation in order to dispel any doubts that the Regulation complies with EEA law. The amendments enter into force on 15 November 2011.

The main amendments are:

- *The Regulation now makes it clear that it is the minimum rates of pay stemming from nationwide collective agreements that are to be complied with.*
- *In sectors that are covered by regulations that declare collective agreements generally applicable, the Regulation makes reference to the pay and working conditions that stem from these regulations.*
- *There is no longer any reference to salary and working conditions "common to the place and occupation concerned."*
- *The Regulation also clarifies which types of pay and working conditions that must be applied, i.e. the conditions that follow from Directive 96/71/EC Article 3(1) first subparagraph (minimum rates of pay, working time and compensation for travel, board and lodging).*
- *The contracting authorities have to make it clear in the call for tender and in the contract documents that these conditions are to be complied with.*

De norske regler i forskriften ble deretter endret til i loven slik at de lyder:

§ 7. Lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Kongen kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som inngås etter denne lov, som skal sikre 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.

Kongen kan ved forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende etterlevelse av klausulene.¹³

I forskriften:

§ 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.

§ 6. Krav til informasjon

Oppdragsgiver skal i kontrakten kreve at leverandøren og eventuelle underleverandører på forespørsel må dokumentere at krav til lønns- og arbeidsvilkår som nevnt i 5 er oppfylt.

Oppdragsgiver skal i kontrakten forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner, dersom leverandøren eller eventuelle underleverandører ikke etterlever vilkårene i § 5. Sanksjonen skal være egnet til å påvirke leverandøren eller underleverandøren til å oppfylle vilkårene.

Oppdragsgiver skal i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget opplyse om at kontrakten vil inneholde krav om lønns- og arbeidsvilkår, dokumentasjon og sanksjoner i samsvar med denne forskriften.

ESA henla etter dette svar saken:

Taking into consideration the development of this case since its opening in June 2008, in particular the amendments adopted to Regulation No. 11212008 together with the increase in the number of universally applicable agreements, the scope of the infringement has significantly been reduced. The Authority considers it therefore appropriate, at the present stage, not to proceed further with this case.¹⁴

V

Hva har skjedd?

Etter min mening gir ILO 94 et videre vern for beskyttelse av lønns- og arbeidsvilkår mot sosial dumping enn det vern som kan gis etter utstasjoneringsdirektivets art 3 (1) slik det fortolkes av EU-/Efta-domstolen, jf regjeringens svar til ESA gjengitt over, holdt opp mot teksten i det første rundskriv som ble sendt ut.

Etter direktivets art 3 (1) er det *minstelønn* som den utstasjonerte arbeider skal sikres. Ikke mer. Denne forståelse av EU-retten er klar bl.a. etter EF-domstolens avgjørelser i Ruffert-saken og Luxembourg-saken¹⁵. På dette punkt er det motstrid med ILO 94 som skal sikre lønninger og arbeidsvilkår tilsvarende det som er det vanlige på stedet og i bransjen.

Regjeringen har bøyd av i forhold til kritikken som ESA reiste og svekket reglene i forhold til ILO 94 og i retning av utstasjoneringsdirektives oppregning av lovlige tiltak mot sosial dumping i art. 3 slik direktivet ble fortolket av EF-domstolen i Rüffert og Luxembourg. Øvelsen regjeringen har gjort er noe langt mer enn en lek med ord. Som nevnt er ESA sin *grunngitte uttalelse* uten henvisning til ILO 94, sjøl om Norge er bundet av ILO 94, og på tross av at EUs Charter om Grunnleggende Rettigheter refererer til folkeretten i art 53. Artikkelen er begrenset til de "grunnleggende menneskerettigheter", men omfatter også folkeretten der hvor EUs medlemmer har vært med å utvikle denne. Dette gjelder for ILOs konvensjoner. Det synes likevel tvilsomt om EF-domstolen mener at ILOs regler mot sosial dumping er vernet av art. 53.

ESA drøfter gyldigheten av de norske regler/implementeringen av ILO 94 opp mot EU-retten, og drøfter ikke EØS-rettens forhold til grunnleggende arbeiderrettigheter slik de vedtas i ILO. ILO 94 synes ikke å ha relevans for ESA.

EØS-lovens § 2 gir forrang for EØS-retten i tilfeller av lovkollisjon. Dersom en norsk regel som implementerer f.eks. en ILO regel er i strid EØS-regel, går sistnevnte foran. Det er vel dette prinsipp som er kommet til uttrykk i saken mellom ESA og Norge om implementeringen av ILO 94. En slik situasjon er ikke holdbar. På arbeidsrettens område må ILO regler gå foran EUs prinsipper om fri flyt. ILOs regler gir et minimumsvern. Norge kan ikke legge seg på et dårligere vern for arbeidstakeres rettigheter enn hva ILO anviser. Lavalkvartetten kan oppfattes å sette grenser for arbeidervern. Bli disse grensene dårligere enn ILOs, bør Norges forpliktelser etter ILOs regler og standarder ikke vike.

I en bredt anlagt artikkel, "*ILO Convention No. 94 in the aftermath of the Rüppert case*"¹⁶, anfører forfatterne Bruun, Jacobs og Schmidt at det er konflikt og motsetning mellom Rüffert-avgjørelsen og ILO 94. Bruun er professor i arbeidsrett i Helsinki, Jacobs det samme i Nederland. Alle tre er anerkjente arbeidsrettsekspertene. De slår fast at det er motstrid mellom EU-retten etter Rüffert og ILO 94, og i følge EU-retten skal EU-retten ha forrang. De peker på at EU-stater kan komme i en situasjon hvor ILO-konvensjoner må sies opp. De understreker at motstriden i forhold til ILO 94 ennå ikke er klar nok i det, som nevnt, Tyskland har ikke ratifisert ILO 94 slik at evt. motstrid derfor ikke ble drøftet av domstolen.

I en bredt anlagt artikkel i *Arbeidsrett og arbeidsliv* (hefte 1/2011) gir Joakim Augeli Karlsen og Stein Evju uttrykk for det samme.

En formell konflikt mellom Norges tilslutning til ILO 94 og våre EØS-rettslige forpliktelser ble ikke satt på kartet av ESA ved sin avslutning av saken mot Norge.

Saken illustrer likevel at EØS setter grense for de krav til lønns- og arbeidsbetingelser kan sette. Og disse krav er snevrere enn hva ILO 94 gir anvisning på.

Videre er det et poeng at EUs Charter om Grunnleggende Rettigheter, art 53, gir slike folkerettslige forpliktelser status foran EU-retten. ILO 94 kan sees på som omfattet av bestemmelsen i art 53, og dermed ha forrang for utstasjoneringsdirektivet. Spørsmålet er, som antydnet, om EF-domstolen har samme standpunkt. Det kan synes tvilsomt.

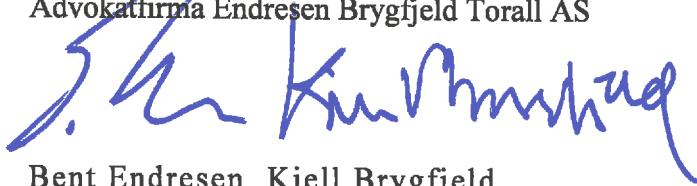
Et annet spørsmål er om Høyesteretts dom av 5. mars i år, STX mot Staten, kan gi grunnlag for optimisme sett med norsk fagbevegelses øyne. I dommen går Høyesterett mot EFTA-domstolens syn på hva som kan allmenngjøres av lønns- og arbeidsvilkår, og bøyer seg ikke for dens autoriserte oppfatning om hva som er mulig under EØS-avtalen. Men Høyesterett foretok sin vurdering etter EU-rettslige premisser. De beskrev EU-retten bedre enn EFTA-domstolen, og gikk ikke opp en grenseoppgang mot EU-retten versus andre hensyn.

Kan det tenkes at Høyesterett viser samme frie holdning til EØS' organer i et tilsvarende søksmål om ILO 94, implementert i norsk rett? Jeg lar spørsmålet stå åpent. I sitt foredrag i Tromsø 19. mars i år gikk EFTA-domstolens president Baudenbacher sterk i rette med Høyesteretts avgjørelse. Han reserverte seg klart mot Høyesteretts forståelse av EØS-avtalens betydning norsk rett, og han indikerte klart at Høyesteretts dom ville bli ettergått i sømmene av ESA.

Det er spenninger mellom norsk rett og EØS-retten. Dersom rettstilstanden på det arbeidsrettslige område – særlig knyttet til den kollektive arbeidsrett og til lønns- og avtaleforhold, er slik at EØS-rettslig regler har forrang for ILOs konvensjoner, og for norske arbeidsrettslige tradisjoner, er arbeidstakers vern betydelig svekket. Det vil ikke bli mulig å verne oss mot sosial dumping uten en full endring av norsk kollektiv arbeidsrett i retning av en form for lovfesting av tarifferte normer.

1. mai-taler mot sosial dumping er neppe mye verdt. EØS må frontes på en annen måte for at ikke også kamp mot sosial dumping underordnes markedskreftenes frie spill.

Med hilsen
Advokatfirma Endresen Brygfeld Torall AS



Bent Endresen Kjell Brygfeld

-
- ¹ Konvensjonen er tilgjengelig under www.fn.no/ilo
- ² En grundig gjennomgang er gitt av Karlsen og Evji i Arbeidsrett og arbeidslin 1/2011
- ³ Nå lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69
- ⁴ Forskrift 2008 nr. 112
- ⁵ Konvensjonens art. 2
- ⁶ Rundskriv fra Moderniseringsdepartementet av 2005-06-16
- ⁷ Ot.prp.nr.7 (2007-2008)
- ⁸ Ot.prp.nr.7 (2007-2008) s.7
- ⁹ Ot.prp.nr.7 (2007-2008) s. 10
- ¹⁰ I dav. lovs § 11a
- ¹¹ www.eftasurv.int/media/public-documents/574000-RDO-Labour-Clauses.pdf
- ¹² www.regjeringen.no/en/dep/ad/doc/andre/brev/utvalgte_brev/2011/response-from-the-norwegian-government-t.html?id=663257
- ¹³ Lov om offentlige anskaffelser hadde tidligere ingen tilsvarende bestemmelse.
- ¹⁴ www.eftasurv.int/media/public-documents/653338_510-12-COL.pdf
- ¹⁵ Sak C-319/06
- ¹⁶ <http://trs.sagepub.com/content/16/4/473.full.pdf+html>