

1. Innledning

Jeg er jurist i Utbyggingsdivisjonen i Statens vegvesen og har arbeidet med lønns- og arbeidsvilkår siden 2011. Jeg arbeider nå med nye kontraktsbestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår og ser derfor på andre byggherrers modeller slik som Viken modellen.

Det er spesielt ett avsnitt i Viken modellen punkt 7 jeg stusser litt på. Det er:

«Ved brudd på kravene til lønns- og arbeidsvilkår skal leverandøren rette forholdet. Der bruddet har skjedd hos en underleverandør er rettingsplikten begrenset til krav som er fremmet skriftlig innen tre måneder etter lønnens forfallsdato, både for krav som følger av allmenngjort tariffavtale og landsomfattende tariffavtale. De vilkår og begrensninger som følger av lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv. av 4. juni 1993 § 13 skal gjelde i begge disse tilfellene.»

Jeg ser at tilsvarende bestemmelse er brukt i «Seriositetsbestemmelsene» som er et samarbeidsprosjekt mellom KS, Fellesforbundet, BNL og Difi. Det betyr vel at den er godt vurdert og fundert. Likevel stusser jeg.

Problemet er at bestemmelsen etter mitt syn er unødvendig som kontraktsbestemmelse, at den svekker offentlige byggherrers mulighet til å følge opp lønns- og arbeidsvilkår i kontrakten og at den forstyrrer partsforholdet i kontrakten.

2. Er det hensiktsmessig å ta inn tremånedersregelen som kontraktsvilkår i offentlige byggherrer sine kontrakter?

Av forarbeidene til lov om allmenngjøring av tariffavtaler § 13 (Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) punkt 1.1 fjerde avsnitt fremgår:

«Allmenngjøringsforskrifter er som nevnt særlig relevant for utsendte arbeidstakere. For disse arbeidstakerne kan det være vanskelig å sikre at arbeidsgiver utbetaler det de har krav på etter allmenngjøringsforskrift. Regjeringen uttalte i handlingsplan 2 mot sosial dumping at den ville utrede en modell for solidaransvar for oppdragsgiver etter allmenngjøringsloven. I tillegg til å sikre faktisk lønnsutbetaling, vil et solidaransvar også gi oppdragsgivere sterkere motivasjon til å velge seriøse underleverandører.»

I proposisjonen side 3 fremgår videre:

«Etter gjeldende rett er det arbeidsgiver som har ansvaret for å utbetale lønn til sine arbeidstakere. Ifølge forslaget vil et solidaransvar innebære at også den som setter ut et oppdrag (oppdragsgiver), skal være ansvarlig for de forpliktelsene oppdragstakere nedover i en kontraktkjede har til å betale lønn etter allmenngjøringsforskrifter.»

Slik jeg forstår det er bestemmelsen ment å styrke arbeideres mulighet til å få riktig lønn. På samme side fremgår at departementet foreslår at solidaransvaret bare skal gjelde for leverandører og

underleverandører som driver næringsvirksomhet, og ikke for den som bestiller selve produktet eller resultatet, som for eksempel et bygg eller et skip. Det betyr at underbetalt arbeider ikke kan rette kravet mot offentlig byggherre.

Videre på side 3 fremgår:

«Departementet mener at det bør kreves en viss aktivitetsplikt fra arbeidstaker som ikke har fått utbetalt lønn ved forfallsdato og som ønsker å gjøre solidaransvaret gjeldende. Departementet foreslår at arbeidstaker skriftlig må fremme sitt krav overfor oppdragsgiver innen en frist på tre måneder etter lønnens forfallsdato.»

I proposisjonen punkt 4.6.5 s 67 fremgår:

«For at oppdragsgiver skal få en betalingsplikt, må arbeidstaker ha rettet et krav mot vedkommende. Etter departementets syn bør det kreves en viss aktivitetsplikt fra arbeidstaker som ikke har fått utbetalt lønn ved forfallsdato og som ønsker å gjøre solidaransvaret gjeldende. Departementet foreslår derfor at det innføres en frist for arbeidstaker til å rette krav mot oppdragsgiver.

Ved fastsettelsen av en slik frist er det flere relevante hensyn som må vektlegges. På den ene side bør fristen være tilstrekkelig lang til at arbeidstaker får rimelig tid til å områ seg, og for eksempel kan avvente en ren betalingsforsinkelse fra arbeidsgiver. Situasjonen kan dessuten ofte være at arbeidstaker får utbetalt lønn, men at lønnen ligger under det som følger av en allmenngjøringsforskrift. I et slikt tilfelle vil det kunne ta noe tid før arbeidstakeren oppdager misligholdet og blir klar over rettighetene sine. Det må videre vektlegges at tiltaket særlig vil få virkning for utenlandske arbeidstakere som vil kunne ha språkproblemer og mindre kjennskap til regelverket. Etter departementets syn må en frist også ta en viss høyde for dette.

På den annen side er det av hensyn til oppdragsgiver viktig at fristen sikrer aktivitet fra arbeidstakers side. En kortere frist kan i tillegg bidra til å begrense lønnskravet overfor oppdragsgiver, fordi oppdragsgiver innen rimelig tid får kjennskap til betalingsmisligholdet. Det vil dermed være mulig å ta relevante skritt overfor den ansvarlige arbeidsgiveren, for eksempel tilbakeholde en del av vederlaget eller på annen måte fremtvinge betaling fra arbeidsgiveren.».

I proposisjonen punkt 4.6.10 s 72 fremgår:

«Ifølge departementets forslag er det opp til den enkelte arbeidstaker å avgjøre hvorvidt vedkommende ønsker å gjøre et krav gjeldende overfor oppdragsgiver. Som nevnt er spørsmål

om lønnsforpliktelser et privatrettslig forhold, og dersom det oppstår tvist om lønnsutbetalingen må arbeidstaker selv forfølge sitt krav rettslig.»

Poenget etter allmenngjøringsloven er at riktig lønn er et privatrettslig forhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det er fritt opp til arbeidstaker om han vil kreve sin rett eller ikke. Som en «sikkerhetsventil» hvor arbeidsgiver er useriøs, kan arbeidstaker velge å rette kravet oppover i kjeden til nivå over sin arbeidsgiver.

Når oppdragsgiver i slike tilfeller påføres en uventet og irregulær kostnad, kan det være greit at krav må fremmes suksessivt innenfor tremånedersfristen. Dels fordi beløpet ikke skal bli svært stort, og dels fordi oppdragsgiver i beste fall da vil ha mulighet til å holde tilbake tilsvarende del av sin betaling til ledd i kjeden under seg.

Forholdet mellom offentlig byggherre og entreprenør er svært forskjellig fra de tilfeller § 13 er tiltenkt å regulere etter de føringer som kan utledes av forarbeidene.

I vårt tilfelle er hovedentreprenør (HE) vår kontraktspart og direkte ansvarlig overfor oss som byggherre for at alle kontraktsvilkår, herunder bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår, oppfylles.

Det er også HE sitt frie valg om han vil utføre arbeidet i egenregi eller benytte underentreprenører (UE). Hvis HE velger å benytte UE er HE fullt ansvarlig for alle sider ved UE sin kontraktsutførelse, herunder oppfyllelse av kontraktens krav til lønns- og arbeidsvilkår.

Det er altså HE sitt «primæransvar» at kontraktens krav til lønns- og arbeidsvilkår i kjeden under ham til enhver tid er tilfredsstilt. Ikke er «sekundæransvar» som solidaritetsregelen i § 13 er ment å statuere.

I kontrakt som Statens vegvesen benytter fremgår:

«Entreprenøren skal ha prosedyrer for, og gjennomføre nødvendige kontroller av underentreprenører, innleide arbeidstakere og utsendte arbeidstakere. Entreprenøren skal dokumentere resultatet av kontrollene, og oversende dokumentasjonen til byggherren. På byggherrens forlangende skal entreprenøren gjennomføre nærmere spesifiserte kontroller av underentreprenører, innleide arbeidstakere og utsendte arbeidstakere.»

HE skal altså nærmest ha kontinuerlig oversikt over at kontraktens krav til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt.

For det første er altså HE ansvarlig for at slike kontraktsbrudd ikke skjer i kjeden under ham. Hvis slike brudd likevel skjer, er HE forpliktet til å ha egnede rutiner for å oppdage det og rette feil.

Hvis det akkumuleres et større beløp i ubetalt lønn i kjeden under HE i en lengre periode enn tre måneder, er det utelukkende HE sitt egen feil og HE sitt eget ansvar.

En «foreldelsesregel» som innebærer at om HE klarer å trenere forespørsler fra BH om lønns- og arbeidsvilkår, misligholder sin plikt til å følge opp dette selv etter kontrakten, og eksempelvis også misligholder kontraktens dokumentasjonsplikt overfor oss, gis amnesti for å oppfylle kontrakten, er ikke fornuftig.

Etter mitt syn vil tremånedersfristen anvendt mellom BH og HE i offentlige kontrakter derfor ikke ivareta en beskyttelsesverdig interesse.

Forarbeidenes begrunnelse for tremånedersregelen i § 13 korresponderer i svært liten grad med relevante forhold mellom offentlig BH og HE.

En annen svært viktig forskjell er også at kontrakten mellom BH og HE reguleres av lov om offentlige anskaffelser, herunder anskaffelsesrettslige grunnprinsipper. Det er prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet, jf. LOA § 4. I tillegg må alle kontraktskrav ha tilstrekkelig tilknytning til leveransen, altså arbeidet som skal utføres etter kontrakten, jf. LOA § 5 (2) og FOA § 19-1 (1).

Rettspraksis har utviklet læren om vesentlige endringer i inngåtte kontrakter. Læren innebærer at vesentlige endringer i en inngått kontrakt anses som inngåelse av en ny kontrakt. Siden den «nye» kontrakten ikke er inngått etter anskaffelsesreglene vil det være en såkalt ulovlig direkteanskaffelse.

Klagenemda for offentlige anskaffelser har i sak KOFA-2015/27 konkludert med at oppdragsgivers manglende håndhevelse av en kontrakt etter omstendighetene kan sidestilles med en ulovlig direkte anskaffelse.

Dersom kontraktsbestemmelser ikke håndheves vil det ofte medføre at HE gis «rabatt» på kontraktsoppfyllelsen. Det kan dels sies å være i strid med prinsippet om konkurranse, ved at

kontrakt med rabatterte krav ikke har vært utlyst, og dels i strid med prinsippet om likebehandling ved at den HE som har fått tildelt kontrakten har fått en rabattert og dermed en bedre kontrakt enn det de øvrige tilbyderne ble tilbudt å konkurrere om.

Etterlevelse av kontraktens bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår er i motsetning til lov om allmenngjøring av tariffavtaler, i hovedsak heller ikke et forhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Det illustreres ved det poeng at offentlig byggherre aldri lar «nåde gå for rett» med den begrunnelse at samtlige av de berørte arbeidstakere uttrykker at de er fornøyd med den lønn de mottar, når underbetaling oppdages

Som alle kontraktsbestemmelser er etterlevelse av bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår i hovedsak et forhold mellom offentlig BH og HE. Men det spesielle er som nevnt at det også er et forhold mellom offentlig BH og så vel potensielle tilbydere og tilbydere som valgte å konkurrere om å få kontrakten.

Anvendelse av tremånedersregelen som «foreldelsesregel» for kontraktsbrudd i forholdet mellom offentlig BH og HE, vil skade øvrige tilbyders interesser, kunne medføre at BH eksponeres for sanksjoner for ulovlig direkteanskaffelse, og at HE «ler hele veien til banken» etter å ha mislighold både kontraktskrav til riktig lønn og plikt til å kontrollere at riktig lønn betales.

Etter en sammenlignende vurdering er det helt klart at de formål som tremåneders regelen etter lovforarbeidene er tiltenkt å ha, ikke gjør seg gjeldende i forholdet mellom offentlig BH og UE. Det er tvert imot viktige hensyn som tilsier at tremånedersregelen absolutt ikke bør anvendes i dette forholdet.

Konklusjon: Det er svært ugunstig å ta inn tremånedersregelen i våre kontrakter.

3. Er offentlig byggherre forpliktet til å ta inn tremånedersregelen i våre kontrakter?

Lov allmenngjøring av tariffavtaler § 13 trådte i kraft i 2010. Jeg vet ikke når tremånedersregelen første gang dukket opp i offentlige kontrakter, men antar at det kan ha skjedd tidligst i 2015 da arbeidet med felles seriøsitetsbestemmelser startet. Det faktum at det

trolig har gått minst fem år før noen offentlig byggherre tok tremånedersregelen inn i kontrakten, indikerer at offentlige byggherrer ikke er forpliktet til å ta den inn.

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 annet ledd anviser at:

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

Allmenngjorte tariffavtaler vil gjelde uansett for arbeidsutførelsen i en offentlig kontrakt. Poenget med å forskriftsfeste at det skal tas inn i kontrakten er at vi kan knytte effektive sanksjoner til etterlevelsen.

Etter mitt syn gjelder kravet lønns- og arbeidsvilkår i forskriften, ikke nødvendigvis hjemmelslovens (lov om allmenngjøring av tariffavtaler) forskjellige øvrige bestemmelser eksempelvis arbeidstakers mulighet til inndrivelse av krav overfor andre enn arbeidsgiver.

Dersom en ser anskaffelsesloven (LOA) forskrift om offentlige anskaffelser FOA), forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og lov om allmenngjøring av tariffavtaler, i sammenheng, er det etter mitt syn helt klart at § 13 ikke er ment benyttet i offentlige kontrakter.

Det kan i alle fall ikke argumenteres holdbart for at offentlig byggherre er forpliktet til å ta inn hovedinnholdet i § 13 i kontrakter i tilfeller hvor lønns- og arbeidsvilkår reguleres etter «...gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje...».

Konklusjon: Vi er ikke forpliktet til å ta inn tremånedersregelen i våre kontrakter verken når lønns- og arbeidsvilkår reguleres av forskrift eller når det reguleres av landsomfattende tariffavtale.

4. Hvorfor er en henvisning til vilkår i § 13 i lov om allmenngjøring § 13 svært skadelig?

«Ved brudd på kravene til lønns- og arbeidsvilkår skal leverandøren rette forholdet. Der bruddet har skjedd hos en underleverandør er rettingsplikten begrenset til krav som er fremmet skriftlig innen tre måneder etter lønnens forfallsdato, både for krav som følger av allmenngjort tariffavtale og landsomfattende tariffavtale. De vilkår og begrensninger som følger av lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv. av 4. juni 1993 § 13 skal gjelde i begge disse tilfellene.»

«De vilkår og begrensninger som følger av lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv. av 4. juni 1993 § 13 skal gjelde i begge disse tilfellene.»

Vilkår etter § 13 annet ledd er at «Arbeidstaker må fremme skriftlig krav overfor solidaransvarlig ...». (min understreking)

Problemet med kontraktsbestemmelsens henvisning til vilkår i § 13, er at rettingsplikt ved underbetaling hos UE ikke bare foreldes etter tre måneder, men at det i tillegg forutsettes at arbeidstaker selv fremmer kravet.

For utenlandske arbeidstakere kan lønn i Norge være langt under riktig lønnsnivå, men likevel det tredobbelte eller mer sammenlignet med lønn i hjemland. Lav lønn er derfor ofte konkurransefortrinnet til utenlandsk arbeidskraft. De er derfor ofte ikke interessert i å kreve høyere lønn. Hvis de er interessert, vil de ofte være i et avhengighetsforhold til sin arbeidsgiver som gjør at de ikke tør å kreve høyere og riktig lønn.

Som nevnt tidligere er det irrelevant for offentlig byggherre om arbeidstakere er fornøyd med lønnen eller ikke siden vi anskaffelsesrettslig uansett er nødt til å påse at kontraktens minstekrav til lønn etterleves.

Det bør derfor være helt uaktuelt for offentlig byggherre å ta inn kontraktsbestemmelse som ikke bare inneholder foreldelsesfrist på tre måneder for å kreve riktig lønn hos UE, men også at arbeidstaker ønsker å fremme kravet.

Arbeidstakers initiativ og interesse har vi ingen kontroll på.

Konklusjon: En henvisning til vilkår i § 13 innebærer at vi bare kan følge opp riktig lønn hos UE hvis arbeidstaker krever det, og det vil ofte avskjære oss fra å oppfylle våre plikter etter anskaffelsesretten.

VEDLEGG

I Innst. O. nr. 131 (2008-2009) 1.5.2.3 sjette avsnitt fremgår:

«Solidaransvaret bør i utgangspunktet ikke gjelde for bestiller/byggherre. Bakgrunnen er de ulike rollene bestiller og leverandør har i et kontraktsforhold. Det vil som regel være leverandøren som har best kjennskap til underleverandørens fagområde og virksomhet, og som står nærmest til å bære risikoen med organiseringen og utføringen av oppdraget.»

Viken modellen punkt 7. Krav til lønns- og arbeidsvilkår

Ved brudd på kravene til lønns- og arbeidsvilkår skal leverandøren rette forholdet. Der bruddet har skjedd hos en underleverandør er rettingsplikten begrenset til krav som er fremmet skriftlig innen tre måneder etter lønnens forfallsdato, både for krav som følger av allmenngjort tariffavtale og landsomfattende tariffavtale. De vilkår og begrensninger som følger av lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv. av 4. juni 1993 § 13 skal gjelde i begge disse tilfellene.

ALLMENGJØRINGSLOVEN

§ 13. Solidaransvar for oppdragsgivere

Leverandører og underleverandører som setter ut arbeid eller leier inn arbeidstakere, hefter på samme måte som en selvskyldnerkausjonist for utbetaling av lønn og overtidsbetaling etter allmenngjøringsforskrifter og opptjente feriepenges, jf. [lov 29. april 1988 nr. 21](#) om ferie, til arbeidstakere ansatt hos virksomhetenes underleverandører.

Arbeidstaker må fremme skriftlig krav overfor solidaransvarlig senest innen tre måneder etter lønnens forfallsdato. Forfallstiden for feriepenges reguleres av [lov 29. april 1988 nr. 21](#) om ferie. Solidaransvarlig skal betale kravet innen tre uker etter at kravet er kommet frem. Solidaransvarlig skal snarest mulig og senest innen to uker skriftlig varsle øvrige ansvarlige leverandører og underleverandører om kravet.

Solidaransvarlig kan nekte å dekke kravet dersom arbeidstakeren visste at forutsetningen for arbeidsoppdraget var at lønn mv. helt eller delvis skal dekkes av en solidaransvarlig.

Departementet kan gi nærmere regler om utformingen av ansvaret i forskrift. Departementet kan også gi forskrift om at virksomhet som bestiller et produkt eller et resultat, skal omfattes av solidaransvaret dersom særlige hensyn tilsier det. Dette gjelder ikke bestiller som er forbruker.

⁰ Tilføyd ved [lov 19 juni 2009 nr. 42](#) (ikr. 1 jan 2010 iflg. [res. 19 juni 2009 nr. 841](#)).