

Notat

Til: NHO Service og Handel v/Johan Henrik Bjørge

Fra: Advokatfirmaet Wiersholm AS

Dato: 11. mars 2022

Tema: Vurdering av forslag om endringer i regelverket for innleie fra bemanningsforetak

1. Innledning

1.1 Bakgrunn

NHO Service og Handel v/Johan Henrik Bjørge har bedt Advokatfirmaet Wiersholm ("Wiersholm") vurdere de rettslige hovedutfordringene ved Arbeids- og inkluderingsdepartementets ("Departementet") forslag til forbud mot innleie fra bemanningsforetak i bygningsarbeid i Oslo, Viken og tidligere Vestfold, samt opphevelse av adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter i arbeidsmiljøloven. De nevnte forslagene er fremmet og nærmere begrunnet i Departementets høringsnotat "*Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven mm. – Endringer i regelverket for inn- og utleie fra bemanningsforetak*" av 19. januar 2022 ("Høringsnotatet"). Frist for å sende inn hørings svar er 19. april 2022.

Wiersholm har i notatet vurdert hvorvidt Departementet har tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag i arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd til å innføre nevnte forbud (punkt 4.1), vurdert hvorvidt forslagene er i tråd med EØS-retten (punkt 4.2) og vurdert om forslagene er i tråd med anskaffelsesretten (punkt 4.3). Wiersholm har i notatet avgrenset mot Departementets øvrige forslag i Høringsnotatet og reglene om innleie i statsansatteloven.

1.2 Oppsummering

Etter Wiersholms syn er det tvilsomt om forslaget om å forby innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid i Oslo, Viken og tidligere Vestfold, slik dette er utformet og begrunnet i Høringsnotatet, vil kunne innføres som forskrift basert på dagens hjemmel i arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd.

Videre er EØS-reglene til hinder for å gjennomføre forslaget i sin nåværende form. De foreslåtte tiltakene utgjør en restriksjon etter vikarbyrådirektivets artikkel 4, som bare er lovlig i den grad de kan begrunnes i allmenne hensyn. Departementet har ikke påvist at de foreslåtte tiltakene er egnede og nødvendige for å nå de påberopte formålene og faktagrunnlaget er uansett for svakt til å kunne begrunne tiltakene på en måte som står seg EØS-rettslig.

I forlengelsen av dette foreligger det også en relativt betydelig risiko for at forslagene i sin nåværende form må anses problematisk i et anskaffelsesrettslig perspektiv. Forslaget om det geografiske og bransjemessige forbudet om innleie vil i praksis fungere som et generelt forbud, uten at det åpnes for konkrete vurderinger i det enkelte tilfellet. Den EØS-rettslige vurderingen trekker også klart i retning av at det foreligger en risiko for at begge forslagene også vil stride mot kravet til forholdsmessighet i anskaffelsesloven § 4.

2. Gjeldende innleierestriksjoner og nylige skjerpelser

2.1 Innleie fra bemanningsforetak – omfattende regulert i norsk rett

Med innleie menes at en virksomhet (innleier) for en tidsbegrenset periode leier inn en arbeidstaker fra en annen virksomhet (utleier), og hvor arbeidet utføres under innleiers tilsyn og ledelse. Den utleide arbeidstakeren er ansatt hos utleier og arbeider som en arbeidstaker hos innleier, uten å være ansatt der.¹ Adgangen til innleie er regulert i arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13, hvor førstnevnte bestemmelse regulerer adgangen til innleie fra bemanningsforetak. Innleie fra bemanningsforetak er underlagt detaljerte regler om både når og hvordan innleie skal skje, samt konsekvenser dersom innleien er i strid med arbeidsmiljølovens regler.²

Gjeldende innleieregler bygger på et ønske om å ivareta et arbeidsmarked med hovedvekt på faste ansettelser og først og fremst topartsforhold. Topartsrelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er lagt til grunn for norsk arbeidslivslovgivning og er et sentralt og grunnleggende trekk ved det norske arbeidsmarkedet. Det er bred enighet om at faste ansettelser er det som best sikrer stabile og forutsigbare rammebetingelser for begge parter i et arbeidsforhold. Innleiereglene bidrar samtidig til fleksibilitet for virksomhetene, for eksempel i situasjoner med behov for vikariater eller ved sesongsvingninger, jf. blant annet Prop.74 L (2011-2012) og Prop. 73 L (2017-2018) punkt 8.3.2. s. 42. Gjeldende innleieregler bygger følgelig på mange av de samme hensynene som Departementet har trukket frem som begrunnelse for de foreslåtte endringene i Høringsnotatet, se punkt 3 under.

Etter § 14-12 første ledd er innleie tillatt "*i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav a til e.*" Vilkårene for innleie fra bemanningsforetak er med andre ord de samme som for midlertidig ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav a til e, med unntak for den frie adgangen til midlertidig ansettelse etter § 14-9 andre ledd bokstav f. Som det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen er innleierestriksjonene i første ledd begrunnet i et ønske om at faste og direkte ansettelser skal være hovedregelen, og at innleie bare skal tillates som et alternativ til midlertidig ansettelse for å dekke et midlertidig arbeidskraftbehov, jf. Ot.prp. nr. 70 (1998–99) s. 44 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 221.³

Det fremgår videre av § 14-12 andre ledd at i virksomhet som er bundet av tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven⁴ kan arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder, inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie, uavhengig av begrensningene i § 14-9 andre ledd bokstav a til e. Bestemmelsen ble innført for å hindre at innleieadgangen som følger av første ledd i enkelte tilfeller ble for restriktiv, jf. Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.4. Hensynet bak regelen er blant annet at de tillitsvalgte i innleievirksomheten skal sikres medinnflytelse på spørsmålet om det skal forekomme innleie ut over lovens hovedregel i § 14-12.⁵ I tillegg har innleievirksomheten og bemanningsforetaket en plikt til å fremlegge dokumentasjon på at det er inngått tariffavtale med fagforening med innstillingsrett og at det er inngått lokal avtale med relevante tillitsvalgte som nevnt på Arbeidstilsynets forespørsel, jf. § 14-12 andre ledd andre punktum.

¹ NOU 2021:9 s. punkt 13.1 s. 289.

² I henhold til forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere omfattes også arbeidstakere som er utsendt fra utenlandske virksomheter av en rekke bestemmelser i arbeidsmiljøloven og annen lovgivning vedrørende arbeids- og ansettelsesvilkår, herunder arbeidsmiljølovens regler om innleie i §§ 14-12 til 14-14.

³ Videre fremgår det av § 14-12 første ledd andre punktum at innleier på forespørsel fra bemanningsforetaket skal opplyse om innleien gjelder et vikariat.

⁴ For å ha innstillingsrett må fagforeningen ha minst 10 000 arbeidstakere som medlemmer, jf. arbeidstvistloven § 39.

⁵ Ot.prp. nr.70 (1998-1999) punkt 6.3.3.4. s. 45.

Etter arbeidsmiljøloven § 14-12 tredje ledd skal innleier videre drøfte bruken av innleid arbeidskraft minst én gang per år med virksomhetens tillitsvalgte, herunder praktiseringen av kravet om likebehandling, se nærmere punkt 2.2 om likebehandlingsprinsippet. Drøftelsesplikten skal øke bevisstheten om vilkårene for lovlig innleie og bidra til en balansert bruk av innleid arbeidskraft, jf. Prop. 74 L (2011–2012) s. 93 (pkt. 14.3).

Dersom den innleide er sammenhengende innleid i mer enn tre (vikariat) eller fire år (arbeid av midlertidig karakter) etter § 14-12 første ledd kan den innleide kreve fast ansettelse hos innleier i samsvar med reglene om midlertidig ansettelse, jf. § 14-12 fjerde ledd. Det samme gjelder for det tilfellet at grunnlaget for innleien har vært en kombinasjon av nevnte grunnlag. Den innleide kan også kreve dom for fast ansettelse hos innleier samt erstatning dersom innleien er i strid med § 14-12, jf. arbeidsmiljøloven § 14-14.

2.2 Prinsipp om likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår

I tillegg til nevnte reguleringer gjelder det et prinsipp om likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår for henholdsvis innleide arbeidstakere og de ansatte i innleievirksomheten, jf. arbeidsmiljøloven §§ 14-12 a til 14-12 c. Likebehandlingsprinsippet ble innført i 2013 som ledd i gjennomføringen av EUs vikarbyrådirektiv.⁶ Direktivet har til formål å sikre beskyttelse av innleide arbeidstakere, bedre deres vilkår, anerkjenne vikarbyråene som arbeidsgivere og å etablere passende rammer for anvendelsen av innleid arbeidskraft, jf. direktivets artikkel 2 og punkt 4.2.1 under.

Som det fremgår av § 14-12 a innebærer likebehandlingsprinsippet at bemanningsforetaket skal sørge for at arbeidsvilkårene til den innleide er de samme som om vedkommende var direkte ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid. Dette omfatter arbeidstidens lengde og plassering, overtidsarbeid, varighet og plassering av pauser og perioder, nattarbeid, feriefritid og feriepenger, samt lønn og utgiftsdekning. I tillegg skal den innleide sikres samme tilgang til felles goder og tjenester hos innleier som innleiers fast ansatte, i den perioden innleien varer, jf. bestemmelsens første og andre ledd.

I forarbeidene er det påpekt at likebehandling vil bidra til at bruk av innleie ikke undergraver målene om et arbeidsmarked med en hovedvekt på faste og direkte ansettelser, samt bidra til at utleie fra vikarbyrå kan fungere som et mer likeverdig alternativ til midlertidig ansettelse for arbeidstaker. Videre er det vist til at likebehandling medfører at innleie i større grad vil begrense seg til de situasjoner der det faktisk er et reelt behov for fleksibilitet, og at arbeidsgiver i mindre grad vil ha reduserte lønnskostnader som motivasjon for innleie, jf. Prop. 74 L (2011–2012) s. 51 (pkt. 8.3.1).⁷

For å sikre en effektiv gjennomføring av likebehandlingsprinsippet gjelder det egne regler om opplysningsplikt og innsynsrett ved innleie fra bemanningsforetak, samt solidaransvar for innleier for utbetaling av lønn, feriepenger og eventuell annen godtgjøring etter kravet om likebehandling i § 14-12 a, inkludert krav som følger av tariffavtale som nevnt i § 14-12 a tredje ledd, jf. arbeidsmiljøloven §§ 14-12 b og 14-12 c. Innleier er for øvrig også gitt et utvidet ansvar for innleide arbeidstakeres arbeidstid og lønn, jf. arbeidsmiljøloven § 2-2.

⁶ Se Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF om vikararbeid.

⁷ Kravet til likebehandling gjelder for øvrig også for utsendte arbeidstakere, jf. forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere § 2 første ledd bokstav a.

2.3 Betydelig skjerpelser i 2019 og 2020 – forbud mot innleie i bygg og anlegg ansett for inngripende

Kravet om at den underliggende tariffavtalen må være inngått med "fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven" ble tilføyd ved lovendring fra 1. januar 2019.⁸ Den tidligere bestemmelsen oppstilte ikke et krav til hvem som må være part på arbeidstakersiden i den "underliggende" tariffavtalen virksomheten er bundet av. I forarbeidene er lovendringen begrunnet med at den tidligere avtaleadgangen, hvor det var tilstrekkelig at virksomheten var bundet av tariffavtale med lokal fagforening eller klubb, blant annet førte til omfattende bruk av innleid arbeidskraft, særlig i bygge- og anleggsbransjen, og at virksomhetens tillitsvalgte kunne oppleve press på å inngå avtaler om innleie, jf. Prop. 73 L (2017-2018) s. 43.

I høringsrunden i 2018 ble det reist flere forslag til tiltak med sikte på å begrense innleieomfanget, herunder ble det fra flere fagforbund i LO tatt til orde for et forbud mot innleie fra bemanningsforetak. Departementet mente imidlertid at et forbud ville være for restriktivt med tanke på virksomhetenes behov ved arbeidstopper og ved arbeidstakeres fravær. Det ble vist til at "[o]gså i bygge- og anleggsbransjen kan det være legitime behov for å leie inn ekstra arbeidskraft i perioder. Det er heller ikke alltid at det finnes tilstrekkelig arbeidskraft lokalt. For streng regulering kan også gå ut over fast ansatte, ved at virksomheter ikke kan påta seg oppdrag som de kunne utført med en viss innleieadgang", jf. Prop. 73 L (2017 – 2018) punkt 8.3.2. s. 42.

Departementet mente i stedet at det ville være hensiktsmessig å foreslå en endring av avtaleadgangen i § 14-12 andre ledd når det gjaldt bygge- og anleggsvirksomhet, og at et slik tiltak ville kunne bidra til å møte noen av de nevnte problemstillinger. I denne forbindelse ble det vist til at ulovlig innleie særlig så ut til å være et problem i tilknytning til § 14-12 andre ledd om innleie på grunnlag av avtale på virksomhetsnivå, og at det ut fra beskrivelsene av situasjonen var grunn til å anta at gjeldende håndhevingsmekanismer ikke fungerte tilfredsstillende, jf. Prop. 73 L (2017 – 2018) punkt 8.3.2. s. 42 – 43. På denne bakgrunn ble adgangen til å inngå lokale avtaler om innleie strammet inn ved å heve nivået til den "underliggende" tariffavtalen virksomheten måtte være bundet av. Samtidig presiserte departementet at det å "sikre effektive håndhevingsmekanismer og sanksjoner, som er tilpasset vår tids arbeidslivsutfordringer, vil [...] kunne være et målrettet tiltak for å begrense uønsket innleie"⁹, se nærmere om endringen av Arbeidstilsynets tilsyns- og påleggskompetanse fra 1. juli 2020 under.

Samtidig med innføringen av det skjerpede kravet til tariffavtalenivå, ble det også fra 1. januar 2019 inntatt en definisjon av fast ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd, for å tydeliggjøre kravet om reelt stillingsvern og forutsigbarhet for arbeidsomfang. Loven krever nå det må være avtalt et konkret arbeidsomfang, typisk en stillingsandel eller stillingsprosent, jf. Prop.73 L (2017-2018) s. 52. Selv om innstrammingen ikke gjelder innleie direkte, bidrar endringen til å sikre den overordnede målsetningen om et arbeidsmarked med hovedvekt på faste ansettelser.

Fra 1. juli 2020 ble dessuten reglene om innleie fra bemanningsforetak underlagt Arbeidstilsynets tilsyns- og påleggskompetanse, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6.¹⁰ Endringen innebærer at påleggskompetansen til Arbeidstilsynet også skal omfatte bestemmelsene om adgang til innleie i § 14-12 første og andre ledd, § 14-12 a første ledd om likebehandling ved utleie og § 14-12 b første ledd om innleiers opplysningsplikt. Endringen vil åpne for bruk av Arbeidstilsynets alminnelige reaksjonsmidler og innebære en utvidet offentlig kontroll for å styrke håndhevingen av innleie- og likebehandlingsreglene. I forarbeidene er det fremhevet at formålet med å styrke etterlevelsen av

⁸ Se Lov nr. 46/2018.

⁹ Prop. 73 L (2017 – 2018) punkt 8.3.2. s. 42 – 43.

¹⁰ Se Prop.61 LS (2019–2020) og Innst.303 S (2019–2020).

innleie- og likebehandlingsreglene er å redusere de samfunnsmessige konsekvensene av ulovlig innleie, herunder å få avdekket systematiske og grove brudd på innleiereglene. Videre er tanken at offentlig kontroll med regelverket, med mulighet for å ilegge reaksjoner, vil ha større preventiv effekt, og slik bidra til at virksomhetene i større grad etterstreber å følge regelverket, jf. Prop. 61 LS (2019 – 2020) punkt 2.6.1.2 s. 22.

Det kan også bemerkes at et representantforslag¹¹ om å forby innleie fra bemanningsforetak var til behandling hos Arbeids- og sosialkomiteen senest i november 2020, men hvor et av flertallene i komiteen kom til at "et forbud mot innleie av arbeidskraft vil være svært uheldig for økonomien og næringslivet. Det vil gi lite rom for fleksibilitet når det gjelder virksomhetenes behov for å ta unna arbeidstopper og muligheten for å dekke bemanningsbehov som oppstår ved arbeidstakers fravær", og viste videre til at det har skjedd betydelige innstramminger i 2019 og 2020, jf. Innst. 97 L (2020-2021) s. 2 – 3.

2.4 Faktagrunnlaget for endringer i innleiereglene ansett utilstrekkelig i NOU 2021:9

23. juni 2021 avga Fougner-utvalget sin utredning¹² om utviklingstrekk når det gjelder bruk av ulike tilknytningsformer i arbeidslivet og endringer i virksomhetsorganisering, samt sin vurdering av behovet for eventuelle endringer i arbeidsmiljøloven i lys av dette. I utredningen er det gitt en omfattende beskrivelse av virksomhetenes bruk og konsekvenser av ulike tilknytningsformer. Når det gjelder reglene om innleie og grensen mot entrepriser har utvalget særlig pekt på at det er behov for mer samlet statistikk når det gjelder omfang og bruk av innleie, og bedre oversikt over i hvilken grad det kan forekomme omgåelser, da det foreliggende tallgrunnlaget ikke er tilfredsstillende. Videre er det pekt på at de nye regelendringene må få tid til å virke før de evalueres:

"Etter utvalgets vurdering er det imidlertid for tidlig å si sikkert om regelverksendringene i 2019 har virket etter sin hensikt. Utvalget peker på behovet for mer samlet statistikk og analyser når det gjelder innleie. Data om innleie mellom produksjonsbedrifter foreligger ikke i det hele tatt, og når det gjelder innleie fra bemanningsforetak, foreligger det først og fremst statistikk for NHOs medlemsbedrifter. (...) Utvalget peker på at tallgrunnlaget om innleie av arbeidskraft ikke er tilfredsstillende og anbefaler at det prioriteres tiltak for å lage en bedre og mer helhetlig og løpende statistikk på dette området."¹³

(...)

Innleie er i enkelte situasjoner hensiktsmessig og nødvendig for å få skaffet til veie arbeidskraft for å avhjelpe et bemanningsbehov i en tidsbegrenset periode. – Innføringen av likebehandlingsprinsippet i 2013, innstramminger i 2019, samt offentlig tilsyn med innleiereglene fra 2020, bidrar til å styrke mulighetene for å etterleve regelverket. – Utvalget foreslår ingen endringer i vilkårene for innleie nå. Flertallet, medlemmene Fougner, Almestrand, Brandshaug Dale, Juliussen, Olsen, Salvanes og Spjelkavik, mener at de nye reglene må få mer tid til å virke, og deretter evalueres."¹⁴

Som det fremgår av et siterte var det etter Fougner-utvalgets oppfatning for tidlig å foreslå ytterligere innstramminger i innleiereglene sommeren 2021. Som omtalt under punkt 4.1 er det lite som tilsier at

¹¹ Se Representantforslag 12 S (2020–2021), Dok.nr.8:12 S (2020–2021) fra stortingsrepresentant Bjørnar Moxnes om å forby bemanningsbyråer, fjerne den generelle tilgangen til midlertidig ansatte og skjerpe arbeidsgiveransvaret.

¹² NOU 2021: 9.

¹³ NOU 2021:9 punkt 9.6.2. s. 291.

¹⁴ NOU 2021:9 punkt 13.2.5. s. 299.

situasjonen har endret seg med hensyn til innleiebruken eller tallgrunnlaget siden utvalgets vurdering og som kan begrunne de innstramminger Departementet nå har foreslått, jf. punkt 3.

Gjeldende innleierestriksjoner og Departementets forslag til ytterligere innstramminger må også ses i sammenheng med andre lovforslag som er ment å styrke arbeidstakeres rettigheter og møte utviklingen i arbeidslivet, herunder forslaget om å fjerne den generelle adgangen til midlertidige ansettelser etter arbeidsmiljøloven § 14-9 annet ledd bokstav f¹⁵, gjeninnføring av kollektiv søksmålsrett ved ulovlig innleie¹⁶, samt høringsforslag om styrking av rett til heltidsarbeid.¹⁷

3. Nærmere om begrunnelsen for og innholdet i forslagene

3.1 Forbud mot innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid i Oslo, Viken og Vestfold

I Høringsnotatet har Departementet foreslått å innføre et bransjemessig og geografisk avgrenset forbud i forskriftsform mot innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid i Oslo, Viken og tidligere Vestfold med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd, se nærmere om bestemmelsen under punkt 4.1 under. På s. 32 i Høringsnotatet fremgår det at et forbud vil innebære at:

"berørte virksomheter innenfor forbudets bransjemessige og geografiske område ikke kan leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak. Et forbud vil dermed gjelde i stedet for vilkårene i § 14-12. Forbudet vil være avgrenset til å gjelde innleie fra bemanningsforetak."

Departementet mener at utfordringen med høy innleieandel er størst i byggenæringen og har derfor foreslått at forbudet bransjemessig avgrenses til å gjelde for "bygningsarbeid på byggeplasser", og slik at det med byggeplasser menes "enhver arbeidsplass hvor det utføres midlertidig eller skiftende bygningsarbeid", jf. Høringsnotatet s. 33 – 34.

Hva gjelder den geografiske avgrensningen av forbudet har Departementet foreslått at et forbud bør gjelde for områdene Oslo, Viken og tidligere Vestfold, jf. Høringsnotatet s. 35. Som begrunnelse er det blant annet vist til at "enkelte kartlegginger viser at det foregår mer innleie i disse områdene enn i resten av landet, dels at områdene antas å utgjøre et felles arbeidsmarked, og dels for å unngå tilpasninger." Den geografiske avgrensningen vil innebære at det er bygningsarbeid på byggeplasser som befinner seg innenfor det geografiske virkeområdet, som omfattes av forbudet. Det er for eksempel ikke av betydning hvor selve virksomheten er lokalisert, etablert eller har sitt hovedkontor, jf. Høringsnotatet s. 35.

I Høringsnotatet er det foreslått å gi forskriften ikrafttredelse allerede fra 1. juli 2022, eventuelt med utsatt ikrafttredelse for eksempel til 1. januar 2023 for innleieforhold som eksisterer på ikrafttredelsestidspunktet. Av Høringsnotatet fremgår det videre at et forbud "kan oppheves når man ser at forholdene har bedret seg", jf. s. 31.

Begrunnelsen for det foreslåtte forbudet følger blant annet av følgende utdrag fra Høringsnotatet:

- **Fortrenger fast ansettelse:** Departementet har vist til at "innleie er en tilknytningsform som fortrenger og utfordrer den faste ansettelsen på flere måter" og vist til at dette blant annet gjelder "reglene om stillingsvern, vernetjeneste i virksomhetene og systemet med tillitsvalgte som arbeidstakernes representanter", jf. Høringsnotatet s. 27.

¹⁵ Prop. 35 L (2021-2022) punkt 6 s. 13.

¹⁶ Se Prop. 54 L (2021-2022).

¹⁷ Se Høringsnotat Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven (styrking av retten til heltid) datert 17.01.2022.

- **Pulverisering av arbeidsgiveransvaret:** videre har Departementet vist til at "[m]ange av faktorene som påvirker og styrer arbeidstakerens hverdag vil også ligge utenfor den formelle arbeidsgivers kontroll. Trepartsforhold som innleie kan dermed bidra til å både pulverisere arbeidsgiveransvaret og arbeiderkollektivet", og videre at "[u]tbredelse av trepartsrelasjoner vil etter regjeringens vurdering bidra til å undergrave de sentrale elementene i den norske arbeidslivsmodellen", jf. Høringsnotatet s. 27.
- **Innleie blitt en permanent del av virksomheters bemanningsstrategi:** Departementet har også pekt på at "situasjonsbeskrivelsen nå [er] at inn- og utleie nettopp har utviklet seg til å bli et omfattende marked, særlig for enkelte bransjer, hvor innleie av blant annet utenlandsk arbeidskraft har blitt en permanent del av virksomhetens bemanningsstrategi" i strid med den overordnede målsettingen om hele og faste stillinger som den klare hovedregel og formålet med dereguleringen av innleiereglene i 2000, da innleie generelt ble tillatt, jf. Høringsnotatet s. 27.
- **Hindre misbruk, sikre medinnflytelse og økt rekruttering av faglært arbeidskraft:** i Høringsnotatet har Departementet også vist til at behovet for innstramminger og tiltak hvor innleieandelen er størst også er begrunnet i et ønske om å "sikre at innleiereglene ikke misbrukes, at innleie skjer i samråd med tillitsvalgte, og for å styrke det organiserte arbeidslivet. På denne måten bidrar også tiltakene til å styrke et seriøst og ordnet arbeidsliv og til å legge til rette for økt rekruttering av faglært arbeidskraft til de delene av arbeidslivet hvor det er store behov framover", jf. Høringsnotatet s. 27.
- **Skaper dårlig helse og arbeidsmiljø, samt usikkert inntektsgrunnlag:** Departementet har videre pekt på at innleie kan medføre "lavere jobbtillfredshet, færre er medlemmer i arbeidstakerorganisasjoner og gjennomsnittlig timelønn er lavere. Innleie bærer preg av kortvarige arbeidsforhold med usikkert inntektsgrunnlag, og det kan være vanskelig å bygge gode relasjoner. Flerpartsforhold, slik som innleie og entrepris, kan føre til flere ulykker og dårligere helse og arbeidsmiljø. Utenlandske arbeidstakere, særlig innenfor bygge- og anleggsnæringen, er særlig risikoutsatt for skader og ulykker. Det er dessuten stor etterspørsel etter lærlinger og fagarbeidere i næringen", jf. Høringsnotatet s. 29.
- **Negativ effekt på lønnsutviklingen, organisasjonsgrad og økt konfliktnivå:** i Høringsnotatet er det også trukket frem at stor grad av innleie kan ha negativ effekt på lønnsutviklingen i næringen, konsekvenser for de faste ansatte i virksomheten ved at det kan skape økt konfliktnivå og en svekkelse av muligheter for å etablere tariffavtale eller betydningen av eksisterende avtaler, jf. side 30.

Oppsummert synes formålet med det foreslåtte forbudet primært å bygge på et ønske om at andelen fast og direkte ansettelser skal øke, styrking og rekruttering av fagarbeidere, økt organisasjonsgrad og sikre anstendige vilkår i bransjen, jf. Også Høringsnotatet s. 30 – 31.

3.2 Opphevelse av adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter

I tillegg til et regionalt bransjeavgrenset forbud mot innleie har Departementet foreslått å oppheve adgangen til å leie inn arbeidstakere ved arbeid av midlertidig karakter, jf. arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd, jf. § 14-9 andre ledd bokstav a.

Som det fremgår av Høringsnotatet vil forslaget innebære "en *forholdsvis stor begrensning på innleieadgangen. Innleie fra bemanningsforetak vil da i praksis kun være aktuelt ved reelle vikariater og ved avtale med de tillitsvalgte, jf. § 14-12 andre ledd*", jf. s. 38. Det vil også være anledning til å leie inn arbeidstakere til praksisarbeid, arbeidsmarkedstiltak og ved arbeid i forbindelse med idrett, hvilket likevel antas å være mindre praktisk. Departementet mener at en lovendring på dette området i utgangspunktet bør gjelde alle bransjer og ikke være geografisk avgrenset.

Som begrunnelse for forslaget er det blant annet vist til følgende:

- **Fortrenger fast ansettelse:** etter Departementets syn er det særlig innleie ved arbeid av midlertidig karakter som synes å fortrenge faste og direkte ansettelser, jf. Høringsnotatet s. 38.
- **Bestemmelsen er vanskelig å praktisere:** bestemmelsen gir anvisning på en bred skjønnsmessig vurdering, hvor det kan være vanskelig for virksomhetene å vurdere om vilkåret er oppfylt, og derfor lett kan misforstås og misbrukes, ved at virksomheter dekker et permanent bemanningsbehov med innleie etter denne hjemmelen, jf. Høringsnotatet s. 38.
- **Hindre misbruk og omgåelser:** det er videre vist til at det å fjerne muligheten for innleie ved midlertidig behov i seg selv vil kunne bidra til å hindre misbruk og omgåelser og at det etter Departementets vurdering også vil gjøre regelverket enklere å forstå og praktisere dersom adgangen oppheves, jf. Høringsnotatet s. 38.
- **Forenkle håndheving av innleieregelverket:** forslaget er også begrunnet med hensynet til enklere håndheving av innleieregelverket, jf. Høringsnotatet s. 38.

Departementets overordnede målsetning synes, i likhet med forslaget om forbud om innleie omtalt over, å være at en slik innstramming vil sikre et bedre vern for arbeidstakerne i form av flere faste og direkte ansettelser.

4. Rettslige hovedutfordringer ved forslagene

4.1 Er det tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag i arbeidsmiljøloven § 14-12 femte ledd til å innføre forbud mot innleie fra bemanningsforetak gjennom forskrift?

I § 14-12 femte ledd er det inntatt en bestemmelse som gir Departementet hjemmel til å fastsette forskrift om forbud mot innleie av "*visse arbeidstakergrupper eller på visse områder når viktige samfunnshensyn tilsier det*". Som nevnt i punkt 3.1 er det foreslått å benytte nevnte bestemmelsen som hjemmel for å innføre forbudet mot innleie fra bemanningsforetak i Oslo og omegn. Slik Høringsforslaget er utformet er det imidlertid tvilsomt om § 14-12 femte ledd gir tilstrekkelig hjemmel for det foreslåtte forbudet.

Etter statsforfatningsretten kalles en slik bestemmelse, som gir fullmakt til å fravike loven i forskriftsform, en derogasjonsfullmakt.¹⁸ Forskrifter som er gitt i kraft av delegasjon har bare gyldighet så lenge de holder seg innenfor den fullmakt delegasjonsloven gir. Hvorvidt forskriften går utover sin hjemmel, beror på en tolkning av delegasjonsloven, hvor forarbeidene til loven kan være av stor

¹⁸ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 11. utgave, Universitetsforlaget, 2017, kap. 30.23 s. 290.

betydning.¹⁹ Dette fremgår blant annet av uttalelser fra Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité sin innstilling om Stortingets kontroll med forvaltningen, jf. Innst. s. nr. 277 (1976–77) s. 8:

"Komitéen vil presisere at kun Stortinget kan gi formell lov. Myndighet til å gi materielle bestemmelser kan delegeres til forvaltningen, som utferdiger forskrifter med hjemmel i den formelle lov (såkalt delegert lovgivningsmyndighet). Særlig i lovvedtak kan det således være nødvendig å gi ganske vide forskriftsfullmakter til forvaltningen fordi det kan by på vanskeligheter og til og med være uhensiktsmessig å ta alle detaljbestemmelser inn i selve lovvedtaket. I slike tilfelle må entydige uttalelser i premissene for vedtaket være sterkt retningsgivende for forvaltningens utarbeidelse av forskriftene."(vår understrekning)

Det vil følgelig være av stor betydning å vurdere hvilke premisser lovgiver har gitt for forvaltningens utarbeidelse av forskrifter etter bestemmelsen, og hvorvidt det foreslåtte forbudet kan sies å ligge innenfor lovgivers vilje ved vedtakelsen av forskriftsfullmakten.

Av forarbeidene til den tidligere 1977-loven fremgår det at lovutvalget, i forbindelse med forslaget om at utleie av arbeidskraft generelt skulle tillates, vurderte om det likevel var områder som generelt burde unntas fra utleievirksomhet, jf. NOU 1998:15 punkt 10.3.1. Utvalget antok at en situasjon hvor et firma kunne kjøpe opp kvalifisert arbeidskraft som er nødvendig for å få utført lovpålagte oppgaver, for så å leie den ut til en høy pris, ville kunne være bekymringsfull, og at det innenfor slike områder kunne ligge til rette for et relativt stort marked for vikarbyråer. I tillegg til at utleie i en situasjon med mangel på arbeidskraft kunne virke lønns- og kostnadsdrivende. Utvalget antok derfor at i enkelte yrkesgrupper eller bransjer hvor det var stor knapphet på arbeidskraft, f.eks. innenfor helsesektoren eller yrkesgrupper hvor arbeidsgivers betalingsvillighet er stor, burde det kunne gjøres unntak fra adgangen til innleie av arbeidstakere, jf. NOU 1998: 15 punkt 10.3.1.²⁰

På denne bakgrunn ble det foreslått en regel om at departementet kunne forby innleie for visse arbeidstakergrupper eller på visse områder hvor viktige samfunnshensyn tilsa det. Forslaget innbar at departementet kunne "*unnta spesielle grupper av arbeidstakere fra innleie*" og at adgangen til å forby innleie kunne "*gjøres innenfor geografiske områder, bransjer eller i enkelttilfeller*". Det ble forutsatt at et eventuelt forbud fra innleie ville kunne finne sted i forskriftsform, jf. NOU 1998:15 punkt 10.3.1.

I motivene til bestemmelsen om innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak fremhevet lovutvalget imidlertid at (NOU 1998:15 punkt 12.3.1.):

"Regelen om at departementet kan forby innleie for visse arbeidstakergrupper eller på visse områder hvor det finner at viktige samfunnshensyn tilsier det, er bare ment å være en sikkerhetsventil for det tilfellet at arbeidsinnleien skulle få klare negative samfunnsmessige konsekvenser. I perioder med sterk mangel på arbeidskraft innenfor enkelte sektorer kan en vid adgang til innleie vanskeliggjøre en samfunnsmessig heldig organisering av arbeidet. Sterkt press på enkelte grupper innenfor helsesektoren kan være et eksempel på det. I perioder med sterk mangel på for eksempel leger eller operasjonssykepleiere, kan det etter omstendighetene gi klart uheldige virkninger for samfunnet om disse skulle velge å slutte i faste stillinger for så å leies inn til betingelser som vanskeliggjør en forsvarlig avvikling av oppgavene. I slike tilfeller er

¹⁹ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 11. utgave, Universitetsforlaget, 2017, kap. 30.27 s. 295.

²⁰ En av grunnene til at forbudet mot utleie ble innført i 1972, var at utleiefirmaenes virksomhet ble oppfattet som meget uheldig fordi disse tok arbeidskraft fra andre bedrifter ved å tilby bedre økonomiske betingelser. Dette gjaldt særlig innenfor verkstedindustrien der en hadde vansker med å rekruttere arbeidskraft på regulær måte, og dermed kunne utleiefirmaenes virksomhet virke lønnsdrivende, jf. NOU 1998:15 punkt 10.3.1.

departementet eller det organ departementet bemyndiger, gitt en skjønnsmessig adgang til å gripe inn." (vår understrekning)

I motivene ble det videre presisert at "uttrykket viktige samfunnshensyn markerer at terskelen for å gripe inn skal være høy" og at "uttrykket visse arbeidstakergrupper eller på visse områder, innebærer at departementet etter omstendighetene også kan gripe inn overfor en konkret arbeidsinnleiesituasjon i en bestemt virksomhet", jf. NOU 1998:15 punkt 12.3.1.

Kommunal- og regionaldepartementet og Arbeids- og administrasjonsdepartementet støttet utvalgets forslag om at det i forskrift kunne forby innleie for visse arbeidstakergrupper eller på visse områder når viktige samfunnshensyn tilsa det, jf. Ot.prp. nr. 70 (1998–99) s. 43 (pkt. 6.3.2.4). Av proposisjonen hitsettes følgende:

"Departementene antar, i likhet med utvalget, at koblingen til arbeidsmiljøloven § 58 A [nå § 14-9] i utgangspunktet vil sikre at det ikke oppstår spesielle problemer ved innleie, slik situasjonen var da sysselsettingsloven ble endret i 1972. I spesielle tilfeller med f.eks. sterk mangel på en bestemt type arbeidskraft, kan det likevel ikke utelukkes at den enkelte arbeidsgiver og den lokale fagforening kan føle seg tvunget til å leie inn slik arbeidskraft også til meget høye priser. En adgang til å forby innleie av visse arbeidstakergrupper vil sikre at myndighetene har en mulighet til å håndtere eventuelle uønskete resultater av innleie. Bestemmelsen skal kunne benyttes både for innleie av arbeidstakere fra vikarbyrå og fra ordinære virksomheter. Selv om bestemmelsen står i arbeidsmiljøloven gjelder dette vurderinger som må foretas av arbeidsmarkedsmyndighetene på bakgrunn av samfunnsmessige kriterier, herunder i særlig grad arbeidsmarkedsmessige forhold. Det foreslås derfor at Kongen gis adgang til å unnta visse yrkesgrupper fra innleieadgangen, med mulighet for å delegerer kompetansen til det departement som til enhver tid har ansvaret for arbeidsmarkedspolitikken. Det er således Arbeids- og administrasjonsdepartementet som forestår den konkrete vurdering."

Videre la Arbeids- og administrasjonsdepartementet i proposisjonen opp til at yrkesgrupper i helse- og sosialsektoren skulle unntas fra adgangen til innleie ved forskrift, jf. Ot.prp. nr. 70 (1998–99) s. 43 (pkt. 6.3.2.4):

"Etter Arbeids- og administrasjonsdepartementets vurdering gjør det seg gjeldende særskilte hensyn innenfor helse- og sosialsektoren som tilsier at noen yrkes-/utdanningsgrupper i denne sektoren bør unntas adgangen til innleie, slik også utvalget og høringsinstansene har pekt på. Det har vært og er fremdeles et press for å få tillatelse til å leie ut helsepersonell. Det er stor etterspørsel etter helse- og sosialpersonell i Norge både til vikariater og faste stillinger. Fordi tilbudet av visse typer arbeidskraft til denne sektoren er begrenset, vil en situasjon der slik arbeidskraft for enkelte arbeidsgivere kun blir tilgjengelig gjennom utleie, virke fordyrende. Regjeringen har i den senere tid avslått en rekke søknader om utleie av helsepersonell, og forslaget innebærer således en videreføring av dagens linje. Arbeids- og administrasjonsdepartementet legger derfor opp til at yrkesgrupper i helse- og sosialsektoren i medhold av aml. § 55 K nr. 5 [nå § 14-12 femte ledd] og § 55 L nr. 3 [nå § 14-13 tredje ledd] ved forskrift unntas fra adgangen til innleie."

Under stortingsbehandlingen av den tidligere 1977-loven ble det imidlertid uttalt at innleie burde gjelde for alle arbeidstakergrupper, og forslaget om å unnta helsepersonell gjennom forskrift ble ikke videreført. Det heter om dette i Innst. O. nr. 34 (1999–2000) s. 16:

"Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Senterpartiet og Sosialistisk Venstreparti, mener at en generell tillatelse til innleie av arbeidskraft bør gjelde for

alle arbeidstakergrupper. Flertallet ønsker derimot å gi Regjeringen fullmakt på generelt grunnlag til å kunne unnta enkelte yrkesgrupper fra hovedregelen i perioder hvis viktige samfunnshensyn og situasjonen ellers krever det. Flertallet mener at når det gjelder bruken av arbeidsleie er det grunn til å følge utviklingen nøye, og ber om at Regjeringen legger frem for Stortinget en evaluering av hvordan det nye lovverket for arbeidsleie har fungert. Flertallet ønsker å få seg forelagt en slik evaluering 2–3 år etter at det nye lovverket er trådt i kraft." (vår understrekning)

Som det fremgår av det siterte har lovgiverviljen bak hjemmelen til å kunne forby innleie for enkelte yrkesgrupper i forskriftsform vært at den skal utgjøre en "sikkerhetsventil" for de tilfeller hvor "viktige samfunnshensyn og situasjonen ellers krever det". Terskelen for å gripe inn skal med andre ord være høy. Videre er det forutsatt at adgangen kun skal kunne benyttes "i perioder".²¹ Som det fremgår av forarbeidene var formålet med bestemmelsen særlig å kunne gjøre unntak fra adgangen til innleie i enkelte yrkesgrupper eller bransjer hvor det er stor knapphet på arbeidskraft, for eksempel innenfor helsesektoren, hvor en situasjon der arbeidskraft for enkelte arbeidsgivere kun blir tilgjengelig gjennom utleie, kan virke fordyrende for helsevesenet.

I Høringsnotatet er det ikke nærmere drøftet hvorvidt forbudet kan gjennomføres med hjemmel i § 14-12 femte ledd utover et sitat fra Ot.prp.nr. 70 (1998–1999) side 43.²² Departementets forslag er imidlertid verken tidsbegrenset eller begrunnet i slike "viktige samfunnshensyn" av den karakter som er fremhevet i forarbeidene eller til grunner som skulle tilsi at situasjonen ellers "krever" et slikt forbud.

Som det fremgår av punkt 3.1 er forbudet begrunnet i mer generelle innvendinger mot innleiemodellen som sådan og de utfordringer som allerede er vurdert og besluttet avhjulpet med eksisterende og nylige innstramminger i innleiereglene, jf. punkt 2. Som det framgår av Fougner-utvalgets utredning har innstrammingerne i 2019 og 2020 ikke fått tid til å virke enda, og det eksisterende tallgrunnlaget ble ikke ansett tilstrekkelig til å kunne danne grunnlag for nye endringer sommeren 2021. I Høringsnotatet er det heller ikke fremlagt ytterligere tall- og faktagrunnlag²³ som skulle tilsi en endret situasjon eller vurdering enn den som ble lagt til grunn av Fougner-utvalget.

I denne forbindelse kan det vises til at Departementet i Høringsnotatet selv har pekt på at innleieandelen "de seneste to år riktignok [har] gått noe ned. Det antas at dette dels skyldes innstramminger i innleiereglene i 2019, samt de generelle virkningene av koronapandemien og innreiserestriksjoner som førte til en betydelig reduksjon i arbeidsinnvandringen", men at "innleieandelen i byggenæringen, særlig i Oslo-området, er likevel fortsatt markant høyere enn for resten av arbeidslivet."²⁴ Det kan følgelig synes både forhastet og ikke tilstrekkelig godt begrunnet i "viktige samfunnshensyn" å innføre et forbud nå.

Hva gjelder den geografiske avgrensningen av forbudet til Oslo, Viken og tidligere Vestfold synes heller ikke det å være tilstrekkelig godt begrunnet i slike hensyn forskriftshjemmelen bygger på. Som nevnt i punkt 3.1 er den geografiske avgrensningen blant annet begrunnet i at "enkelte kartlegginger viser at det foregår mer innleie i disse områdene enn i resten av landet, dels at områdene antas å

²¹ En slik tolkning er også lagt til grunn i teorien, hvor det er uttalt at "det må antas at uttalelsene i innstillingene må legge visse føringer på Kongens adgang til å benytte fullmaktshjemmelen. Det er understreket at det må foreligge viktige samfunnshensyn, og at situasjonen «ellers krever det». Det er også forutsatt at hjemmelen bare skal kunne brukes «i perioder», jf. Universitetsforlagets lovkommentar til arbeidsmiljøloven § 14-12, punkt 5.

²² Høringsnotatet s. 28.

²³ Foruten Fafo-notatet 2021:17, "Omfanget av inn- og utleie i norsk arbeidsliv", hvor det er sammenstilt tall fra SSB og NHO Service og Handel av K. Nergaard (2021).

²⁴ Høringsnotatet s. 29.

utgjøre et felles arbeidsmarked, og dels for å unngå tilpasninger."²⁵ Etter Wiersholms oppfatning vil nevnte hensyn ikke være tilstrekkelig til å kunne innføre et forbud i det foreslåtte omfang. I den forbindelse vises det til at fylket Viken fra og med 5. februar 2022 ble vedtatt oppløst med den følge at et forbud i så fall vil innebære innleieforbud i både Akershus, Buskerud og Østfold, som omfatter flere kommuner hvor et innleieforbud tvilsomt vil kunne begrunnes i "viktige samfunnshensyn".

4.2 Svakheter ved den EØS-rettslige vurderingen av forslagene

4.2.1 Innledning

Statens forpliktelser etter EØS-avtalen krever at tiltak som går ut på å begrense adgangen til innleie fra bemanningsforetak i byggenæringen og adgang til innleie ved arbeid av midlertidig karakter skjer i tråd med statens EØS-rettslige forpliktelser, herunder særlig direktiv 2008/104/EF ("vikarbyrådirektivet").

Det følger av art. 2 i vikarbyrådirektivet at direktivet har til hensikt å realisere flere formål. Utover formålet om å beskytte arbeidstakere som leies ut fra et vikarbyrå skal direktivet også anerkjenne vikarbyråene som arbeidsgivere og sikre rammer som skaper arbeidsplasser og fleksible arbeidsformer.²⁶ Dette er også understreket i direktivets fortale, jf. punkt 11 og 12.

Ovennevnte har også kommet til uttrykk i art. 4 i vikarbyrådirektivet, som foreskriver at begrensninger på anvendelsen av innleid arbeidskraft må kunne begrunnes i allmenne hensyn:

"Forbud mot eller restriksjoner på bruk av vikararbeid skal begrunnes bare med allmenne hensyn, særlig vern av vikarer, krav til sikkerhet og helse på arbeidsplassen eller behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk."

Restriksjoner på bruk av vikarer, herunder begrensninger i adgangen til innleie fra bemanningsforetak og restriksjoner på bruk av innleie ved arbeid av midlertidig karakter må følgelig kunne begrunnes i allmenne hensyn for å være lovlige etter EØS-retten. Bestemmelsen gir uttrykk for tjenestefriheten i EØS-avtalen artikkel 36, og må forstås på samme måte som i den alminnelig restriksjonslæren.²⁷

Som Departementet også legger til grunn i høringsnotatet, innebærer dette at eventuelle restriksjoner bare er tillatt i den grad de forfølger et legitimt formål som anerkjent i EØS-retten, og som er egnet og nødvendig til å oppfylle dette formålet.²⁸ Dersom forslaget hviler på flere formål, må tiltakets egnethet og nødvendighet vurderes opp mot hvert av de angitte formålene reguleringen skal forfølge. Det er staten som har bevisbyrden for at restriksjonene som nå foreslås oppfyller disse vilkårene.

4.2.2 Overordnede svakheter ved departementets EØS-rettslige tilnærming

Departementets tilnærming til de EØS-rettslige vurderingstemaene er etter vårt syn beheftet med flere svakheter. Sentralt er at Departementet ikke foretar noen konkret forenlighetsvurdering opp mot EØS-retten. Departementet nøyer seg i stedet med å vise til tidligere utredninger og kilder, som gjelder andre tiltak. Det er etter vårt syn ikke tilstrekkelig, eller i tråd med de krav EØS-retten oppstiller.

Betegnende ved høringsforslaget er at Departementets EØS-rettslige vurdering generelt er preget av postulater om at tiltakene som foreslås er egnet og nødvendige for å realisere lovlige allmenne hensyn, uten at dette ledsages av noen dokumentasjon eller konkrete vurderinger. Departementets EØS-

²⁵ Høringsnotatet s. 35.

²⁶ Jf. eks. HR-2020-2109-A avsnitt 63.

²⁷ Jf. fortalens punkt 22.

²⁸ Jf. eks. E-8/20 N (Nav-saken) avsnitt 93.

rettslige vurdering i høringsnotatet bygger i stor grad på den tidligere proporsjonalitetsvurderingen som ble foretatt ved innføring av dagens innleieregler i Prop. 74 L (2011-2012). Dette er ikke tilstrekkelig, hensyntatt at de foreslåtte tiltakene innebærer en vesentlig innskjerping av innleieadgangen i forhold til dagens regulering. Vi nevner i denne sammenheng at det er staten som har bevisbyrden for tiltakenes proporsjonalitet. Staten må følgelig påvise at det foreligger en reell risiko for at verken den nåværende reguleringen eller andre, mindre inngripende tiltak vil ivareta de påberopte hensynene staten ønsker å oppnå gjennom forslaget. Vi viser i denne sammenheng til EU-domstolens dom i *Denkavit*, hvor EU-domstolen nettopp fremhevet at:

"the reasons which may be invoked by a Member State by way of justification must be accompanied by appropriate evidence or by an analysis of the appropriateness and proportionality of the restrictive measure adopted by that State, and precise evidence enabling its arguments to be substantiated." ²⁹

Dette har Departementet ikke gjort. En generell henvisning til tidligere vurderinger om mindre inngripende tiltak underbygger at det er sentrale svakheter ved den EØS-rettslige vurderingen til Departementet.

Dette vises også gjennom statens henvisninger til hvilke målsetninger de foreslåtte tiltakene skal ha. I motsetning til det Departementet gjør gjeldende, kan restriksjoner på innleieadgangen ikke begrunnes med en generell henvisning til et ønske om å bevare topartsrelasjonen og øke andelen faste ansettelses. Departementet viser flere steder til at tiltakene vil sikre at fast og direkte ansettelse er den sentrale ansettelsesformen, og at tiltakene derfor kan begrunnes i de allmenne hensyn i tråd med vikarbyrådirektivet art. 4. Departementet synes dermed å forutsette at en økning i andelen faste ansettelses er ensbetydende med en ivaretagelse av hensynene som følger av direktivet. Etter vårt syn er dette en vesensforenkling, som ikke tar høyde for det todelte formålet vikarbyrådirektivet skal ivareta, herunder både vern av vikarer og anerkjennelse av vikarbyrå som arbeidsgivere og sikring av fleksible arbeidsformer. Ønsket om å bevare topartsrelasjonen og å øke andelen faste ansettelses er uansett ikke noe direktivet utpeker som et legitimt formål *i seg selv*. Det er bare dersom en økning av andelen faste ansettelses i det konkrete tilfellet vil verne vikarer, sikre et velfungerende arbeidsmarked mv. at de kan rettferdiggjøres etter allmenne hensyn i vikarbyrådirektivet art. 4. Statens tilnærming på dette punktet hviler etter vårt syn dermed også på noe sviktende rettslig grunnlag.

4.2.3 Forbudet mot innleie i byggebransjen i Oslo, Viken og Vestfold

Departementet tar i høringsforslaget til orde for at forslaget om forbud mot innleie i byggenæringen i Oslo, Viken og Vestfold kan begrunnes i flere av de opplistede hensynene i vikarbyrådirektivet art. 4 nr. 1, herunder vern av vikarer, krav til sikkerhet og helse på arbeidsplassen, behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og for å forebygge misbruk. Departementet gir imidlertid ingen reell begrunnelse for hvorfor disse hensynene kan begrunne et generelt forbud i en hel bransje i nevnte områder, utover å peke på at utfordringene er størst i byggenæringen i Oslo, Viken og Vestfold.

På generelt grunnlag vil et totalforbud mot bruk av innleie, om enn geografisk og bransjemessig avgrenset, sjeldent stå seg EØS-rettslig. Det finnes svært mange tiltak som kunne vært innført som er mindre inngripende – og som i alle tilfelle burde vært vurdert – herunder en dispensasjonsordning, tilsynsordning, kvoteordning el. Departementet verken nevner eller vurderer noen slike alternativer. Det er ikke tilstrekkelig for å forsvare et forbud som forespeilet på EØS-rettslig grunnlag. Vi viser i

²⁹ C-254/05 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 36.

denne sammenheng til at EFTA-domstolen i *Ladbrokes* oppstilte relativt strenge krav som nasjonale tiltak må tilfredsstillende for å være forenlig med proporsjonalitetsprinsippet.³⁰

Vi legger til at et totalforbud av hensyn til å ha en administrativ enkel ordning ikke vil kunne stå seg EØS-rettslig. EU-domstolen har gjentatte ganger påpekt at rent administrative hensyn, eller som skal forenkle administrative byrder, ikke er lovlige allmenne hensyn etter EØS-retten.³¹

Etter vårt syn vil et bransjemessig og geografisk avgrenset totalforbud av hensyn til å forebygge *misbruk* gå lenger enn nødvendig og derfor ikke være proporsjonalt/forenlig med EØS-avtalen. Vi viser i denne sammenheng til generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-533/13 *Auto- ja*:

"Jeg gør opmærksom på, at vedtagelsen af foranstaltninger med henblik på at forebygge misbrug af indgåelsen af vikarsættelsesaftaler ikke kan begrunde en stort set generel udelukkelse af denne ansættelsesform som f.eks. et forbud mod vikarbejde, som gælder i en hel erhvervssektor, eller fastsættelse af en kvote for denne form for ansættelsesaftaler, hvis der ikke er andre objektive begrundelser. En foranstaltning, der har til hensigt at forebygge misbrug af udøvelsen af en rettighed, må således ikke være ensbetydende med en ophævelse af den pågældende rettighed" (avsnitt 122, vår utheving).

EU-domstolen løste saken på et annet grunnlag og hadde ikke foranledning til å ta stilling til spørsmålet. Generaladvokatens uttalelse har derfor fortsatt interesse.³² Uttalelsen gir uansett uttrykk for et sentralt poeng: hensynet til å forebygge misbruk forutsetter at det eksisterer en rettighet som kan bli misbrukt. Dette hensynet kan da åpenbart ikke begrunne en opphevelse av rettigheten.

Når det gjelder hensynet til krav til *sikkerhet og helse på arbeidsplassen, vern av vikarer og et velfungerende arbeidsmarked*, har Departementet ikke påvist at et bransjemessig og geografisk totalforbud mot innleie er et *egnet* tiltak. Forbudet vil kunne føre til at de som på nåværende tidspunkt er fast ansatt i et bemanningsforetak med samme vern som fast ansatte i innleiebedrifter, blir ansatt midlertidig i innleiebedriftene. Det vil også kunne føre til økt innleie i resten av landet. Departementets antagelse om at tiltaket vil føre til en økning av andelen faste ansatte og bevaring av topartsrelasjonen, er derfor høyst tvilsom hvis man ser på Norge under ett, som er den rettslig relevante referanserammen. Det er dessuten grunn til å anta at arbeidstakere som i dag leies inn fra bemanningsforetak, i større grad vil bli hyret inn gjennom entrepriser, der vernet er langt dårligere. Entrepriser er ikke omfattet av arbeidsmiljølovens verneregler og kan avtales fritt.³³ De foreslåtte restriksjonene kan følgelig medføre at selve formålet med de foreslåtte endringene undergraves gjennom økt entrepriser hvor det i større grad er mulig organisere seg bort fra forpliktelser og ansvar.

Slike virkninger av et bransjemessig og geografisk totalforbud kan tilsi at forbudet ikke er egnet til å ivareta hensynet til sikkerhet og helse på arbeidsplassen, vern av vikarer og et velfungerende arbeidsmarked.

Departementet har heller ikke påvist at forslaget er nødvendig, altså at formålene staten søker å oppnå gjennom tiltakene ikke allerede nås ved dagens regulering eller ikke kan nås ved andre, mindre inngripende tiltak. Forslaget hensyntar ikke effektene av blant annet

³⁰ E-3/06 *Ladbrokes*.

³¹ Jf. eks. C-318/07 *Persche* avsnitt 55 og C-212/08 *Zeturf* avsnitt 48.

³² EU-domstolen fant at bestemmelsen i artikkel 4 ikke hadde direkte virkning og forrang, og besvarte derfor ikke de resterende spørsmålene knyttet til artikkel 4.

³³ Jf. blant annet NOU 2021:9 s. 290.

- (i) de øvrige innstrammingene i forslaget, som vil være betydelige også innen byggenæringen i Oslo, Viken og Vestfold,
- (ii) innstrammingene i 2019, som har gitt en betydelig nedgang i innleieaktiviteten i byggenæringen (NOU 2021:9 s. 15 og 126)
- (iii) innføringen av likebehandlingsprinsippet i 2013, som har styrket rettighetene til vikarer fra bemanningsforetak

Det påhviler staten å påvise at det til tross for disse omstendighetene og tiltakene (som ennå ikke har fått virke), likevel er nødvendig å innføre et totalforbud i byggenæringen i Oslo, Viken og Vestfold. Hvis Departementet tar disse omstendighetene i betraktning, er det vanskelig å se for seg at departementet kan påvise at et bransjemessig og geografisk avgrenset totalforbud er nødvendig av hensyn til vern av vikarer, helse og sikkerhet på arbeidsplassen eller å sikre et velfungerende arbeidsmarked.

Vi legger til i denne forbindelse at departementet tidligere har vurdert om forbud mot innleie fra bemanningsforetak er et hensiktsmessig tiltak, men kom til at det ville være for restriktivt:

"Når det gjelder et forbud mot innleie fra bemanningsforetak, som blant annet flere fagforbund i LO har tatt til orde for, mener departementet at dette vil være for restriktivt med tanke på virksomhetenes behov ved arbeidstopper og ved arbeidstakeres fravær. Også i bygge- og anleggsbransjen kan det være legitime behov for å leie inn ekstra arbeidskraft i perioder. Det er heller ikke alltid at det finnes tilstrekkelig arbeidskraft lokalt. For streng regulering kan også gå ut over fast ansatte, ved at virksomheter ikke kan påta seg oppdrag som de kunne utført med en viss innleieadgang"³⁴

Disse innsigelsene gjør seg fortsatt gjeldende, og viser at et totalforbud vanskelig kan begrunnes i hensynet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked og beskyttelse av arbeidstakere. Det er her et poeng at Fougner-utvalget nylig vurderte at tallgrunnlaget for innleie var for dårlig til å foreslå regelendringer av den karakter departementet nå fremmer i høringsforslaget:

"Etter utvalgets vurdering er det imidlertid for tidlig å si sikkert om regelverksendringene i 2019 har virket etter sin hensikt. Utvalget peker på behovet for mer samlet statistikk og analyser når det gjelder innleie. Data om innleie mellom produksjonsbedrifter foreligger ikke i det hele tatt, og når det gjelder innleie fra bemanningsforetak, foreligger det først og fremst statistikk for NHOs medlemsbedrifter. (...) Utvalget peker på at tallgrunnlaget om innleie av arbeidskraft ikke er tilfredsstillende og anbefaler at det prioriteres tiltak for å lage en bedre og mer helhetlig og løpende statistikk på dette området, jf. punkt 9.6.2." ³⁵(vår utheving)

Dette har departementet heller ikke kommentert i høringsforslaget. Manglende vurdering av dette og av andre mindre, inngripende tiltak innebærer at tiltaket p.t. ikke kan forsvares som proporsjonalt.

Departementet har i høringsforslaget også gjort et stort poeng ut av uttalelsene i Kommisjonens implementeringsrapport og at Tyskland har et forbud mot innleie i byggenæringen. Disse kildene gir imidlertid ikke noe tolkningsbidrag til art. 4 i vikarbyrådirektivet slik denne vil slå ut i Norge. Uttalelsene til Kommisjonen gjengir bare innholdet bestemmelsen i art. 4 (som sammenfaller med den alminnelige restriksjonslæren), og peker på at staten har en skjønnsmargin. Dette fritar imidlertid ikke staten fra kravet til proporsjonalitet, noe EU- og EFTA-domstolen har gjentatt ved flere anledninger. En slik tolkning ville i realiteten føre til at proporsjonalitetskravet ville bli fullstendig uthult.

³⁴ Prop.73 L (2017-2018) s. 42.

³⁵ NOU 2021:9 s. 291.

Henvisningen til forbudet i Tyskland er også forfeilet. Det er ikke gitt at Tysklands forbud ville blitt akseptert av EU-domstolen, og under enhver omstendighet er det ikke slik at eksistensen av et forbud i et annet medlemsland legitimerer et tilsvarende forbud i Norge: hvert enkelt tiltak må vurderes konkret ut fra omstendighetene i det aktuelle medlemslandet, som naturligvis vil variere fra et land til et annet. Det kan godt være slik at et forbud i ett land er lovlig, men ulovlig i et annet. Det er følgelig ikke tilstrekkelig at departement ved innføring i et tiltak i Norge, hviler seg på forbudet i Tyskland.

4.2.4 Opphevelse av adgangen til innleie for å dekke midlertidig behov

Når det gjelder opphevelsen av adgangen til innleie ved midlertidig behov, viser departementet i høringsforslaget til de samme allmenne hensyn som det ble vist til i Prop. 74 L (2011-2012), og da særlig ønske om å sikre at fast og direkte ansettelse er den sentrale ansettelsesformen, og at tiltaket derfor må sies både å skulle sikre et velfungerende arbeidsmarked og beskyttelse av arbeidstakere. Tiltaket har ifølge departementet også til formål å hindre misbruk og omgåelse av innleiereglene.

Innledningsvis er det grunn til å peke på at et av kriteriene for definisjonen av "vikar" og "vikarbyrå" etter vikarbyrådirektivet art. 3 nr. b) og c) er at det er tale om "midlertidig arbeid". Det er nettopp ved arbeid av midlertidig karakter at innleie fra bemanningsforetak er best begrunnet. Å oppheve adgangen til å leie inn ved midlertidig behov, er følgelig en meget vidtgående restriksjon. Dette stiller strenge krav til proporsjonalitetsvurderingen fra statens side.

Departementet har ikke på noen måte dokumentert i høringsforslaget hvorfor en opphevelse av adgangen til å leie inn for å dekke midlertidig behov, er et egnet og nødvendig tiltak av hensyn til et *velfungerende arbeidsmarked* og *beskyttelse av arbeidstakere*. Som Fougner-utvalget har redegjort for i NOU 2021:9 på s. 291-292, er tallgrunnlaget for svakt for å foreslå endringer i innleieadgangen. Utvalget trekker særlig frem at det er for dårlig dokumentasjon på effekten av innføringen av likebehandlingsprinsippet i 2013, og dessuten må innstrammningene i 2019 få tid til å virke og deretter evalueres. En opphevelse av adgangen til å leie inn ved midlertidig behov, fremstår derfor prematurt og noe som ikke på nåværende tidspunkt kan begrunnes i hensynet til et velfungerende arbeidsmarked og beskyttelse av arbeidstakere. En opphevelse av adgangen til å leie inn ved midlertidig behov, vil dessuten kunne føre til flere midlertidige ansettelser og mer entrepriser.

Når det gjelder hensynet til å forebygge misbruk og omgåelse av reglene, kan det igjen vises til uttalelsene fra generaladvokatens forslag til avgjørelse fra C-533/13 sitert over. Hensynet til å forebygge misbruk av retten til å leie inn ved midlertidig behov, kan ikke rettferdiggjøre en *opphevelse* denne rettigheten. Departementet må i tilfelle finne mindre inngripende alternativer som like effektivt kan forebygge misbruk, som for eksempel bedre kontrollmekanismer, sanksjoner, straff mv. Departementet har ikke vurdert noen slike alternativer.

I høringsnotatet fremgår det også at opphevelsen av adgangen til innleie ved midlertidig behov, delvis er begrunnet i hensynet til enklere håndheving av innleieregelverket.³⁶ Som nevnt over, er slike administrative hensyn ulovlige etter EØS-retten.³⁷

Departementets uttalelser om at utviklingen i EU går i retning av større fokus på faste og trygge ansettelser, er heller ikke relevante. Det beskyttelsesnivået EU setter for arbeidstakere, gjenspeiles i de minimumskravene direktivet setter, og innebærer ikke at nasjonale myndigheter står fritt til å innføre strengere begrensninger, uten at dette er forenlig med EØS-retten.

³⁶ Høringsnotatet på s. 38.

³⁷ Jf. eks. C-318/07 *Persche* avsnitt 55 og C-212/08 *Zeturf* avsnitt 48.

4.3 Anskaffelsesrettslige vurderinger

4.3.1 Innledning

En stor andel av norske byggekontrakter inngås med offentlige oppdragsgivere etter reglene om offentlige anskaffelser. Dersom forslaget om regionalt og bransjemessig avgrenset forbud mot innleie fra bemanningsforetak og opphevelse av adgangen til å leie inn arbeidstakere ved arbeid av midlertidig karakter blir vedtatt, så kan dette få anskaffelsesrettslige implikasjoner.

Offentlige oppdragsgivere må da i utgangspunktet sikre at byggekontrakter som inngås gjennomføres i tråd med de foreslåtte endringene. I praksis betyr dette at det vil gjelde et generelt forbud mot at innleide fra bemanningsforetak utfører arbeid i offentlige byggekontrakter i det angitte geografiske området, samt at det ikke kan leies inn arbeidstakere begrunnet i et midlertidig behov for arbeidskraft.

Spørsmålet blir om innføring av innstramningene nevnt i punkt 3 er anskaffelsesrettslig akseptable.

4.3.2 Nærmere vurdering

Formålet med anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. anskaffelsesloven § 1. Reglene skal også bidra til at det offentlig opptre med integritet, for å sikre allmennhetens tillitt til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Det norske regelverket er basert på EUs anskaffelsesdirektiver. Dette innebærer at norske og europeiske leverandører skal kunne konkurrere på like vilkår om kontrakter over en viss verdi i Norge. Reglene skal bidra til å realisere EØS-rettens fire friheter. Det gjelder derfor noen sentrale grunnleggende prinsipper ved gjennomføringen av alle anskaffelser omfattet av det norske anskaffelsesregelverket. Dette er prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, jf. anskaffelsesloven § 4.

Anskaffelsesregelverkets primære formål er dermed å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, samt å åpne opp for best mulig konkurranse på like vilkår om kontraktene.

Samtidig forutsetter også anskaffelsesregelverket at sentrale hensyn fra sektorlovgivningen skal vektlegges i anskaffelsesprosessene. Dette gjelder blant annet miljø, menneskerettigheter, arbeidsforhold og andre sosiale forhold.

Dette følger også av direktiv 2014/24/EU ("anskaffelsesdirektivet") artikkel 18 nr. 2 der følgende fremgår:

"Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex X"

Anskaffelsesdirektivet pålegger dermed medlemstatene å besørge hensiktsmessige tiltak som ivaretar at offentlige kontrakter gjennomføres i tråd med forpliktelser knyttet til miljø og sosiale- og arbeidsrettslige forhold nedfelt i relevante lover og bestemmelser som er opplistet i direktivets vedlegg 10. I sak C-395/18 avsnitt 38 fastslo EU-domstolen at dette kravet utgjør et grunnleggende prinsipp på lik linje med de grunnleggende prinsippene til likebehandling mv. som følger av anskaffelsesloven § 4.

I Norge er bestemmelsen blant annet implementert gjennom anskaffelsesloven § 5. Oppdragsgivere er pålagt å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelige miljøutslipp, samt å ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter der det er en risiko

for brudd på slike rettigheter. Oppdragsgiver kan videre oppstille krav som fremmer hensyn til arbeidsforhold og sosiale forhold.

Oppdragsgivere har som følge av dette en relativt vid adgang til å oppstille krav knyttet til arbeidsforhold og andre sosiale forhold i medhold av anskaffelsesregelverket. En forutsetning for å oppstille slike krav er imidlertid at kravene samsvarer med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, og at de har tilstrekkelig tilknytning til leveransen jf. anskaffelsesloven § 5 (2). Dette betyr at kravene må ha en form for tilknytning til arbeidene som skal utføres under kontrakten. Kravene kan videre ikke fremstå som uforholdsmessige eller konkurransebegrensende, og de må overholde kravet til likebehandling. I sistnevnte ligger at kravene ikke kan virke diskriminerende for utenlandske leverandører.

Ivaretagelse av oppdragsgivers samfunnsansvar gjennom utøvelse av innkjøpsmakt er åpenbart begrunnet i legitime hensyn. Samtidig er EU-domstolen klar på at bestemmelser som har til formål å luke ut useriøse aktører fra offentlige kontrakter, må overholde de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene nevnt over. Som eksempel kan det vises til sak C-395/18. Her fastslo EU-domstolen at anskaffelsesregelverket er til hinder for nasjonal lovgivning som fastsetter automatisk avvisning av en leverandør som benytter seg av underleverandører som ikke erklærer at de overholder regler om handikappedes adgang til arbeid. Bestemmelsen var fastsatt i strid med kravet til proporsjonalitet når den ikke la opp til en konkret vurdering av det enkelte tilfellet, og i stedet fastsatte en absolutt avvisningsplikt.

Det samme fremgår av sak C-63/18. Saken gjaldt spørsmålet om italienske oppdragsgivere lovlig kunne oppstille et krav vedtatt i italiensk lovgivning om at maksimalt 30 % av kontraktsarbeidene kunne utføres gjennom underentreprise. Formålet med bestemmelsen var ifølge italienske myndigheter å bekjempe kriminalitet ved å forhindre at mafiaen fikk tilgang til slike kontrakter. I denne forbindelse uttaler EU-domstolen:

"40 In particular, as pointed out in paragraph 30 of the present judgment, the national legislation at issue in the main proceedings prohibits, in general and abstract terms, use of subcontracting which exceeds a fixed percentage of the public contract concerned, so that that prohibition applies whatever the economic sector concerned by the contract at issue, the nature of the works or the identity of the subcontractors. Furthermore, such a general prohibition does not allow for any assessment on a case-by-case basis by the contracting entity (see, by analogy, judgment of 5 April 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, paragraphs 54 and 55)."

EU-domstolen anså kravet som en restriksjon som ikke var forenlig med anskaffelsesdirektivet, og vektla det forhold at kravet fremsto som generelt og abstrakt, i tillegg til at det gjaldt uavhengig av arbeidenes karakter. EU-domstolen kom til at dette måtte anses som en ulovlig restriksjon i strid med anskaffelsesdirektivet, som gikk lenger enn det som var nødvendig for å bekjempe økonomisk kriminalitet. EU-domstolen vektla i denne forbindelse også at øvrig italiensk lovgivning allerede inneholdt flere regler for å bekjempe mafiaens tilgang til markedet.

Dette viser at selv om en begrensning eller et forbud har et legitimt formål, så er dette ikke nok til å være i samsvar med EU-retten, dersom det går lenger enn nødvendig.

Som nevnt innebærer det foreslåtte forbudet et generelt forbud mot at innleide fra bemanningsforetak utfører arbeid i offentlige byggekontrakter i det angitte geografiske og bransjespesifikke området. I motsetning til situasjonen i sak C-63/18 er forbudet knyttet til arbeidenes karakter, dvs. byggekontrakter innenfor et spesifikt geografisk område. Et generelt forbud slik det nå synes foreslått,

legger imidlertid ikke opp til en konkret vurdering i det enkelte tilfellet slik EU-domstolen legger stor vekt på i både C-395/18 og C-63/18.

Flere av momentene i den EØS-rettslige vurderingen som fremgår av punkt 4.3 gjør seg også gjeldende for den anskaffelsesrettslige vurderingen. Dette gjelder også med hensyn til opphevelsen av den generelle adgangen til innleie ved arbeid av midlertidig karakter. I punkt 4.3 legges det til grunn at EØS-reglene er til hinder for å gjennomføre forslaget i sin nåværende form. Det er fordi de foreslåtte tiltakene utgjør en restriksjon etter vikarbyrådirektivets artikkel 4, som bare er lovlig i den grad de kan begrunnes i allmenne hensyn. Vår vurdering er videre at departementet ikke har påvist at de foreslåtte tiltakene er egnede og nødvendige for å nå de påberopte formålene. Det er også vist til at norsk lovgivning allerede inneholder flere regler som skal ivareta de hensyn som begrunner de nye forslagene.

Disse momentene trekker i retning av at det foreligger en relativt betydelig risiko for at forslagene også vil stride mot det anskaffelsesrettslige kravet til forholdsmessighet som følger av anskaffelsesloven § 4. Den anskaffelsesrettslige og EØS-rettslige proporsjonalitetsvurderingen er i stor grad sammenfallende, noe som blant annet belyses av EU-domstolens vurdering av om tiltakene gikk lenger enn det som var nødvendig for å oppnå formålet i sak C-63/18.

Vår vurdering er derfor at det foreligger en relativt stor risiko for at forslagene slik de er beskrevet i sin nåværende form vil anses anskaffelsesrettslig problematiske.