ARBEIDSGIVERFORENINGEN
SPEKTER

Tariffnemndas sekretariat
Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

Oslo, 23.11.2012

Vår ref.
43284/HS16

Deres ref.
12/2542

Høring – Allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter

Vi viser til mottatt høringsbrev datert 11. oktober 2012.

Arbeidsgiverforeningen Spekter har sammen med Norsk Industri, Norsk Teknologi og NHO Reiseliv fått BAHR til å vurdere forrige allmenngjøringsvedtak, jf. vedlagte notat datert 13. februar 2012.

Som BAHR påpeker i sitt notat er det store svakheter knyttet til tariffnemndas forrige avgjørelse. Dette gjelder bl.a. svakheter m.h.t. i hvilken grad nemnda i tilstrekkelig grad har kartlagt behovet for allmenngjøring, omfanget av allmenngjøringen, at rene utgiftsdekninger også er allmenngjort og ikke minst den lønnssats man har valgt å allmenngjøre både fordi dette er en normallønnssats og fordi det er overenskomster med et større virkeområde enn den allmenngjorte som har et betydelig lavere minstelønnsnivå. Det vises til vedlagte notat for en nærmere begrunnelse av de enkelte innsigelser.

På denne bakgrunn kan Spekter ikke gi tilslutning til en fortsatt allmenngjøring av renholdsoverenskomsten.

Dersom nemnda likevel finner å ville allmenngjøre en minstelønn for renholdere er det vår vurdering at det ikke er riktig å allmenngjøre minstelønnen i overenskomsten mellom NHO og NHO Service på den ene side og Norsk Arbeidsmandsforbund og LO på den annen side. Dette fordi overenskomsten i kommunal sektor er den overenskomsten som berører flest renholdere. Minstelønnen i denne overenskomsten er kr 262.100 per år eller kr 134,41 per time med 37,5 timers uke.

Med vennlig hilsen
Arbeidsgiverforeningen Spekter

Lars Haukaas
Adm. direktør

Vedlegg: Notat BAHR datert 13. februar 2012

BA·HR

NOTAT

13. februar 2012

Til: Arbeidsgiverforeningen Spekter, NHO Reiseliv, Norsk Industri og Norsk Teknologi

Fra: BUGGE, ARENTZ-HANSEN & RASMUSSEN

ALLMENNGJØRING AV RENHOLDSOVERENSKOMSTEN

1 INNLEDNING

Vi har fått i oppdrag av Arbeidsgiverforeningen Spekter, NHO Reiseliv, Norsk Industri og Norsk Teknologi å vurdere lovligheten av allmenngjøringen av Overenskomst for Renholdsbedrifter 2010-2012 mellom NHO og NHO Service på den ene side og LO og Norsk Arbeidsmandsforbund (NAF) på den annen side (RO).

Våre rettslige vurderinger vil både gjelde allmenngjøringsvedtakets forhold til allmenngjøringsloven og norsk forvaltningsrett samt til den bakenforliggende EØS-retten.

2 SAMMENDRAG OG KONKLUSJONER

Vår vurdering er at allmenngjøringen av RO er rettslig problematisk av flere grunner. Dette har sin bakgrunn i at allmenngjøringen skjer innenfor en sektor hvor mange ulike tariffavtaler kommer til anvendelse, og hvor lønnsvilkårene i den allmenngjorte tariffavtalen til dels ligger betydelig over det som er minstelønn for renholdspersonell som er omfattet av andre tariffavtaler enn RO.

Etter vår oppfatning er det gode grunner for å hevde at allmenngjøringen av normallønnsatsen i RO ikke er i overensstemmelsen med lovens formål og at Tariffnemnda ved å allmenngjøre denne lønnssatsen har allmenngjort i en videre utstrekning enn det som er nødvendig, noe nemnda ikke har adgang til. Det hadde vært tilstrekkelig, både ut i fra arbeidstakerhensyn og ut i fra hensynet til å unngå illojal konkurranse på lønns- og arbeidsvilkår i det norske markedet, å allmenngjøre en lønnssats som ligger nærmere de lønnssatser som følger av øvrige relevante tariffavtaler enn RO.

Videre er det etter vår oppfatning sterke argumenter som tilsier at det begrensede dekningsområdet til allmenngjøringen er ulovlig, både i forhold til

allmenngjøringsloven og i forhold til den bakenforliggende EØS-rett, herunder Utsendingsdirektivet 96/71/EF og EØS-avtalen artikkel 36 om retten til fri bevegelighet av tjenester. Dette gjelder særlig det forhold at virksomheter i renholdbransjen som er tariffbundne ikke omfattes av allmenngjøringen, uansett om vilkårene i den tariffavtalen de er bundet av er lavere enn i RO. I praksis vil dette unntaket kun omfatte norske tariffavtaler, hvilket innebærer en ulovlig forskjellsbehandling i forhold til virksomheter omfattet av utenlandsk tariffavtale. I tillegg kan det reises berettiget tvil om formålet til arbeidstakerrettigheter er tilstrekkelig ivaretatt når ikke alle arbeidstakere i samme bransje nyter godt av allmenngjøringen, men fortsatt vil ha lavere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av RO. Det samme spørsmålet kan reises ved det forhold at allmenngjøringen kun gjelder for private virksomheter som selger renholdstjenester til andre, og ikke for offentlige virksomheter eller private virksomheter som rengjør i egen regi.

Svakhetene ved allmenngjøringen av RO er i tillegg aksentuert ved den nylig avsagte rådgivende uttalelse av EFTA-domstolen i sak E-2/11 STX mot Tariffnemnda. For det første viser dommen at det må foretas en inngående proporsjonalitetsvurdering etter EØS artikkel 36 av lønns- og arbeidsvilkår som allmenngjøres i Norge. For det andre underkjenner EFTA-domstolen langt på vei Tariffnemndas kompetanse til å allmenngjøre bestemmelser om utgiftsdekning slik også allmenngjøringen av RO inneholder.

I tillegg til de materielle svakhetene ved allmenngjøringen er det vår oppfatning at saken ikke er tilstrekkelig opplyst. Dette gjelder særlig forholdet til de øvrige tariffavtalene som gjelder innenfor sektoren, og vurderingen av hvorfor Tariffnemnda anser det nødvendig å allmenngjøre lønnssatsen i RO med et begrenset virkeområde.

3 FAKTISK BAKGRUNN

3.1 Generelt om renholdsektoren og tariffdekningen

Renholdbransjen har lenge blitt sett på som en "problembransje" hva gjelder arbeidstakerrettigheter. Dette begrunnes dels i tilstedeværelsen av useriøse aktører, dels stor mobilitet innen bransjen og dels, i hvert fall i senere år, mange utenlandske arbeidstakere med begrenset mulighet til å ivareta egne rettigheter. Tariffdekningen i bransjen er forholdsvis lav, anslagsvis noe over 55 %.[1]

Myndighetene har derfor i de senere år hatt fokus på å forbedre arbeidsforholdene i bransjen, hvorav ett av virkemidlene har vært en mulig allmenngjøring av en av de gjeldende tariffavtalene som omfatter renholdspersonell.

Det er videre kjennetegnende for bransjen at det finnes mange ulike tariffavtaler. I tillegg er det slik at arbeidstakere som arbeider innenfor andre bransjer enn renhold

[1] FAFO rapport 2011:18 om forholdene i renholdsbransjen "Til renholdets pris" av 20. juni 2011, side 5.

isolert sett, men som like fullt utfører renholdsarbeid, ofte er bundet av andre tariffavtaler.

Innenfor renholdsbransjen som sådan finnes ved siden av RO, tariffavtale mellom NAF og HSH samt ulike hengeavtaler.[2]

For renholdspersonell innenfor andre bransjer enn renholdsbransjen er det særlig Riksavtalen (hotell og restaurant), Landforpleiningsavtalen ("oljeanlegg" på land) og de ulike industrielle avtalene (Verkstedoverenskomsten (VO), tariffavtale for Kjemisk-teknisk industri, tariffavtale for elektrokjemisk industri) som er relevante. For renholdspersonell i stat og kommune gjelder Hovedavtalene, og for helseforetak har Spekter og HSH egne overenskomster.

Som en illustrasjon på omfanget av de ulike relevante avtalene, kan det nevnes at mens i underkant av 5 000 arbeidstakere er omfattet av RO[3], er antallet renholdere som er bundet av tariffavtale med Kommunenes Sentralforbund (KS) over 14 000.

En oversikt over minstelønnen i disse ulike tariffavtalene følger vedlagt. Med et lite unntak[4] ligger minstelønnen i RO høyest av samtlige.

Dette ble også bemerket av Tariffnemnda ved allmenngjøringen av RO:

> *"Tariffnemnda er kjent med at mange renholdere omfattes av andre overenskomster med lavere lønnssatser enn det som følger av Overenskomst for Renholdsbedrifter. Det gjelder blant annet begynnerlønnen for renholdere ansatt i både statlige og kommunale virksomheter, og de som utfører renhold på hotell o.l. og som omfattes av Riksavtalen."*[5]

3.2 Tariffnemndas vedtak

Allmenngjøring av RO fant sted ved Tariffnemndas vedtak av 21. juni 2011 (Vedtaket). Vedtaket trådte i kraft 1. september 2011 som forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter av 21. juni 2011 nr. 673 (Forskriften).

Allmenngjøringen ble begjært av LO ved krav av 17. mars 2011. NAF og NHO Service stilte seg bak begjæringen.

Forut for Vedtaket ble utkast til forskrift om allmenngjøring sendt ut på høring 15. april 2011 med høringsfrist 1. juni 2011. De fleste høringsinstansene uttalte seg positivt til

---

[2] FAFO rapport 2001:18, side 88.

[3] http://riksmeklingsmannen.no/index.php?module=Pagesetter&func=viewpub&tid=8&pid=249

[4] Minstelønnen for renholdere i Spekters overenskomst med NSB (NSB Trafikkservice AS) er 157,47 kr i timen.

[5] Tariffnemndas vedtak av 21. juni 2011, punkt 6.

allmenngjøringen, selv om det særlig fra arbeidsgiversiden ble reist noe tvil om dokumentasjonskravet i allmenngjøringsloven var oppfylt. Det ble også kritisert at den allmenngjorte lønnssatsen representerte en normallønnssats og ikke en minstelønnssats, samt at det kun var private renholdsbedrifter som driver salg av renholdstjenester som var omfattet av allmenngjøringen. Tariffnemnda har like fullt et selvstendig ansvar for å opplyse saken.

Vedtaket var i det store og hele sammenfallende med begjæringen. LOs representant i Tariffnemnda dissenterte hva gjaldt allmenngjøringens virkeområde, mens NHOs representant dissenterte hva gjaldt den allmenngjorte lønnssatsen.

3.3 Det materielle innholdet i vedtaket

Vedtaket representerer kun en delvis allmenngjøring av RO, og er mindre omfattende enn tidligere allmenngjøringsvedtak. Foruten en lønnssats på NOK 151,67 pr time og ulike overtids- og helligdagstillegg, allmenngjøres også bestemmelsen i RO om utgiftsdekning for reise, kost og losji.

3.4 Virkeområdet for allmenngjøringen

Virkeområdet for RO er ikke eksplisitt definert i overenskomsten, men følger av tariff-praksis. Det følger av Vedtaket at:

> "*Den etablerte praksisen kan oppsummeres slik at overenskomsten gjelder for ansatte med renhold som primæroppgave i private bedrifter som driver salg av renholdstjenester. Imidlertid gjelder ikke Renholdsoverenskomsten for ansatte i de bedriftene som reguleres av andre etablerte tariffavtaler.*"

Dette virkeområdet ble videreført i Forskriften og det følger nå av dennes § 2 at:

> "*Forskriften gjelder for private bedrifter som driver salg av renholdstjenester og for ansatte som utfører renhold.*
>
> *Forskriften gjelder ikke for ansatte i bedrifter som er omfattet av tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett.*"

Dette innebærer at allmenngjøringen ikke gjelder for statlige og kommunale arbeids-givere. Heller ikke private arbeidsgivere som rengjør i egen regi, det vil si at de har egne ansatte som utfører renhold, vil være omfattet.

I tillegg innebærer avgrensningen i Forskriften § 2, annet ledd, som ble tatt inn etter forslag fra NHO Service, at bedrifter som er bundet av tariffavtale ikke omfattes, forutsatt at den er inngått med en fagforening med innstillingsrett etter arbeidstvistloven § 11. Dette gjelder uavhengig av om tariffavtalen gir bedre eller dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn Forskriften.

Det er verdt å merke seg at dette gjelder selv om de ansatte som er omfattet av tariffavtale utøver sitt yrke hos et firma som selger renholdstjenester til andre, og som således i utgangspunktet faller innenfor allmengjøringens personelle virkeområde. Dette er uttrykkelig presisert i Vedtaket hvor det heter:

> "*Videre vil [Forskriften] heller ikke komme til anvendelse for andre arbeidstakere som kanskje også driver med renhold i virksomheter som selger renholdstjenester, men som er omfattet av annen tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett.*"

Dette innebærer at Forskriften kun gjelder overfor uorganiserte arbeidstakere og at heller ikke de arbeidstakere som er bundet av RO vil være omfattet av allmenngjøringen, men vil få den allmenngjorte lønnssatsen i kraft av tariffavtalen og ikke på grunn av allmenngjøringen.[6]

Allmenngjøringen av RO skiller seg dermed fra tidligere allmenngjøringsvedtak som i utgangspunktet har omfattet hele sektorer og næringer, eller eventuelt har vært geografisk avgrenset innenfor næringen. Samtlige tidligere allmenngjøringsvedtak har fått anvendelse uavhengig av om arbeidsgiver er offentlig eller privat og uavhengig av om arbeidet utføres i egen regi eller ikke. Det har så vidt oss bekjent heller ikke tidligere forekommet i norsk allmenngjøringspraksis at allmenngjøringen har vært begrenset til kun å gjelde uorganiserte arbeidstakere, i den forstand at arbeidstakere som er tariffbundet ikke omfattes, uavhengig av beskyttelsesnivået i tariffavtalene de er bundet av.

4 DEN MATERIELLE LOVLIGHETEN AV FORSKRIFTEN

4.1 Kort om de relevante rettskilder, herunder den relevante EØS-retten og implementeringen av denne i norsk rett

Allmenngjøring av tariffavtaler er i Norge hjemlet i allmengjøringsloven av 4. juni 1993 nr. 58 (Allmenngjøringsloven). Loven har vært omstridt og har vært endret en rekke ganger, senest i 2009.

Allmengjøring av en tariffavtale eller bestemmelser i denne innebærer at visse lønns- og arbeidsvilkår må ytes også av utenlandske arbeidsgivere som midlertidig utstasjonerer sine arbeidstakere til Norge som vertsstat. Dette gjelder selv om det utenlandske arbeidsforholdet for øvrig reguleres av hjemlandets rett. En slik effekt av en allmenngjøring har lenge vært ansett som en restriksjon på retten til fri bevegelighet av tjenester innenfor EU/EØS-systemet. I EØS-kontekst følger denne retten av EØS-avtalen artikkel 36. Under visse vilkår som følger av rettspraksis fra EU- og EFTA-

[6] Dette kan få det underlige (om enn noe teoretiske) utslag at uorganiserte arbeidstakere får bedre lønns- og arbeidsvilkår også enn arbeidstakere som er bundet av RO, dersom RO revideres til ugunst for arbeidstakerne og Tariffnemnda ikke følger opp denne revideringen ved en fornyelse av Vedtaket.

domstolen, kan restriksjonen imidlertid rettferdiggjøres blant annet av hensyn til arbeidstakerrettigheter.

I tillegg vedtok EU-landene et direktiv i 1996 (Utsendingsdirektivet 96/71/EF), som senere er blitt innlemmet i EØS-avtalen og implementert i Norge gjennom forskrift om utsendte arbeidstakere av 16. desember 2005 nr. 1566 (Utsendingsforskriften). Direktivet søker å forene hensynene til fri bevegelighet av tjenester med hensynet til beskyttelse av arbeidstakere. Kjernen i direktivet finnes i artikkel 3 (1) og består av en liste med kategorier av arbeidstakerrettigheter hvor statene er forpliktet (og gitt adgang) til å la sine nasjonale minimumsrettigheter få anvendelse også på utsendte arbeidstakere fra et annet EØS-land.

Lovligheten av en norsk allmenngjøring må derfor ikke kun vurderes i lys av Allmenngjøringsloven, men også i lys av EØS artikkel 36 og Utsendingsdirektivet.[7]

4.2 Forholdet til VO-saken

Allmenngjøringen av VO er for tiden gjenstand for en ankesak for Borgarting lagmannsrett. Lagmannsretten forela i den saken de aktuelle EØS-rettslige problemstillinger for EFTA-domstolen som avga sin rådgivende uttalelse 23. januar 2012.[8] Ankesaken i lagmannsretten er berammet til mars 2012. EFTA-domstolens avgjørelse har også stor betydning for den EØS-rettslige vurderingen av allmenngjøringen av RO. Rent konkret gjelder dette særlig allmenngjøringen av utgiftsdekningsbestemmelsen i Forskriften § 5. EFTA-domstolen uttalte i premiss 102 i dommen at en identisk bestemmelse i VO ikke lovlig kunne allmenngjøres som en minstelønnsbestemmelse, med mindre hensynet til offentlig orden skulle til det. Det er ikke påberopt av staten at slike hensyn foreligger og bestemmelsen er også i allmenngjøringen av RO mest sannsynlig ulovlig etter EØS-retten.

Videre fremkommer det av EFTA-domstolens avgjørelse at allmenngjøring av lønns- og arbeidsvilkår i Norge er underlagt en streng proporsjonalitetsvurdering, hvoretter det må prøves om det enkelte vilkår som allmenngjøres virkelig gir de *"berørte arbeidstakere en egentlig fordel som i vesentlig grad øker deres sosiale trygghet"*.[9]

Selv om den endelige vurderingen av dette skal foretas av den nasjonale domstolen (i første omgang Borgarting lagmannsrett) oppstiller EFTA-domstolen et vurderingstema hvoretter også enkelte av forholdene omkring allmenngjøringen av RO etter vår vurdering vil være EØS-rettslig problematiske. Som vi vil komme til i det følgende skyldes dette først og fremst at allmenngjøringen av RO, og de dertil hørende lønns- og

---

[7] Se til dette særlig sak E-2/11 STX mot Tariffnemnda.

[8] Sak E-2/11 tilgjengelig på http://www.eftacourt.int/index.php/cases/stx_norway_offshore_as_mfl_v_staten_v_tariffnemnda1.

[9] Premiss 84 i dommen.

arbeidsvilkår, på langt nær kommer samtlige utenlandske arbeidstakere til gode. Dessuten er allmenngjøringen av RO direkte diskriminerende overfor utenlandske tjenesteytere som er tariffbundet etter tariffavtale fra hjemstaten i forhold til norske tjenesteytere som ikke omfattes av allmenngjøringen av RO fordi de er dekket av annen norsk tariffavtale (se nærmere om dette pkt. 4.4.2 nedenfor.)

Endelig stiller EFTA-domstolen, med henvisning til artikkel 4 nr. 3 i Utsendingsdirektivet 96/71, opp krav til at informasjonen av de allmenngjorte lønns- og arbeidsvilkår skal være *"uttrykkelig angitt og lett forståelig for både den utenlandske tjenesteyter og de utsendte arbeidstakere"*.[10] Ettersom særlig virkeområdet til Forskriften er nokså uklart (jf. pkt. 4.4. nedenfor), er det etter vår oppfatning tvilsomt om dette vilkåret er oppfylt for allmenngjøringen av ROs del.

Med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse som en meget viktig del av den rettslige bakgrunnen vil den følgende drøftelse fokusere på de forhold ved Vedtaket som er særskilte for denne allmenngjøringen. Det gjelder for det første den allmenngjorte lønnssatsen. Dette behandles i pkt. 4.3. Det andre er det begrensede virkeområdet til Forskriften. Dette behandles i pkt. 4.4.

4.3 Allmenngjøringen av normallønnssatsen i RO

Det første spørsmålet er om allmenngjøringen av normallønnsatsen i RO er lovlig. I utgangspunktet er Tariffnemnda gitt frihet til å allmenngjøre de lønns- og arbeidsvilkår som følger av tariffavtalen, og er i særlige tilfeller gitt myndighet til å allmenngjøre satser som fraviker fra tariffavtalen, jf. Allmenngjøringsloven § 6, første ledd, annet punktum. Spørsmålet er om Tariffnemnda i enkelte situasjoner kun kan allmenngjøre lønnssatser som ligger under satsene i den tariffavtalen som danner grunnlag for allmenngjøringen.

Allmenngjøringslovens § 6, første ledd, annet punktum er imidlertid en "kan-regel" og det er understreket i forarbeidene at Tariffnemnda er gitt et vidt skjønn til å fastsette innholdet i de allmenngjorte bestemmelsene. Bestemmelsen kan derfor i utgangspunktet ikke forstås slik at Tariffnemnda kun kan allmenngjøre en lønnssats som ligger lavere enn lønnssatsen i den tariffavtalen som danner grunnlag for allmenngjøringen, dersom visse forhold foreligger.

Enkelte høringsinstanser påpekte under høringen at allmenngjøringen av en normallønnssats ville virke lønnsdrivende, og at dette tilsa at Tariffnemnda måtte allmenngjøre en lavere sats enn normallønnssatsen i RO. Det ble i så måte vist til uttalelser i forarbeidene.

Det følger av forarbeidene (Ot. prp. nr. 26 (1992-1993) side 21) at:

[10] Premis 72 i dommen.

> *"[ut i fra hensynet til å unngå en lønnsdrivende effekt for norske arbeidstakere] bør Tariffnemnda, i unntakstilfeller, også ha mulighet til å fastsette minstelønn som ligger under den tariffbestemte lønnen. Dette vil f.eks kunne være aktuelt i bransjer med liten organisasjonsgrad der tarifflønnen er vesentlig høyere enn gjennomsnittet i bransjen."*

Uttalelsen i forarbeidene viser at hensynet til å unngå en lønnsdrivende effekt er et relevant hensyn ved allmenngjøringsordningen. Allmenngjøringen av normallønnssatsen i RO har i ettertid vist seg å ha en betydelig lønnsdrivende effekt og det kan således anføres at Forskriften er i strid med dette hensynet uten at dette er tilstrekkelig begrunnet.

Også av andre grunner kan det reises spørsmål ved om allmenngjøringen av en normallønnssats i en bransje med lav tariffdekning og hvor mange arbeidstakere er omfattet av andre tariffavtaler som inneholder lavere minstelønnssatser, er i overenstemmelse med formålet til allmenngjøringsordningen.

Ved spørsmålet om Tariffnemnda skulle allmenngjøre normallønnssatsen i RO, eller allmenngjøre en lavere sats, fremkommer det av Vedtaket at Tariffnemnda har tvilt seg frem til sin avgjørelse. Til tross for en erkjennelse av allmenngjøringens lønnsdrivende effekt legger Tariffnemnda avgjørende vekt på hensynet til å unngå konkurransevridning.

Det heter i så måte i Vedtaket at:

> *"På den andre siden kan en lavere lønnssats enn tariffavtalens lett få en **lønnsdempende virkning** i renholdsbransjen. Selv om en slik lavere lønnssats lå på nivå med andre tariffavtaler, ville den innebære en **konkurransevridning til ulempe for norske arbeidstakere** i denne bransjen. Dette ville **gå mot lovens formål** slik det er fastsatt i allmenngjøringsloven § 1.*
>
> *Etter en grundig avveining av disse hensynene og allmenngjøringslovens tosidige formål, har Tariffnemndas flertall kommet til at det mest riktige er å allmenngjøre overenskomstens minstelønnssats [som strengt tatt ikke er minstelønn i tradisjonell forstand]."* (uthevet her.)

For det første kan dette tyde på at Tariffnemnda her har misforstått hva formålet til å unngå konkurransevridning i Allmenngjøringsloven § 1 egentlig innebærer. For det andre kan det reises berettiget tvil om allmenngjøringen av normallønnssatsen i RO egentlig fremmer det formålet Tariffnemnda fremhever.

Det følger av Allmenngjøringslovens § 1 at lovens formål (ved siden av arbeidstakerbeskyttelse) skal være å *"hindre konkurransevridning til ulempe for det norske arbeidsmarkedet"*. Det er med andre ord konkurransevridning til ulempe for markedet som sådan som skal unngås og ikke at norske arbeidstakerne skal få så gode

betingelser som mulig. Dette er i tråd med femte premiss i fortalen til Utsendingsdirektivet 96/71 som viser til *"rettferdig konkurranse"*.

Likeledes følger det av forarbeidene (Ot. prp.nr. 88 for2008-2009 side 22) til formålsbestemmelsen i Allmenngjøringslovens § 1 at:

> *[i] denne formuleringen [omtale av dette formålet i tidligere forarbeider] ligger det etter departementet syn at allmenngjøringsloven også skal verne norske virksomheter og derigjennom norske arbeidstakere og deres lønns- og arbeidsvilkår ved* ***å hindre at lønns- og arbeidsvilkår i vesentlig grad blir en konkurransefaktor virksomhetene i mellom.*** *"* (uthevet her)

Det kan dermed ikke sies å være i tråd med formålet i loven å forsikre seg mot en generelt lønnsdempende effekt i bransjen slik Vedtaket viser til. Det som skal motarbeides er illojal konkurranse ved at utenlandske tjenestetilbydere tilbyr tjenester basert på lønns- og arbeidsvilkår for sine ansatte som er vesentlig dårligere enn de vilkårene som gjelder på det nasjonale markedet, og herigjennom forstyrrer det nasjonale markedet.[11]

For det andre kan det hevdes at Vedtaket uansett ikke er egnet til å oppfylle selv det egentlige formål etter Allmenngjøringsloven § 1. Vedtaket må i denne sammenheng forstås slik at Tariffnemnda mener at en allmenngjøring på et lavere nivå enn RO, for eksempel på nivå med en av de øvrige tariffavtalene i bransjen, vil kunne skape illojal konkurransevridning til ulempe for norske virksomheter. Dette kommer imidlertid helt an på hvilke norske virksomheter man bruker som referanse. En allmenngjøring på et lavere nivå enn RO vil jo bare føre til konkurranse på lønns- og arbeidsvilkår overfor de virksomheter som er bundet av RO.

For virksomheter i bransjen som *ikke* er bundet av RO og dermed tilbyr lavere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av RO, vil ikke en allmenngjøring av satsen i de øvrige tariffavtalene i bransjen nødvendigvis være konkurransevridende overfor dem. Konkurransen på lønns- og arbeidsvilkår mellom virksomheter eksisterer allerede i renholdbransjen helt uavhengig av allmenngjøringen, ettersom det finnes så mange ulike tariffavtaler med ulikt lønnsnivå. Dette gjelder særlig mellom virksomheter som tilbyr renhold som tjeneste, og som ikke nødvendigvis er omfattet av samme tariffavtale.

Ut i fra formålet i Allmenngjøringsloven § 1 må det derfor være tilstrekkelig å allmenngjøre på det laveste nivået innenfor de relevante tariffavtaler i bransjen. Å allmenngjøre på et høyere nivå, slik som i Vedtaket, går derfor lengre enn det formålet om å forhindre forstyrrelser og illojal konkurranse på arbeidsmarkedet tilsier.

---

[11] Se bl.a. Sak C-445/03 *Kommisjonen v. Luxembourg*, premiss 38 med videre henvisninger og Sak C-60/03 *Wolff & Müller*, premiss 41 (også vist til i de norske forarbeidene til formålsbestemmelsen).

Det kan dermed argumenteres for at allmenngjøringen av RO ikke er i overenstemmelse med formålet i Allmenngjøringsloven § 1 og at det uansett er allmenngjort på et nivå som ikke er nødvendig for å realisere formålet i loven. Det er fremhevet i forarbeidene (Ot. prp. nr 26 for 1992-1993 side 21-22) at Tariffnemnda ikke skal allmenngjøre i større utstrekning enn det som er nødvendig ut i fra ordningens formål. I så måte kan det argumenteres med at Tariffnemnda har gått utover sin kompetanse når nemnda har allmenngjort normallønnssatsen i RO og at denne bestemmelsen dermed er ugyldig.

Det kan videre reises spørsmål om en normallønnssats er å anse som minimumslønn i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (1) bokstav (c)s forstand, eller om den går utover det som kan allmenngjøres etter direktivet og EØS artikkel 36.

Til dette bemerkes at den allmenngjorte satsen i RO ligger til dels betydelig over minstelønn etter andre tariffavtaler som gjelder for renholdspersonell. Dette skyldes blant annet at lønnssatsen i RO er en normallønnsats og ikke en minstelønnssats. Vi forstår det imidlertid slik at den allmenngjorte satsen i Forskriften nå er blitt en minimumssats og at arbeidsgivere som ikke er bundet av RO kan betale mer enn denne satsen dersom de ønsker det.

Det er imidlertid en forutsetning etter EØS-retten at samtlige arbeidstakere i en sammenlignbar posisjon nyter godt av det nye høye minimumsnivået for at noe skal være å betrakte som en minstelønn.[12] Som vi har vist over er det imidlertid slik at mange arbeidstakere som utfører renhold fremdeles vil ha et lønnsnivå som ligger under RO. Dette kan sette nødvendigheten av å allmenngjøre normallønnssatsen i RO i et annet lys, også EØS-rettslig. Dette har dessuten en side til at Forskriften har et nokså selektivt og begrenset anvendelsesområde, hvilket vi vil vurdere i det følgende.

4.4 Det begrensede virkeområdet til Forskriften

4.4.1 Innledning

Som redegjort for over i pkt. 3.4 gjelder den allmenngjorte RO kun for private arbeidsgivere som driver salg av renholdstjenester og som ikke er bundet av tariffavtale inngått med fagforening med innstillingsrett.

Det første spørsmålet som oppstår er dermed om Tariffnemnda lovlig kan allmenngjøre lønns- og arbeidsvilkår for deler av en sektor, avhengig av om arbeidsgiver er statlig eller privat eller om det aktuelle arbeid utføres i egen regi eller ikke. Kan private arbeidsgivere som selger renholdstjenester påtvinges et lønnsnivå overfor sine ansatte som ligger til dels betydelig over det lønnsnivået offentlige arbeidsgivere og private arbeidsgivere som rengjør i egen regi yter til sine ansatte som utfører samme arbeid?

[12] Dette fremkommer nå uttrykkelig av Sak E-2/11 STX, premiss 51.

For det andre reiser saken et spørsmål om det er lovlig å allmenngjøre kun til fordel for arbeidstakere som ikke er bundet av tariffavtale, uavhengig av lønnsnivå (eller beskyttelsesnivå for øvrig) i slik tariffavtale.

For oversiktens skyld vil det første omtales som et spørsmål om Forskriftens *personelle* virkeområde, mens det andre vil omtales som et spørsmål om Forskriftens *tariffmessige* virkeområde.

4.4.2 Forholdet til Allmenngjøringsloven

Vedtaket er fattet med hjemmel i Allmenngjøringsloven og mulighetene for slik delvis allmenngjøring etter denne loven bør innledningsvis vurderes.

Hva gjelder spørsmålet om Forkriftens *personelle virkeområde* følger det av Allmenngjøringsloven § 3, første ledd, første punktum at:

> "*Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter i en bransje* ***eller en del av en bransje***" (uthevet her).

Om dette er det i forarbeidene (Ot. prp. nr. 26 1992-1993) side 35 uttalt:

> "*I lovteksten benyttes begrepene « en bransje eller en del av en bransje » for å gi en avgrensning av Tariffnemndas vedtak. Disse begrepene er benyttet for å* ***gi nemnda frihet når det gjelder fastsettelse av hvilke arbeidstakergrupper eller faggrupper vedtaket skal gjelde for****. At allmenngjøringen kan begrenses til en del av en bransje innebærer også at vedtaket kan avgrenses til å gjelde et begrenset geografisk område, f.eks. til bestemte fylker eller større utbyggingsområder. Utkastet forutsetter imidlertid at vedtaket ikke kan gjøres gjeldende bare for en bedrift eller for et så lite geografisk område at det faktisk bare vil gjelde for enkeltbedrifter. Slik lovteksten er utformet vil* ***nemnda også ha mulighet til å gi et vedtak om allmenngjøring virkning f.eks. bare for en enkelt yrkesgruppe innen bransjen***" (uthevet her).

Det er dessuten uttalt i forarbeidene (samme sted) at:

> "*Allmenngjøring av en tariffavtale innebærer i utgangspunktet at avtalens bestemmelser om arbeidsforholdet gjøres gjeldende for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter. Dette innebærer at* ***tariffavtalens egen avgrensning av sitt personelle virkeområde i utgangspunktet må legges til grunn***" (uthevet her).

Det kan etter dette synes å være stor frihet for Tariffnemnda til å avgrense det personelle virkeområdet til allmenngjøringsvedtaket, og i hvert fall når dette er i samsvar med det personelle virkeområde til den tariffavtalen som allmenngjøres.

Hva gjelder spørsmålet om Forkriftens *tariffmessige virkeområde* er det derimot ingenting i Allmenngjøringsloven § 5 som tyder på at Tariffnemnda har kompetanse til å allmenngjøre utelukkende for de arbeidstakere som ikke allerede er tariffbundet. Snarere tvert i mot tyder ordlyden på at alle arbeidstakere skal omfattes uansett tarifftilknytning, jf. "*alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter*" i sitatet fra forarbeidene over.

Vi har ikke funnet at spørsmålet er direkte kommentert i forarbeidene til loven, men mye tyder på at man har sett for seg at allmenngjøringsvedtak skal ha forrang, også overfor tariffbundne arbeidstakere innenfor den allmenngjorte sektoren. Det uttales i så måte i Ot. prp. nr. 26 (1992-1993), side 35 at:

> "*De arbeidstakere som omfattes kan være* ***norske organiserte*** *og uorganiserte arbeidstakere og utenlandske arbeidstakere. De individuelle bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår i den allmenngjorte tariffavtalen gjelder som minstekrav for de arbeidsforhold som omfattes av allmenngjøringen.* ***For utenlandske arbeidstakere som allerede er bundet av tariffavtale i sitt hjemland, vil denne tariffavtalen bare måtte vike i den utstrekning og på de punkter hvor den hjemler dårligere vilkår enn den allmenngjorte norske tariffavtalen****.*
>
> *[...]*
>
> *I tilfeller der det er flere tariffavtaler som kan gjøres allmenngyldige innen samme bransje vil det være hele eller deler av* ***den dominerende tariffavtalen innen bransjen som gjøres allmenngyldig*** *forutsatt at avtalens innhold egner seg for å allmenngjøres. Med den dominerende tariffavtalen menes den avtalen som flest arbeidstakere direkte er bundet av*" (uthevet her).

Det kan i så måte sås betydelig tvil omkring at det var RO som skulle allmenngjøres innen renholsdssektoren. Som vist i pkt. 3.1 over er langt flere arbeidstakere innen renholdsbransjen bundet av andre tariffavtaler enn av RO (eksempelvis Hovedavtalen i KS-området). At ikke nødvendigvis den mest representative tariffavtalen er benyttet som grunnlag for allmenngjøring kan også sies å stå i en viss motstrid til prinsippet i norsk arbeidsliv om at det ikke skal legges offentlige føringer på partenes valg av tariffavtale, eller innholdet i disse. Allmenngjøringen av normallønnssatsen i RO kan i så måte tenkes å føre til en viss migrasjon blant arbeidstakerne fra andre tariffavtaler til RO.

Det er videre interessant å merke seg at lovgiver har ment at egne *utenlandske* tariffavtaler med dårligere vilkår enn den allmenngjorte tariffavtale må vike. Dette i motsetning til ved allmenngjøringen av RO hvor tariffavtaler inngått med fagforeninger med innstillingsrett er skjermet fra allmenngjøringen selv om de inneholder dårlige vilkår. Ettersom innstillingsrett etter arbeidstvistloven krever 10 000 medlemmer som

arbeider i Norge[13], vil skjermingen for alle praktiske formål kun gjelde andre *norske* tariffavtaler.

For ordens skyld må det understrekes at allmenngjøring av en tariffavtale etter Allmenngjøringsloven aldri er ment å gi arbeidstakere *dårligere* vilkår enn det de har krav på etter eksisterende tariffavtaler, enten dette dreier seg om utenlandske eller norske avtaler. Dette følger direkte av Allmenngjøringsloven § 6, siste ledd og for allmenngjøringen av ROs vedkommende; av Forskriften § 7.

Det kan i tillegg reises spørsmål ved om Forskriften er i tråd med formålsbestemmelsen i Allmenngjøringsloven § 1 om at utenlandske arbeidstakere skal ha lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, når realiteten er at Forskriften i mange tilfelle vil føre til at utenlandske arbeidstakere får *bedre* lønns- og arbeidsvilkår enn det norske arbeidstakere får.

Samlet sett er det derfor vår oppfatning at Forskriften er problematisk i forhold til Allmenngjøringsloven, lest i lys av forarbeidene.

[13] Se i så måte brev fra tidligere Arbeids- og sosialdepartementet til NHO av 3. mai 2005, vedlagt NHO Services høringsuttalelse ved allmenngjøringen av RO.

4.4.3 Forholdet til Utsendingsdirektivet

Ettersom allmenngjøring kan tenkes å utgjøre en restriksjon på den frie tjeneste-bevegelighet må Allmenngjøringsloven i denne saken tolkes i lys av EØS-retten, og da særlig Utsendingsdirektivet og Artikkel 36 EØS.

Spørsmålet i det følgende er derfor om Tariffnemndas vedtak om å avgrense Forskriftens anvendelse både *personelt* og *tariffmessig* er i overensstemmelse med Utsendingsdirektivet.

Utsendingsdirektivets Artikkel 3 (1) regulerer i hvilken internrettslig *form* lønns- og arbeidsvilkår kan foreligge for at de lovlig kan (og skal) pålegges utenlandske arbeidsgivere. Det følger av bestemmelsen at slike lønns- og arbeidsvilkår enten skal være fastsatt i a) lov eller forskrift eller b) i tariffavtaler som er erklært å ha allmenn gyldighet. Hvorvidt vilkår er erklært å ha allmenn gyldighet i direktivets forstand reguleres av Artikkel 3 (8).

Allmenngjorte lønns- og arbeidsvilkår fra tariffavtaler i Norge er en slags hybrid av disse formene, ettersom de både er erklært å ha allmenn gyldighet ved Tariffnemndas vedtak *og* fastsettes i form av en forskrift.

Det er for den videre drøftelse hensiktsmessig først å avklare om allmenngjøringen av RO tilfredsstiller direktivets krav til allmenngjøring etter Artikkel 3(8), for deretter å vurdere om det forhold at allmenngjøringen er vedtatt i forskrifts form har betydning for direktiv-konformiteten. Dette behandles i henholdsvis punkt 4.4.3.1 og punkt 4.4.3.2 nedenfor.

4.4.3.1 Er allmenngjøringen av RO skjedd i henhold til allmenngjørings-alternativet i Utsendingsdirektivet?

4.4.3.1.1 Forholdet til det personelle virkeområde

Det følger av Artikkel 3 (8) i Utsendingsdirektivet at:

> *"Med "tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet" menes tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som må overholdes av alle foretak i det aktuelle geografiske område og* ***innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring****."* (vår utheving).[14]

Andre språkversjoner av direktivet lyder:

Engelsk: "Profession or industry"

Tysk: "Tätigkeit oder gewerbe"

[14] Se også EFTA-domstolens dom i sak E-2/11 STX, premiss 51-52 om dette.

Fransk: "Proffesion ou sectuer"

Dansk: "Ervervsgren eller sektor"

Svensk: "Arbetet eller sektorn"

Nederlandsk: "Beroepsgroep of bedrijfstak"

En renholder utøver etter vår oppfatning det samme *yrket*, uansett om han er privat eller offentlig ansatt og uavhengig av om han rengjør hos arbeidsgiver eller hos eksterne kunder av arbeidsgiver.

Hva gjelder henvisningen til næring, kan det rent språklig anføres at renhold for andre utgjør en egen næring. Det kan her nevnes at det i høringsnotatet fra Tariffnemnda var henvist til næringskode som avgrensningskriterium.

Spørsmålet er imidlertid om ordlyden her må fortolkes utvidende. For det første synes det som det norske begrepet *næring* er snevrere enn de europeiske språkversjonene av direktivet som benytter begrep som *sektor* eller *industry*.

Spørsmålet har også tidligere vært berørt av ESA og av Lovavdelingen. ESA uttaler følgende om dette i anledning en tidligere klagesak, jf. brev av 20. mai 2009 til klager om å lukke saken:

> "*Direktoratet er etter dette av den oppfatning at Direktiv 96/71 artikkel 3(1)(c) ikke forhindrer Norge i å etablere et rettslig rammeverk der minstesatser for lønn kan variere i samsvar med det geografiske området og/eller* ***faget eller bransjen som er berørt****, forutsatt at disse kravene gjelder på likt grunnlag for foretak hjemmehørende i Norge og i andre EØS-land.*"[15] (vår utheving)

Lovavdelingen i Justisdepartementet uttaler seg lignende i et brev til Tariffnemnda av 5. september 2008 i anledning allmenngjøringen av VO:

> *"Det er imidlertid klart at innenfor rammene av utsendingsdirektivet må det være mulig med en viss differensiering av arbeidsvilkår ut fra særlige behov i* ***ulike sektorer****."* (vår utheving)[16]

Uten å ta endelig stilling til om ESA og Lovavdelingen har rett i sine vurderinger, synes begge instanser å legge til grunn at de allmenngjorte lønns- og arbeidsvilkår i hvert fall skal være like innenfor det samme fag eller bransje (ESA) og innenfor samme sektor (Lovavdelingen). Dette tyder også på at *næring* må tolkes utvidende.

---

[15] Uoffisiell norsk kontoroversettelse.

[16] http://www.regjeringen.no/upload/AID/departementet/Brev%20fra%20JD%20050908%20-%20EØS-rettslig%20vurdering.pdf

Det relevante formålet bak Utsendingsdirektivet, nemlig beskyttelsen av arbeidstakeres rettigheter, tilsier også at de samme vilkår gjelder for samme yrke uavhengig av om man er offentlig eller privat ansatt eller om man driver renhold for arbeidsgiver eller for andre. Dette må ikke minst kunne gjøres gjeldende hvor Tariffnemnda åpent har erkjent at minstelønnen for renholdere i offentlig sektor eller renholdere hos private arbeidsgiver (egenregi) er lavere enn den allmenngjorte satsen.

Riktignok er det slik at man ved allmenngjøringen av RO først og fremst har hatt som formål å bøte på uverdige arbeidsvilkår i bransjen for renholdsfirmaer som sådan og således har hatt en spesifikk *næring* for øyet, men det er liten grunn til at en utenlandsk arbeidstaker som vasker hos arbeidsgiver eller hos det offentlige ikke har samme krav på beskyttelse. Det kan i så måte være verdt å merke seg at LOs medlem i Tariffnemnda tok dissens på spørsmålet om Forskriftens virkeområde. Det fremkommer ikke noe nærmere i Vedtaket om begrunnelsen av denne dissensen, men det kan spekuleres i om LO mente at det ut i fra arbeidstakerhensyn ikke var grunnlag for å skille mellom de ulike gruppene av arbeidstakere. Dette kan eventuelt undersøkes nærmere.

Ettersom allmenngjøring i en EØS-rettslig kontekst er en restriksjon som i denne sammenheng skal rettferdiggjøres ut i fra hensynet til arbeidstaker, kan det sås tvil om denne rettferdiggjøringen er dekkende når ikke alle som utfører samme arbeid sikres samme vilkår. Tariffnemndas uttalelse i Vedtaket om at de andre renholderne som ikke omfattes av Vedtaket har andre fremforhandlede rettigheter som pensjonsordninger med mer som vil avhjelpe denne ulikheten, er etter vårt syn lite overbevisende ved at det neppe kan hevdes konsekvent.

Veiledning til spørsmålet kan også hentes i EU-domstolens sak C-346/06 *Rüffert*. Saken gjaldt en tysk lov som påbød tilbydere i offentlige anbudskonkurranser å erklære at de ytet sine ansatte og ansatte hos underentreprenører lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarte de vilkår som fulgte av den tariffavtalen som gjaldt på stedet for utøvelsen av arbeidet.

Domstolen kom i den saken til at den tyske loven verken kunne utgjøre en lov eller forskrift som fastsetter minimumsvilkår i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (1)s forstand eller at den kunne ses på som en allmenngjøring i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8)s forstand. Domstolen la i så måte vekt på at det fulgte andre, lavere lønnssatser av landsomfattende tariffavtaler som var allmenngjort og at loven kun henvendte seg til arbeidsgivere som jobbet for *offentlige* oppdragsgivere og ikke for private. Sistnevnte begrunnelse kan sies å ha en viss overføringsverdi i vår sak ettersom allmenngjøringen sondrer mellom private og offentlige arbeidsgivere.

Argumentasjonen i Rüffert-saken har overføringsverdi på vår sak ettersom majoriteten av renholdere i Norge har lavere lønnsnivå enn det som følger av allmenngjøringen av RO.

4.4.3.1.2 Forholdet til det tariffmessige virkeområdet

Det neste spørsmålet er om Utsendingsdirektivet tillater allmenngjøring kun for uorganiserte arbeidstakere, mens arbeidsgivere for allerede (i praksis norske) tariffbundne arbeidstakere skjermes fra allmenngjøring.

Vi kan ikke se annet enn at det følger direkte av ordlyden i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8), første ledd at allmenngjøringen må gjelde *alle* arbeidstakere, uavhengig av om disse er tariffbundne fra før eller ikke. Dette er hele poenget bak allmenngjøringsinstituttet. Denne tolkningen styrkes også av bestemmelsene i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8), annet ledd som gir statene anledning til å basere sine minimumsvilkår, jf. Utsendingsdirektivet artikkel 3 (1), på tariffavtaler *"som generelt anvendes på alle tilsvarende foretak i det aktuelle geografiske området og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring"* eller *"som er inngått av de mest representative arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene på nasjonalt plan, og som anvendes på hele det nasjonale territorium"*.

Dette er ment for stater som ikke har en allmenngjøringsordning, men som like fullt må oppfylle forpliktelsene sine etter Utsendingsdirektivet artikkel 3 (1). Forutsetningen er selvfølgelig at samtlige arbeidstakere – både nasjonale og utenlandske, organiserte og uorganiserte – omfattes av minimumsbestemmelsene når disse utstrekkes til å gjelde arbeidsforhold som er underlagt en annen EØS-stats lovgivning, jf. Utsendingsdirektivet artikkel 3 (1).

Det har også interesse for spørsmålet å vise til at i land som har en allmenngjørings-ordning som i visse henseende minner om den norske (særlig Finland og Tyskland) synes å ha regler som innebærer at en allmenngjøring gis forrang for samtlige tariffavtaler innen sektoren.[17]

Det vises i denne sammenheng også til Sak C-341/05 *Laval*, premiss 66 hvor det uttrykkelig fastsettes at Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8) kun kan anvendes når nasjonale foretak *"er underkastet samme forpligtelser på de nævnte områder [artikkel 3 (1) bokstav a-g] som udstationeringsvirksomhederne, og begge typer av virksomheder skal opfylde disse forpligtelser med de samme virkninger."*

Dette kan ikke sies fullt ut å være tilfellet etter Forskriften, hvor arbeidstakere som er omfattet av andre nasjonale tariffavtaler inngått med fagforeninger med innstillingsrett ikke er omfattet av Forskriften, mens tilsvarende arbeidstakere hos utenlandske foretak vil være bundet av Forskriften. I praksis vil dette innebære at det pålegges strengere forpliktelser overfor utenlandske foretak med utenlandske tariffavtaler enn norske foretak med nasjonal tariffavtale, uavhengig av nivået i disse tariffavtalene.

---

[17] Se om dette Ot prp nr 26 (1992-1993) pkt 2.4.4 (Finland) og punkt 2.4.5 (Tyskland).

Følgelig kan ikke allmenngjøring av RO i dette henseende sies å tilfredsstille artikkel 3 (8) i Utsendingsdirektivet.

4.4.3.2 Har det forhold at RO er vedtatt som en forskrift noen betydning for EØS-konformiteten?

Dersom man legger til grunn at allmenngjøringen av RO ikke har vært foretatt i henhold til allmenngjøringsalternativet i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8) kan det tenkes at staten vil hevde at Vedtaket utgjør en forskrift om minimumsvilkår i artikkel 3 (1)s forstand og dermed er fattet i henhold til Utsendingsdirektivet, uansett om virkeområdet til Forskriften er smalere enn det som forstås som allmenngjøring etter direktivet.

Til dette er innledningsvis å si at Forskriften i form selvsagt er en forskrift og slik sett oppfyller artikkel 3 (1) i Utsendingsdirektivet.

Spørsmålet er imidlertid om lovgiver står fritt til å pålegge utenlandske arbeidsgivere lønns- og arbeidsvilkår bare fordi de fastsettes i lov og forskrifts form. Dette kan ikke være tilfellet. Lovgiver kunne for eksempel ikke pålegge kun utenlandske arbeidsgivere visse lønns- og arbeidsvilkår selv om dette ble gjort ved lov eller forskrift, fordi en slik ordning ville vært direkte diskriminerende. Det må således i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (1) innfortolkes at forskriften eller loven som fastsetter minimumsvilkårene har universal anvendelse slik at lov eller forskrift i hvert fall ikke har en smalere anvendelse enn en allmengjort tariffavtale etter Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8).

Under enhver omstendighet kan det ikke i lys av Artikkel 3 (1) fastsettes strengere vilkår for utenlandske foretak enn for nasjonale foretak, jf. Sak C-341/05 *Laval*, premiss 60.[18] Se også ESAs lukningsavgjørelse sitert over hvor det på generelt grunnlag uttales at kravene skal gjelde på *likt grunnlag* for foretak hjemmehørende i Norge og i andre EØS-land. Som redegjort for over, er dette i praksis ikke tilfelle ved allmenngjøringen av RO.

Uavhengig av dette kan det dessuten hevdes at den norske allmenngjøringsordningen ikke passer helt med begrepsbruken i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (1). Det man i Utsendingsdirektivet har tenkt på er lønns- og arbeidsvilkår som allerede er fastlagt i nasjonal lovgivning, slik som arbeidsmiljøloven i Norge. Enten finnes disse vilkårene i slik lovgivning (artikkel 3 (1)) eller de finnes i en allmengjort tariffavtale (artikkel 3 (8)) *før* man utstrekker vilkårenes anvendelse til utenlandske arbeidsgivere. I den norske ordningen finnes vilkårene opprinnelig i en tariffavtale, som ved Tariffnemndas vedtak samtidig allmenngjøres, utstrekkes *og* blir til en forskrift. At vilkårene opprinnelig kommer fra en tariffavtale kan tale for at vi uansett må anvende Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8), og ikke artikkel 3 (1), på den norske ordningen. Det er i så måte symptomatisk EFTA-domstolen behandler allmenngjøringen av VO som en

[18] Sak C-341/05.

allmenngjort tariffavtale i Utsendingsdirektivet artikkel 3 (8)s forstand og ikke som en forskrift i artikkel 3 (1)s forstand.[19]

Vår vurdering er derfor at det forhold at allmenngjøringen av RO er vedtatt som en forskrift ikke i seg selv gjør den forenlig med Utsendingsdirektivet. Særlig skyldes dette det forhold at Forskriften kan hevdes å forskjellsbehandle mellom nasjonale og utenlandske foretak i en sammenlignbar posisjon.

4.4.4 Er den delvise allmenngjøringen i strid med EØS-avtalen artikkel 36?

Uavhengig av om allmenngjøringen er skjedd i overensstemmelse med Utsendingsdirektivet må Forskriften prøves under EØS-avtalen artikkel 36 om retten til fri bevegelighet av tjenester. Til tross for at staten hevdet det motsatte for EFTA-domstolen i VO-saken er dette nå uttrykkelig fastslått av EFTA-domstolen.[20] At EØS-avtalen artikkel 36 har betydning dersom man er utenfor direktivet er likeledes hevet over en hver tvil.[21]

EU-domstolen fant i Rüffert-saken at den tyske loven var i strid med (direktivet lest i lys av) EU Artikkel 49 som tilsvarer EØS artikkel 36 og uttalte i den forbindelse at:

> "*Sagsakterne for Domstolen oplyser imidlertid intet, der kan føre til den konklusion, at beskyttelsen ifølge en sådan lønsats – der endvidere, som den forelæggende ret har bemærket, overstiger minimumslønnen i henhold til AEntG – kun er nødvendig for en arbejdstager beskæftiget i byggesektoren, når vedkommende er ansat i forbindelse med en byggeleverance til det offentlige, og ikke, når arbejdstageren arbejder i forbindelse med en privat kontrakt.*"[22]

Som i Rüffert-saken må det i vår sak, hva gjelder den *personelle* avgrensningen, kunne reises berettiget tvil om den beskyttelse som følger av lønnssatsen i RO er nødvendig for en renholder ansatt i et privat renholdsfirma og ikke for en renholder som rengjør hos arbeidsgiver eller er ansatt i det offentlige.

Denne tvilen er betydelig styrket i lys av EFTA-domstolens vurderingstema om at de allmenngjorte lønns- og arbeidsvilkår må gi samtlige av de relevante utenlandske arbeidstakere en egentlig fordel som i vesentlig grad øker deres sosiale trygghet jf. pkt. 4.2. over.

---

[19] Sak E-2/11 STX, premiss 38.

[20] Ibid, premiss 34-35.

[21] Se blant annet sak C-341/05, *Laval*, premiss 71-72.

[22] Sak C-346/06 *Rüffert*. Premiss 40.

I tillegg kan det anføres at den personelle avgrensningen i allmenngjøringen av RO er indirekte diskriminerende fordi den beskytter offentlige arbeidsgivere som ikke må forholde seg til Forskriften. Disse er for alle praktiske formål norske. Blant de private renholdfirmaer som er omfattet av Forskriften er det derimot presumtivt mange som er etablert i andre EØS-land.

Hva gjelder den *tariffmessige* avgrensningen er denne desto mer problematisk i forhold til EØS artikkel 36, ettersom den kan hevdes å være indirekte diskriminerende i forhold til utenlandske foretak som, i motsetning til norske virksomheter, ikke er skjermet fra allmenngjøringen selv om de er bundet av tariffavtale.

I Laval-dommen var et av temaene at den svenske lovgivningen skjermet tariffbundne virksomheter fra fagforeningenes kampskritt, mens utenlandske tariffbundne virksomheter ikke nøt samme beskyttelse. Til dette uttalte domstolen:

> "*I denne henseende skal det fastslås, at en national lovgivning som den, der er genstand for hovedsagen, som ikke tager hensyn til kollektive overenskomster, som virksomheder, der udstationerer arbejdstagere i Sverige, allerede er bundet af i den medlemsstat, hvor de har hjemsted, uanset overenskomsternes indhold,* ***forskelsbehandler disse virksomheder****, for så vidt som den underkaster dem samme behandling som indenlandske virksomheder, der ikke har tiltrådt en kollektiv overenskomst*" (uthevet her).[23]

EU-domstolen fant videre at denne forskjellsbehandlingen ikke kunne rettferdiggjøres.[24]

Etter vår oppfatning bør tilsvarende vurderinger kunne gjøres gjeldende i vår sak.

NHO Service viser i sin høringsuttalelse ved allmenngjøringen av RO til et tidligere brev fra daværende Arbeids- og sosialdepartementet[25] som begrunnelse for at en slik forskjellbehandling ikke bør reise EØS-rettslige problemstillinger. Tildette er å si at departementet i brevet tok stilling til et helt annet spørsmål. Spørsmålet den gang var nemlig om unntaket fra daværende arbeidsmiljølov om arbeidstidbestemmelsen, jf. tidligere arbeidsmiljølov § 41 (5) (se nå aml § 10-12 (5)), var i strid med EØS-retten, fordi i det i praksis kun var i norsk tariffavtale slikt unntak kunne gjøres. Det må legges til at departementets EØS-rettslige vurdering av det spørsmålet heller ikke kan sies å være særlig grundig eller overbevisende.

Uansett kan vi ikke se at departementets vurdering kan ha noen føringer på vår sak.

---

[23] Laval, premiss 116.

[24] Laval. premiss 119.

[25] Se fotnote 1.

I tillegg kommer det forhold at den *tariffmessige* avgrensningen av Forskriften innebærer at det også sondres mellom ulike grupper arbeidstakere innenfor den gruppen virksomheter som selger renholdstjenester til andre, avhengig av om disse er tariffbundet eller ikke. Dette innebærer at det innenfor en og samme bedrift kan eksistere arbeidstakere som tidligere ikke var organisert som nå kan kreve den allmenngjorte satsen etter Forskriften på den ene siden og arbeidstakere som er omfattet av en annen tariffavtale enn RO på den annen siden som kun vil motta den lavere satsen etter denne avtalen.

Begrunnelsen fra Tariffnemnda for en slik forskjellsbehandling synes å være at de øvrige tariffbundne arbeidstakerne ikke har samme behov for beskyttelse som de uorganiserte (i hovedsak) utenlandske arbeidstakerne i samme bedrift. Det kan så være, men rettferdiggjør etter vårt syn ikke hvorfor de uorgansierte arbeidstakerne skal motta den (i mange tilfeller) høyere satsen i RO, når en slik restriksjon ikke skal gå lengre enn det som er nødvendig ut i fra arbeidstakerhensyn, og Tariffnemnda samtidig godtar at andre arbeidstakere i samme bedrift som utfører nøyaktig samme arbeid mottar en lavere lønn.

4.4.5 Konklusjon

Etter vår oppfatning er det tvilsomt om Tariffnemnda har kompetanse til å vedta en *personell* avgrensning av allmenngjøringen slik det er gjort ved vedtakelsen av Forskriften. Allmenngjøringsloven må her tolkes innskrenkende i lys av EØS-retten, hvilket innebærer at det foreligger sterke argumenter for at denne avgrensningen er ulovlig.

Hva gjelder spørsmålet om den *tariffmessige* avgrensningen av allmenngjøringen mener vi også her at det foreligger sterke argumenter for at allmenngjøringen er materielt ulovlig, både i lys av Allmenngjøringsloven isolert sett, og i hvert fall sett i lys av den gjeldende EØS-retten på området.

5 FORHOLDET TIL NORSK FORVALTNINGSRETT

Hva gjelder tilblivelsesprosessen til Forkriften må forholdet til forvaltningsloven vurderes, jf. Allmenngjøringsloven § 9. Det må således vurderes om saken er tilstrekkelig opplyst, jf. forvaltningsloven § 37.

For det første kan det anføres at den fremlagte dokumentasjonen er mangelfull og ikke gir grunnlag for allmenngjøring. Den dokumentasjonen Tariffnemnda har basert sitt vedtak på virker spredt og i stor utstrekning basert på annenhåndskilder som presseoppslag og uttalelser fra FAFO. Dertil kommer at dokumentasjonen dels gir anvisning på et lønnsnivå som er på høyde med nivået i andre tariffavtaler enn RO på området, jf. Vedtaket pkt. 4.2 *"til drøyt 130 kroner per time"* og som dermed ikke nødvendigvis tilsier et behov for allmenngjøring. Det siste viser at Vedtaket er desto mer mangelfullt hva gjelder innholdet i Vedtaket.

Det kan hevdes at det foreligger en utvidet plikt til å opplyse saken i de tilfeller hvor det allmenngjøres på et område med flere relevante tariffavtaler med differensiert nivå hva gjelder minstelønn, slik tilfellet er innenfor renholdsektoren. Det kan her anføres at det å godtgjøre at det ytes lønns- og arbeidsvilkår til utenlandske arbeidstakere som ligger lavere enn nivået i den tariffavtalen innenfor sektoren som har høyest beskyttelsesnivå, slik som RO, ikke nødvendigvis utgjør det relevante vurderingstema for allmenngjøring, Tariffnemnda må også fremskaffe dokumentasjon for – og vurdere arbeidsvilkårene til – de utenlandske arbeidstakerne opp mot øvrige relevante tariffavtaler innenfor sektoren. Vedtaket bærer ingen preg av at en slik dokumentasjon og/eller vurdering er foretatt.

Det kan i det hele tatt synes som at Tariffnemnda har hatt et lite bevisst forhold til hvor representativ RO har vært for bransjen og at det ikke er foretatt noen nærmere analyse av det totale lønnsbildet for renholdere i Norge. Det kan derfor ikke sees tilstrekkelig dokumentert at det er nettopp ROs lønnssats som skulle danne grunnlag for allmenngjøring, ei heller at det er tilstrekkelig dokumentert at det kun er arbeidstakere som ikke er omfattet av andre tariffavtaler som skal være dekket av Forskriften.

Tariffnemnda burde derfor innhentet informasjon om dekningsområdet samt lønns- og arbeidsvilkår i de ulike tariffavtalene innenfor sektoren. Dette burde vært en overkommelig dokumentasjonsjobb for nemnda som ikke ville gått nevneverdig ut over saksbehandlingstiden. Dette særlig i lys av at FAFO parallelt med Tariffnemndas arbeid var i ferd med å ferdigstille en rapport om lønns- og arbeidsforholdene i renholdsektoren, og således kunne gitt Tariffnemnda enkel tilgang på relevant data/dokumentasjon.[26]

Uttalelsene i forarbeidene om at det skal unngås at allmenngjøring i det enkelte tilfelle får en lønnsdrivende effekt for norske arbeidstakere, kan i tillegg tas til inntekt for at det kreves særskilte undersøkelser av lønnsbildet i den pågjeldende sektor, når flere tariffavtaler er relevant sammenlikningsgrunnlag. Tariffnemnda burde også foretatt en nærmere analyse av de forventede lønnsdrivende effektene av en allmenngjøring av normallønnssatsen i RO.

I tillegg til manglende opplysning av saken, kan det det sees på som en mangel at Vedtaket ikke særskilt begrunner hvorfor det er nødvendig å allmenngjøre på et nivå som ligger høyere enn andre lønnssatser i bransjen.

Det kan anføres at Tariffnemndas valg av ROs normallønnssats som gjenstand for allmenngjøring i renholdbransjen krever en særskilt begrunnelse, all den tid det reelle minstelønnsnivået i bransjen ligger lavere enn satsen i RO. Som antydet over, kan ikke Tariffnemndas uttalelser om at andre arbeidsvilkår (pensjonsordninger m.m.) i de andre tariffavtalene oppveier det lavere minstelønnsnivået, anses som en tilstrekkelig begrunnelse i så måte. Påstanden synes for det første å være helt udokumentert og det er

[26] Jf. fotnote 1.

uansett ikke sikkert at det er relevant å se på pensjonsordninger som kompensasjon for lavere minstelønn i det enkelte tilfellet.

For det tredje kan det anføres at Vedtakets drøftelse av forholdet til EØS-retten er mangelfull. Riktignok inneholder Vedtaket en helt generell drøftelse av allmenngjøringsinstituttets forhold til EØS-retten, men det er ikke foretatt noen vurdering av det konkrete vedtaket opp mot de skranker EØS-retten setter. Dette er særlig tydelig i forhold til Vedtakets anvendelsesområde, jf. pkt. 3.4. At Tariffnemnda har en særskilt plikt til å utrede de EØS-rettslige forhold ved sine vedtak har uttrykkelig vært fremhevet tidligere, blant annet av Justisdepartementets Lovavdeling. Den mangelfulle drøftelsen av EØS-rettslige forhold i Vedtaket kan tyde på at denne utredningsplikten har blitt forsømt.

Det er følgelig etter vår oppfatning flere holdepunkter for at domstolene kan komme til at Tariffnemndas vedtak ikke ble tilstrekkelig opplyst. At Vedtaket i tillegg mangler fyllestgjørende begrunnelse på avgjørende punkter, jf. Allmenngjøringsloven § 6 annet ledd, taler i samme retning.

Hadde Tariffnemnda foretatt en nærmere analyse og vurdering av de gjeldende lønns- og arbeidsvilkår som følger av andre tariffavtaler innenfor renholdsektoren samt utredet forholdet til EØS-retten grundigere, kan det ikke utelukkes at innholdet i allmenngjøringsvedtaket ville blitt annerledes, for eksempel ved at det hadde blitt allmenngjort på et lavere lønnsnivå eller for en utvidet personkrets. Ettersom feilen dermed kan ha hatt innvirkning på Vedtakets innhold er det mulig at den vil bli kjent ugyldig etter analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 41.

Oslo, 13. februar 2012
BUGGE, ARENTZ-HANSEN & RASMUSSEN

for Arne Torsten Andersen
Advokat

Tarjei Thorkildsen
Advokat