

NOTAT

Til: Norges Rederiforbund

Fra: Advokatfirmaet Schjødt AS
Advokat dr. juris Olav Kolstad
Advokat Thomas Nordby (H)

Saksansvarlig advokat: Thomas Nordby

Dato: 05/01/2022

Dok.ref: 43862-601-9544298.1

EØS-RETTLIG VURDERING AV ADGANGEN TIL Å REGULERE LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR I GRENSEOVERSKRIDENDE ANSETTELSESFORHOLD PÅ SJØTRANSPORTSEKTOREN

1. OPPDRAGET

- (1) Vi er gitt i oppdrag å vurdere i hvilken grad det vil være forenlig med EØS-avtalen om Norge regulerer lønns- og arbeidsvilkår til besetningen i skip fra andre EØS-land som går i innenrikfart (kabotasje) i Norge. I de til dels omfattende utredningene om dette temaet som foreligger formuleres dette gjerne som et spørsmål om Norges "handlingsrom" etter EØS-avtalen. Vårt syn er at Norge ikke kan innføre tiltak som strider mot våre EØS-rettslige forpliktelser. Dette må basere seg på en konkret tolkning av EØS-avtalen. Et abstrakt begrep som "handlingsrom" gir i denne sammenheng ingen veiledning. Spørsmålet blir hvilke skranker EØS-avtalen setter for avtalepartene. Det eksisterer ikke noe "handlingsrom" ut over dette.

2. TJENESTEFRIHETEN PÅ SJØTRANSPORTOMRÅDET

- (2) Det følger av EØS-avtalens artikkel 36 at det ikke skal være noen restriksjoner på adgangen til å yte grenseoverskridende tjenester på avtalepartenes territorium. Restriksjonsbegrepet tolkes vidt til å omfatte alle tiltak som kan være "til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser", jf. sak C-76/90 Säger, avsnitt 12.
- (3) For sjøtransport mellom avtalepartene og mellom avtalepartene og tredjeland er tjenestefriheten innført ved rådsforordning 4055/86, som i norsk rett er gjennomført ved lov om fri utveksling av tjenesteytelser innen sjøtransport av 12.4.1992 nr. 121. For sjøtransport mellom en enkelt avtaleparts havner er tjenestefriheten innført ved kabotasjeforordningen, rådsforordning 3577/92, som også er gjennomført i norsk rett ved lov om fri utveksling av

tjenesteytelser innen sjøtransport. Kabotasjeforordningen regulerer tre typer kabotasje, jf. artikkel 2/1); fastlandskabotasje, øy-kabotasje og offshore-kabotasje sjøtransport av gods og passasjerer mellom en avtaleparts fastland og anlegg og innretninger på medlemsstatens kontinentalsokkel). Forordningene er gjennomført "som sådan" etter EØS-avtalen artikkel 7(1) bokstav a).

3. GENERELT OM ADGANGEN TIL Å REGULERE LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR I GRENSEOVERSKRIDENDE ARBEIDSFORHOLD

- (4) Retten til fri tjenesteutveksling innbefatter retten til å ta med seg sin arbeidsstyrke for å yte tjenester i den aktuelle vertsstat, jf. sak C-113/89 *Rush Portuguesa*. Tiltak fra vertsstaten som hindrer eller vanskeliggjør bruken av egen arbeidsstyrke i vertsstaten på samme vilkår som i hjemstaten, vil i utgangspunktet være restriksjoner i strid med artikkel 36.
- (5) At arbeidsstokken skal kunne brukes til å utføre tjenester i vertsstaten på samme vilkår som i hjemstaten innebærer at tjenesteyters ansatte avlønnes basert på arbeidsavtalene inngått i hjemstaten, og da med de lønninger som er avtalt i hjemstaten. Dersom vertsstaten griper inn i lønns- og øvrige arbeidsvilkår i tiden en tjenesteyters ansatte er i vertsstaten utgjør dette i utgangspunktet en restriksjon etter artikkel 36.
- (6) EU-domstolen åpner allikevel for at hensynet til beskyttelse av arbeidstakerne vil kunne begrunne restriksjoner i tjenestefriheten, jf. f.eks. C-288/89 *Gouda* premiss 14, og at hensynet til arbeidstakerne kan begrunne vertsstatsregulering av minstelønn, se f.eks. sak C-113/89 *Rush Portuguesa* premiss 18, C-549/13 *Bundesdruckerei* premiss 31 og sak C-115/14 *RegioPost* premiss 70. Reguleringen må så fall begrunnes i den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn.
- (7) At EØS-retten anerkjenner at et hensyn som relevant i forhold til den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn innebærer ikke medlemsstatene står fritt til å iverksette tiltak som skal ivareta hensynet. Hensynet må være relevant i den konkrete sak, og tiltaket må, basert på en konkret vurdering, være egnet og nødvendig for å ivareta formålet.
- (8) På områder som er harmonisert vil sekundærlovgivningen, d.v.s. forordninger og direktiver, være bestemmende for vertsstatens adgang til å ivareta særlige formål gjennom restriktive tiltak. EØS-landenes adgang til å regulere grenseoverskridende arbeidsforhold er harmonisert gjennom utsendingsdirektivet. Etter utsendingsdirektivet kan ikke vertsstaten velge om den vil regulere utstasjonerte arbeidstageres lønns- og arbeidsvilkår. Vertsstaten er pålagt å gjøre dette. Direktivet snevrer samtidig inn hvilke forhold vertsstaten kan regulere til de forhold som er uttrykkelig nevnt i direktivets artikkel 3(1), jf. sak C-341/05 *Laval* og C-319/06 *Commission v. Luxembourg* premiss 26. Reguleres et forhold som ikke omfattes av listen i utsendingsdirektivet artikkel 3(1), vil reguleringen være en restriksjon i strid med artikkel 36, enten fordi tiltaket ikke kan begrunnes, jf. sak C-341/05 *Laval* premiss 108-11 eller fordi tiltak i strid med direktivet i seg selv er i strid med artikkel 36, jf. sak C-346/06 *Dirk Ruffert* premiss 36.
- (9) Utsendingsdirektivet fremmer primært hensynet til tjenestefriheten, men innebærer også en beskyttelse av utstasjonerte arbeidstagere. EU-domstolen slår i C-341/05 *Laval* premiss 74 fast at utsendingsdirektivets artikkel 3(1) "for det første" har til formål å sikre en lojal konkurranse mellom foretak fra vertsstaten og foretak som leverer grenseoverskridende tjenesteytelser. Utsendingsdirektivet har m.a.o. som sitt primære formål å hindre at lav lønn brukes "illojalt" som konkurranseparameter. EU-domstolen slår deretter i premiss 76 fast at

utsendingsdirektivet "for det andre" har som formål å sikre utstasjonerte arbeidstagere en minimumsbeskyttelse når det gjelder lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarer vertsstatens minimumsbeskyttelse. EFTA-domstolen tolker utsendingsdirektivet på samme måte i sak E-2/11 *STX*, se avsnitt 24 og 25. Barnard: *The substantive law of the EU* s. 449 tolker dette slik at "*the directive and Article 56 TFEU [tilsvarende artikkel 36 EØS] are mutually reinforcing: the restrictive interpretation of the directive is derived from Article 56 TFEU and the substance of Article 56 TFEU is derived from the directive*".

4. ADGANGEN TIL Å REGULERE LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR TIL BESETNINGEN PÅ SKIP I KABOTASJE

- (10) Utsendingsdirektivet får ikke anvendelse på "*virksomheder inden for handelsflåden for så vidt angår besætningen*", jf. artikkel 1(2). Forordning 4055/86 inneholder ingen bestemmelser om regulering av lønns- og arbeidsvilkår, og det er tvilsomt om andre enn flaggstaten har en slik adgang. Derimot inneholder kabotasjeforordningen i artikkel 3(1)-(3) bestemmelser om regulering av "*alle spørsmål med hensyn til besetning*". Passusen er identisk i (1)-(3) og må tolkes på samme måte i alle bestemmelsens tre ledd.
- (11) Artikkel 3(1) slår fast utgangspunktet om at det, i tråd med hjemstatsprinsippet, er det flaggstaten som skal regulere disse spørsmålene for skip i fastlandskabotasje i Norge og for cruise fartøyer. Dersom et skip fra en annen EØS-stat utfører sjøtransporttjenester mellom norske havner er det således flaggstatens regler "med hensyn til besetning" som gjelder. Et unntak er gitt for øykabotasje, hvor det slås fast i artikkel 3(2) - (3) at for skip over 650 BT som driver øykabotasje kan flaggstaten regulere "alle spørsmål med hensyn til besetningen".
- (12) Selv om kabotasjeforordningen også innfører tjenestefriheten for offshorekabotasje, inneholder artikkel 3 ingen regulering av offshorekabotasje. Det er naturlig å tolke dette slik at da gjelder de alminnelige reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelse, m.a.o. vil besetningens lønns- og arbeidsvilkår reguleres av flaggstatens regler. Dersom vertsstaten ønsker å regulere mannskapets lønns- og arbeidsvilkår i offshorekabotasje vil en slik regulering bare være forenlig med EØS-avtalen om vilkårene i læren om tvingende allmenne hensyn er oppfylt.
- (13) Kabotasjeforordningen gir ingen nærmere beskrivelse av hvilke typer reguleringer som faller innenfor passusen "*alle spørsmål med hensyn til besetning*". I EU-kommisjonens tolkningsmeddelelse om kabotasjeforordningen (COM 2014 232 final) punkt 4 redegjør EU-kommisjonen for forståelsen av "bemanningsregler". Bemanningsregler kan være krav om mannskapets eller offiserers nasjonalitet, men kan også være andre forhold. I avsnitt 4.1 gir EU-kommisjonen eksempler på hvilke tiltak en vertsstat kan iverksette i forhold til øykabotasje med skip under 650 bt som tillatte "bemanningsregler". Eksempler som nevnes er krav om EU statsborgerskap og tilknytning til sosialsikringsordninger. Et annet eksempel gjelder arbeidsvilkår:

"Hvad angår arbejdsvilkårene, kan de kræve overholdelse af den mindsteløn, der er gældende i landet."

- (14) Eksempelet viser at regulering av lønnsvilkår etter Komisjonenes oppfatning faller innenfor "bemanningsregler", slik at vertsstaten kan fastsette minstelønnsordninger for å gi bemanningen om bord på skip i kabotasjefart i vertsstaten en minimumsbeskyttelse. Det er naturlig at også regulering av andre sider ved ansattes arbeidsvilkår faller innenfor begrepet.

- (15) Kabotasjeforordningen gir i artikkel 1(1) tjenestefriheten anvendelse på kabotasje. Artikkel 3(2)-(3) åpner på sin side for at vertsstaten i bestemte situasjoner kan iverksette tiltak som kan være restriksjoner i tjenestefriheten. Kabotasjeforordningen åpner kun for at avtalepartene regulerer lønns- og arbeidsvilkårene til besetningen på skip fra andre EØS-land som driver kabotasjetransport i de situasjoner hvor kabotasjeforordningen uttrykkelig åpner for det. Dersom vertsstaten regulerer grenseoverskridende arbeidsforhold knyttet til skip i kabotasjefart utenfor de situasjoner som er uttrykkelig nevnt i forordningens artikkel 3(2)-(3), vil det være i strid med kabotasjeforordningen.
- (16) Enhver restriksjon på tjenestefriheten må uansett begrunnes. Tiltak etter 3(2) og (3) må derfor oppfylle de vilkår som følger av læren om tvingende allmenne hensyn.
- (17) Generell veiledning om hvilke tiltak som vil kunne oppfylle kravene som stilles etter læren om tvingende allmenne hensyn kan man finne i utsendingsdirektivet. Utsendingsdirektivet harmoniserer de tiltak medlemsstatene kan iverksette i forhold til utstasjonerte arbeidstagere lønns- og arbeidsvilkår i artikkel 3, og fastsetter med det beskyttelsesnivået for utstasjonerte arbeidstagere. Som en konsekvens av harmoniseringen kan en vertsstat ikke pålegge lønns- og arbeidsvilkår utover det som følger av direktivets artikkel 3, jf. EFTA-domstolen i sak E-2/11 *STX*. Utenfor utsendingsdirektivets anvendelsesområde skal det antageligvis svært mye til før tiltak som ikke er nevnt i artikkel 3 kan begrunnes etter læren om tvingende allmenne hensyn.
- (18) Vurderingen av hvilke tiltak som kan begrunnes etter artikkel 3(2) og (3) må skje på bakgrunn av de særlige karakteristika grenseoverskridende ansettelsesforhold skipsfarten har. Sjøtransportsektoren skiller seg fra andre tjenesteområder ved at arbeidsstokken, besetningen, ikke utstasjoneres i egentlig forstand, men hele tiden har tilhold på skipet som er deres arbeidsplass, gjennomgående med kost og losji. I motsetning til ansatte som er utstasjonerte på land i en vertsstat som har høyere levekostnader enn hjemstaten, vil ikke ansatte på skip ha et behov for en justering i lønnsnivået for å kompensere for høyere utgifter i vertsstaten. De hensyn knyttet til nivået for lønns- og arbeidsvilkår som gjør seg gjeldende for arbeidstagere som er utstasjonert i et annet land med andre kostnader til livsopphold m.v. gjør seg derfor ikke gjeldende med samme tyngde for besetning på skip. Mannskapet om bord på et skip savner m.a.o. en tilknytning til en vertsstat som begrunner et beskyttelsesbehov i denne staten. Når utsendingsdirektivet slår fast at det ikke gjelder "virkomheder inden for handelsflåden for så vidt angår besætningen" kan dette leses på denne bakgrunn. Videre har EU-domstolen i sak C-16/18 *Dobersberger* lagt vekt på at ansatte om bord på tog ikke har tilstrekkelig tilknytning til andre land enn hjemstaten, slik at de ikke kan regnes som utstasjonerte etter utsendingsdirektivet selv om toget de jobber på trafikkerer ruter i andre land. Direktivet hjemler da heller ikke en regulering av deres lønns- og arbeidsvilkår.

5. BEMERKNINGER KNYTTET TIL "PRIVAT" LOVFORSLAG

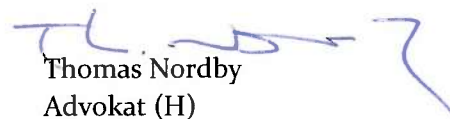
- (19) På oppdrag for LO, Norsk Sjømannsforbund og Norsk Sjøoffisersforbund har professor Finn Arnesen og Hanna Furseth utarbeidet et "privat" lovforslag m.v., "for å gjennomføre norske lønns- og arbeidsvilkår i norske farvann og på norsk sokkel". Lovforslaget problematiserer ikke forholdet til kabotasjeforordningen, men synes å bygge på den forutsetning at lønns- og arbeidsvilkår ikke omfattes av passusen "*alle spørsmål med hensyn til besetning*" i forordningens artikkel 3. Dette hviler etter vår oppfatning på en gal tolkning av

forordningen, slik at lovforslaget vil være i strid med kabotasjeforordningen i den utstrekning det gis anvendelse på spørsmål som etter artikkel 3 tilfaller flaggstaten.

- (20) I vurderingen av om lovforslaget, der det er relevant, kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn, foretas det ingen konkret vurdering av de særlige karakteristika sjøtransporttjenester har. Lovforslaget vil innebære en rekke restriksjoner på tjenestefriheten, uten at det foretas en konkret vurdering av om læren om tvingende allmenne hensyn kan begrunne den enkelte restriksjon, eller summen av restriksjoner. Vurderingen synes å forutsette at vurderingen blir som ved utstasjonering av ansatte som skal yte tjenester på fastlandet. Forslagets begrunnelse etter EØS-avtalen ser m.a.o. bort fra helt sentrale forhold i vurderingen som kan tilsi en snevrere adgang til å regulere lønns- og arbeidsvilkår enn det som gjelder på utsendingsdirektivets område.



Olav Kolstad
Advokat dr. juris



Thomas Nordby
Advokat (H)