

Til: Norsk olje og gass

Fra: Regine Skjeltorp Antonsen og Arne Torsten Andersen

Ansvarlig advokat: Andersen, Arne Torsten

Vår ref.: 302765-002\3472656\v1

Dato: Oslo, 12. mars 2020

SAKEN GJELDER: EØS-rettslig vurdering av adgangen til å pålegge norske lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske skip

1 INNLEDNING

1.1 Bakgrunn

Kluge Advokatfirma («**Kluge**») har blitt bedt av Norsk olje og gass («**Norog**») om å gi en overordnet vurdering av det EØS-rettslige handlingsrommet for adgangen til å pålegge norske lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske skip i norsk farvann og på norsk sokkel.

Bakgrunnen for vurderingen er at Nordisk Institutt for Sjørett ved Finn Arnesen og Hanna Furuset i februar 2020 utga dokumentet «*Forslag til lov, lovendringer og forskriftsendringer for å gjennomføre norske lønns- og arbeidsvilkår i norske farvann og på norsk sokkel*». Lovforslaget er utarbeidet for LO, Norsk Sjømannsforbund og Norsk Sjøoffisersforbund, og «*ment som innspill til videre lovarbeid*».¹ Lovforslaget bygger på to utredninger fra 2019, hvor mandatet for begge utredningene har vært å undersøke mulighetene og utfordringene forbundet med å stille krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i norske farvann og på norsk sokkel.²

1.2 Faktisk og rettslig landskap

Lovforslaget bygger på et premiss om at skipsfart mellom norske havner og mellom norsk fastland og faste installasjoner på norsk sokkel tradisjonelt i stor grad har blitt utført av norskregistrerte skip³ med norsk mannskap. Videre legges det for lovforslaget til grunn at skipsfarten imidlertid har endret seg de senere tiårene, og større deler av skipsfarten i norsk farvann og på norsk sokkel trafikkeres av NIS-registrerte og utenlandskregistrerte skip. I den utstrekning dette stemmer, innebærer flaggstatsprinsippet at et økende antall arbeidstakere i norsk farvann og på norsk kontinentalsokkel arbeider underlagt andre lønns- og arbeidsvilkår enn norske.

¹ Lovforslaget må her sees i sammenheng med Representantforslag (Dok. 8 forslag) fra stortingsrepresentantene Terje Aasland, Geir Pollestad og Torgeir Knag Fylkesnes om å sikre norske lønns- og arbeidsvilkår i norske farvann og på norsk sokkel 18S (2019-2020) fremmet til Stortinget 28. november 2019. Forslaget er foreløpig planlagt behandlet i Stortinget 16. april 2020.

² Den ene utredningen er skrevet av Wikborg Rein og Oslo Economics på oppdrag for Nærings- og fiskeridepartementet. Den andre utredningen er skrevet av Finn Arnesen, Hanna Furuset, Alla Pozdnakova og Henrik Ringbom på oppdrag for Norsk Sjømannsforbund, og er således et partsinnlegg i saken.

³ Det vil si NOR-registrerte.

Utredningene fra 2019 behandler spørsmålet om hvorvidt norske myndigheter kan kreve norske lønns- og arbeidsvilkår ombord på utenlandskflaggede skip. Nåværende rettsstilstand er at slike krav i hovedsak kan stilles til skip med norsk flagg. Adgangen til å regulere lønns- og arbeidsvilkår ombord på utenlandske skip i norsk farvann og norsk sokkel er først og fremst et spørsmål om hvilket handlingsrom norske myndigheter har i lys av sine folkerettslige forpliktelser, herunder særlig de forpliktelser som følger av EØS-avtalen.

I lovforslagets innledning er det lagt til grunn at det finnes et juridisk handlingsrom innenfor folkeretten og EØS-retten for å kreve norske vilkår om bord på utenlandske skip i norske farvann og på norsk sokkel. Med det som utgangspunkt er det foreslått å innføre en ny lov som bestemmer at arbeidstakere som arbeider om bord på skip skal ha norske lønns- og arbeidsvilkår, både når skipet befinner seg i norske havner og norsk territorialfarvann, samt når skipet befinner seg i økonomisk sone eller på norsk kontinentalsokkel, så fremt det da transporterer gods eller passasjerer mellom norske havner eller mellom norske havner og installasjoner på norsk kontinentalsokkel, jf. lovforslaget § 4.⁴

Videre pålegger lovforslaget rederiet eller arbeidsgiver, dersom arbeidsgiveren er en annen enn rederiet, å sørge for at kravet om norske lønns- og arbeidsvilkår blir overholdt. Det betyr at lovforslaget tillegger den utenlandske rederen å sørge for at norske lønns- og arbeidsvilkår blir overholdt på et utenlandsk skip som seiler i norsk farvann eller på norsk kontinentalsokkel. Sist, men ikke minst, pålegges rettighetshavere etter petroleumsloven, havbunnsmineralloven, akvakulturloven og havenergiloven tilsvarende forpliktelser overfor sine leverandører og dennes underleverandører, jf. lovforslaget § 6.

Lovforslaget innebærer derfor et ganske markant avvik fra flaggstatsprinsippet om at lønns- og arbeidsvilkår for mannskapet om bord på internasjonale fartøy reguleres i henhold til flaggstatens lover.

Oppdraget Kluge er gitt av Norog gjelder kun de EØS-rettslige sidene av lovforslaget. Vår vurdering er derfor avgrenset mot andre rettslige implikasjoner av lovforslaget, herunder de (øvrig) folkerettslige, arbeidsrettslige og sjørettslige implikasjonene.

I motsetning til det som legges til grunn i lovforslaget, mener vi det EØS-rettslige handlingsrommet hva gjelder adgangen til å pålegge norske lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske skip i norsk farvann og på norsk sokkel er betydelig mer innskrenket enn det som synes å legges til grunn. Vi kan ikke se at det verken i lovforslaget eller i de bakenforliggende utredningene er vist til et tilstrekkelig EØS-rettslig grunnlag for å innføre slike regler. Snarere tvert imot er det mye som tyder på det etter EØS-retten *ikke er adgang* til å vedta et lovforslag med innhold som foreslått. I dette notatet skal vi redegjøre for, samt underbygge, vårt syn. I lys av at vår vurdering er overordnet og vi har hatt relativt kort tid til rådighet, er det vår anbefaling at de EØS-rettslige konsekvensene av et lovforslag utredes grundigere i den videre behandlingen av saken.

2 OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Etter vårt syn bygger «*Forslag til lov, lovendringer og forskriftsendringer for å gjennomføre norske lønns- og arbeidsvilkår i norske farvann og på norsk sokkel*» på en feilaktig antakelse om at Direktiv 96/71/EF «**Utsendingsdirektivet**» gir uttrykk for en *generell avveining* mellom prinsippet om fri bevegelighet av tjenester og hensynet til arbeidstakere som også kan få anvendelse utenfor direktivets klare og meget spesifikt tilskårne virkeområde.

Vår forståelse underbygges av virkeområdet for både Utsendingsdirektivet og for annen relevant sektorlovgivning (f.eks. veitransport og kabotasje), samt av rettspraksis fra EU-domstolen. I motsetning til lovforslaget, mener vi det er gode argumenter for å hevde at det, med mindre det er innført særskilte unntak i sekundærlovgivningen, skal mye til for å fravike den klare hovedregelen om at regulering av lønns- og arbeidsvilkår om bord på et utenlandsk skip tilligger flaggstaten.

⁴ Det er også foreslått en rekke andre lov- og forskriftsendringer i relevant lovgivning, som ikke behandles nærmere her.

Videre forstår vi lovforslaget slik at det bygger på en unntaksadgang fra prinsippet om fri bevegelighet av tjenester slik dette er nedfelt i EØS artikkel 36. En svakhet ved lovforslaget er at det mangler en eksplisitt drøftelse av unntaksadgangen. Vår vurdering av dette spørsmålet knytter seg derfor til de bakenforliggende utredningene, som i stor grad synes å danne utgangspunkt for lovforslaget. I utredningene vurderes unntaksadgangen som et spørsmål om det foreligger tvingende allmenne hensyn som kan rettfærdiggjøre restriksjonen som lovforslaget utgjør.

Vi ser det slik at begge utredningene er mangelfulle med hensyn til å rettfærdiggjøre et unntak fra prinsippet om fri bevegelighet av tjenester. I lys av de mangelfulle utredningene, mener vi at lovforslagets regulering av norske lønns- og arbeidsvilkår på utenlandske skip ikke i tilstrekkelig grad er begrunnet i læren om tvingende allmenne hensyn. På den bakgrunn anser vi at lovforslaget ikke tilstrekkelig rettfærdiggjør en restriksjon på fri flyt av tjenester, og dermed strider mot EØS-avtalen.

Til sist vil vi påpeke at vi anser det for å være flere øvrige usikkerhetsmomenter ved lovforslaget. Vårt mandat – og tiden vi har hatt til rådighet for vurderingen – strekker ikke til å utrede enhver EØS-rettslig implikasjon av lovforslaget, men etter vårt syn er det flere forhold ved forslaget som bør utredes nærmere i den videre prosessen. I punkt 4.4 peker vi på hvilke ytterligere usikkerhetsmomenter og uklarheter vi mener bør vurderes i så tilfelle.

3 OPPLEGGET VIDERE

Etter en gjennomgang av lovforslaget har vi identifisert problemer med deler av grunnlaget lovforslaget bygger på. Først mener vi det er problematisk at lovforslaget bygger på en tanke om at prinsippene som gjør seg gjeldende i Utsendingsdirektivet også er overførbare til skipsfarten. Som det vil fremgå av punkt 4.2 nedenfor, mener vi det foreligger klare holdepunkter for at det motsatte er tilfellet, altså at Utsendingsdirektivet ikke er overførbart til skipsfarten. Det betyr at lovforslaget i seg selv er bygget på prinsipper som ikke er anvendbare.

For det andre mener vi lovforslagets utredning av det juridiske handlingsrommet i EØS-avtalen ikke nødvendigvis har tatt høyde for alle begrensningene EØS-retten stiller for adgangen til å pålegge norske lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske skip i norsk farvann. I punkt 4.3 skal vi redegjøre for vårt syn på handlingsrommet og begrunne hvorfor vi mener at det er mer innskrenket enn hva lovforslaget har lagt til grunn. Først skal vi i punkt 4.1 si noe kort om EØS-avtalens geografiske virkeområde.

4 JURIDISK VURDERING

4.1 Kort om EØS-avtalens geografiske virkeområde

EØS-avtalens geografiske virkeområde er fastsatt i EØS artikkel 126. Det fremgår av bestemmelsen at EØS-avtalen gjelder «*på de territorier hvor Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap [EU] anvendes på de vilkår som er fastsatt i den nevnte traktat, og på Islands, Fyrstedømmet Liechtensteins og Kongerike Norges territorium*». Det er enighet om at EØS-avtalen kommer til anvendelse på territorialfarvannet. Det er imidlertid uenighet om EØS-avtalen får virkning utenfor territorialfarvannet, dvs. den tilstøtende sonen, den økonomiske sonen og kontinentalsokkelen. Uenigheten bunner i ulike syn på hvordan uttrykket «*territorium*» skal forstås.

Norske myndigheter har lagt til grunn at begrepet territorium i EØS-avtalen skal forstås «*i henhold til fast praksis i folkeretten*», slik at «*EØS-avtalen omfatter Norges landterritorium, indre farvann og territorialfarvann, men ikke økonomisk sone, kontinentalsokkel eller det åpne hav*».⁵ EFTAs Overvåkningsorgan («*ESA*») har derimot tatt til orde for at begrepet «*territorium*» som utgangspunkt omfatter alle områder der EØS-medlemstatene har jurisdiksjon, det betyr at også kontinentalsokkelen er

⁵ Meld St. 5 (2012 – 2013) s. 41.

omfattet.⁶ I EU-retten er det lagt til grunn en *funksjonell* tilnærming til EU-rettens virkeområde. Det betyr at EU-retten kommer til anvendelse så langt EU-medlemstatene har jurisdiksjon.⁷ I sak C-347/10 *Salemink* ble det lagt til grunn at «*en medlemstats territorium*» også omfatter kontinentalsokkelen.

Det er vårt syn at den geografiske anvendelsen av EØS-avtalen ikke ensidig kan avgjøres av en av avtalepartene. Selv om Norges generelle holdning har vært at EØS-retten ikke gjelder utenfor territoriet, gjenspeiles ikke denne holdningen i noen EØS-dokumenter som ledd i en felles forståelse mellom partene. Ei heller har EFTA- eller EU-domstolen blitt forelagt spørsmålet. EØS-avtalens geografiske virkeområde er et folkerettslig spørsmål som må besvares under henvisning til folkerettslige tolkningsprinsipper. I den forbindelse er det partenes felles forståelse som er relevant for tolkningen.

Videre har vi vanskeligheter med å se at EØS-avtalen har karakteristikk som gjør at dens geografiske virkeområde berettiger en annen tolkning enn det som gjelder det tilsvarende omfanget av EU-lovgivningen. Dette ser ut til å være den samme holdningen ESA har inntatt. Denne måten å tolke EØS-avtalen på understøttes også av det generelle prinsippet om homogenitet i EU/EØS-retten.

For vurderingen av det EØS-rettslige handlingsrommet for adgangen til å vedta bestemmelser om norske lønns- og arbeidsvilkår på utenlandske skip i norsk farvann, er det uansett underordnet hvilken tolkning som er den korrekte. Lovforslaget vil ha virkninger også på de delene av Norges territorium som uomtvistet er omfattet av EØS-avtalen, og vil således uansett måtte vurderes opp mot EØS-retten. Vi anser det likevel slik at ESAs forståelse av EØS-avtalens geografiske virkeområde har gode grunner for seg.

4.2 Kan Utsendingsdirektivet anvendes overfor skipsfarten?

I dette punktet skal vi redegjøre for hvilken betydning Utsendingsdirektivet kan ha for regulering av lønns- og arbeidsvilkår om bord på utenlandske skip i norsk farvann. Bakgrunnen for redegjørelsen er at «*[f]orslaget til lov om norske lønns- og arbeidsvilkår i norske farvann og på norsk sokkel er basert på en antagelse om at vurderingen av hvilke krav som kan stilles til lønns- og arbeidsvilkår om bord på utenlandske skip kan baseres på den avveiningen som er gjort av EU-lovgiver i utsendingsdirektivet (direktiv 96/71/EF)*». Vi mener det ikke er riktig at vurderingen av hvilke krav som kan stilles til lønns- og arbeidsvilkår om bord på utenlandske skip kan baseres på avveiningen i Utsendingsdirektivet, i alle fall ikke utelukkende slik lovforslaget gjør. I det følgende skal vi redegjøre for vårt syn.

Utsendingsdirektivet regulerer situasjonen der et foretak som er etablert i en medlemstat yter tjenester på en annen medlemstats territorium, og i den forbindelse utstasjonere sine arbeidstakere til sistnevnte medlemsstat. Det følger av direktivets artikkel 1 (2) at direktivet ikke får «*anvendelse på foretak i handelsflåten med hensyn til skipsbesetningen*». Ifølge lovforslaget «*kan det diskuteres i hvilken grad direktivet kommer til anvendelse på arbeidsforhold om bord på utenlandske skip i norske farvann og på norsk sokkel*». Etter vårt syn er det lite tvilsomt at direktivet ikke får anvendelse, all den tid det eksplisitt unntar skipsfart («*foretak i handelsflåten*») fra sitt virkeområde. I likhet med Wikborg Rein og Oslo Economics, mener vi derfor det er klart at direktivet ikke får anvendelse for regulering av lønns- og arbeidsvilkår på skip.

Vårt syn underbygges av en nylig avsagt avgjørelse fra EU-domstolen (i Storkammer). Sak C-16/18 gjaldt spørsmål om Utsendingsdirektivet fikk anvendelse på personell som jobbet som besetning om bord på internasjonale tog, altså tog som gikk over landegrensene fra en medlemsstat til en annen. I den forbindelse uttalte EU-domstolen at «*(...) workers, such as those in question in the main proceedings, who carry out a significant part of their work in the Member State of establishment of the undertaking which assigned them to provide services on international trains, that is to say all activities falling within the scope of that work with the exception of the on-board service provided during the train's journey, and who begin or end their shifts in that Member State, do not have a sufficient connection with the territory of the Member State or*

⁶ ESA 99-6990-D (1999) s. 4–5.

⁷ Se Fredriksen og Mathisen (2018) s. 44.

Member States crossed by those trains to be regarded as 'posted', within the meaning of Directive 96/71». Som det fremgår av avgjørelsen, la EU-domstolen til grunn at de som jobber som besetning om bord på internasjonale tog, ikke har tilstrekkelig tilknytning til en annen medlemsstats territorium slik at de kan anses for å være «utstasjonert» i Utsendingsdirektivets betydning.

Vi mener at den samme argumentasjonen i aller høyeste grad også gjør seg gjeldende for sjøfolk ansatt på skip som seiler under utenlandsk flagg. Først og fremst fordi skipsfart, i motsetning til internasjonal togtrafikk, eksplisitt er unntatt fra Utsendingsdirektivets virkeområde. For det andre mener vi at tilknytningsvilkåret ikke kan være oppfylt for sjøfolk når den ikke er det for arbeidere på tog. Dette mener vi følger av at man om bord på et skip i alle tilfeller vil ha mindre grad av tilknytning til vertsstatens territorium enn det man har om bord på et tog. I tillegg mener vi at sjøfolk på utenlandske skip, gjennom prinsippet om flaggstatsjurisdiksjon, allerede har tilknytning til et annet land når de er om bord på et skip i norsk farvann. I lys av det ovennevnte er det etter vårt syn ikke adgang til å anvende Utsendingsdirektivet for tilfeller av skipsfart.

Det følger videre av lovforslaget at **«[d]irektivet er imidlertid en operasjonalisering av prinsippet om fri bevegelighet for tjenester på et område som har klare likhetstrekk med situasjoner der sjøtransporttjenester eller andre tjenester leveres ved hjelp av utenlandskregistrerte skip i norske farvann. Avveiningene som er gjort i direktivet er derfor relevante også utenfor direktivets nedslagsfelt.»** Vi mener at også dette beror på en feilslutning.

Slik vi vurderer det, er skipsfart uttrykkelig unntatt fra Utsendingsdirektivet nettopp fordi sektoren ikke har klare likhetstrekk med utstasjonering av arbeidstakere på en vertsstats territorium. Som vi også nevnte over, er flaggstatsprinsippet et spesielt særtrekk ved skipsfarten. Flaggstatsprinsippet har sitt utgangspunkt i at skipsfarten er utpreget internasjonal og fordrer at tjenester ytes på åpent hav, på sokkel, i territorialfarvann og i noen tilfeller også i havn. Dette prinsippet utgjør den grunnleggende forutsetningen for at vertsstaten kun i begrenset grad skal kunne «blande seg inn» i interne anliggende om bord på utenlandske skip.

Skipsfartens særegenhet tilsier at denne sektoren må reguleres på en måte som sikrer at særegenhetene blir tatt hensyn til. Vi mener derfor at de avveiningene som er gjort i Utsendingsdirektivet ikke kan overføres til regulering av skipsfarten. Det kan synes som EU-lovgiver også er enig i vår vurdering ettersom Utsendingsdirektivets avgrensning mot skipsfart spesifikt ble opprettholdt ved endringsdirektivet til Utsendingsdirektivet; Direktiv 2018/957.⁸

Lovforslaget tar også opp at det nylig er blitt godkjent nye regler om veitransport innad i EØS. I den forbindelse hevder lovforslaget at **«de nye reglene for veitransport kan, når de er vedtatt, få betydning for hvordan EØS-rettens regler om fri bevegelighet skal forstås i forbindelse med arbeidsforhold i andre deler av transportsektoren»**. Samtidig anerkjennes det at de foreslåtte reglene for veitransportsektoren **«bærer tydelig preg av å være et politisk kompromiss, tilpasset de særlige forholdene i veitransportsektoren, heller enn et utslag av de alminnelige reglene om fri bevegelighet for tjenester»**. Sistnevnte passus er vi enig i, hvilket etter vårt syn gjør det ytterligere problematisk å vedta et lovforslag for skipsfarten som går lenger enn hva reglene i veitransportsektoren gjør i å pålegge utenlandske aktørene norske lønns- og arbeidsvilkår.

EU-lovgiver har funnet det nødvendig, ut fra de særlige forholdene i veitransportsektorene, å regulere dette særskilt gjennom sektorspesifikk lovgivning. Dette står i skarp kontrast til lovforslaget som er basert på et grunnleggende premiss om at de samme vanskelige spørsmålene innen skipsfarten, hvor det i *alle fall*

⁸ Se Kommisjonens svar til EU-parlamentsrepresentant Thyssen:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-8-2018-004926-ASW_EN.html

foreligger særlig forhold, skal kunne være gjenstand for unilateral regulering av Norge.⁹ Alene av den grunn stiller vi oss sterkt tvilende til at ESA og EFTA-domstolen, dersom det skulle bli forelagt denne, vil bifalle lovforslaget.

Vår konklusjon er derfor at Utsendingsdirektivet verken direkte, eller analogisk, kan anvendes som utgangspunkt for regulering av lønns- og arbeidsvilkår for mannskap som arbeider om bord på utenlandske skip i norsk farvann og på norsk sokkel.

4.3 Vurdering etter den øvrige EØS-retten

4.3.1 Hvilke EØS-rettslige regler gjelder når Utsendingsdirektivet ikke får anvendelse?

Utsendingsdirektivet er et unntak fra utgangspunktet om at flaggstatens regler gjelder, jf. tilsvarende blant annet EFTA-domstolen i sak E-2/11 STX premiss 28. Når unntaket ikke kommer til anvendelse er vi dermed tilbake i utgangspunktet om at flaggstatens regler gjelder for mannskapets lønns- og arbeidsvilkår om bord på utenlandske skip i norske farvann og på norsk sokkel. I så fall er spørsmålet om EØS-retten hjemler unntak fra dette utgangspunktet på annet grunnlag enn Utsendingsdirektivet.

I lovforslaget er det vist til at det særlig er EØS-rettens regler om fri bevegelighet for tjenester som begrenser adgangen til å stille krav til lønns- og arbeidsvilkår om bord på skip. Vi er enig i lovforslagets standpunkt om at en slik regulering trolig vil utgjøre en restriksjon på fri bevegelighet for tjenester. Lovforslaget legger imidlertid til grunn at slik regulering kan rettferdiggjøres i hensynet til beskyttelse av arbeidstakere. Etter vårt syn, er det ikke tilstrekkelig vurdert eller godtgjort i lovforslaget at det er tilfellet.

En situasjon hvor vi er utenfor Utsendingsdirektivets virkeområde kan i stor grad sammenliknes med tilfellet der vi står utenfor den uttømmende katalogen av lønns- og arbeidsvilkår som kan få anvendelse for utstasjonerte arbeidstakere i Utsendingsdirektivet. direktivets artikkel 3(10) bestemmer at for slike tilfeller, kan medlemstatene «*på grunnlag av likebehandling (...) pålegge nasjonale foretak og andre staters foretak - arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden*». Av den nevnte sak E-2/11 STX følger det at «*[b]egrepet offentlig orden, særlig når det anføres som begrunnelse for et unntak fra det grunnleggende prinsipp om fri bevegelighet for tjenester, må imidlertid tolkes strengt (se ESA mot Island, som omtalt over, avsnitt 56, og den rettspraksis som det vises til der). Omfanget av dette begrep kan ikke defineres ensidig av den enkelte EØS-stat*».

Vår klare vurdering er at lovforslaget ikke kan begrunnes i hensynet til offentlig orden. Men uavhengig av om en restriksjon på tjenestefriheten direkte skal begrunnes i hensynet til offentlig orden, eller om vi må falle tilbake på læren om tvingende allmenne hensyn, gir rettskildebildet anvisning på en strengere vurdering av tiltaket enn det som er det alminnelige utgangspunktet etter læren om tvingende allmenne hensyn. Etter vårt syn, skal det derfor foreligge svært gode grunner før Norge kan innføre regler om norske lønns- og arbeidsvilkår om bord på utenlandske fartøy uten at reglene er i strid med EØS-retten.

Lovforslaget synes å bygge på en vurdering av den ulovfestede unntaksadgangen som følger av læren om tvingende allmenne hensyn. Som vi bemerket innledningsvis, er det imidlertid en svakhet ved lovforslaget at det mangler en eksplisitt drøftelse av adgangen til å gjøre unntak fra restriksjonsforbudet. I det følgende vil vi derfor bygge vår vurdering på de bakenforliggende utredningene, som i stor grad synes å danne utgangspunktet for lovforslaget.

⁹ Se her også fortalen punkt 15 i Endringsdirektiv 2018/957 hvor det heter at: “*Because of the highly mobile nature of work in international road transport, the implementation of this Directive in that sector raises particular legal questions and difficulties, which are to be addressed, in the framework of the mobility package, through specific rules for road transport also reinforcing the combating of fraud and abuse.*” Dette gjelder i aller høyeste grad også for skipsfarten.

4.3.2 Restriksjonsforbudet for tjenester i EØS artikkel 36

I dette punktet skal vi se nærmere på hvilke begrensninger EØS-avtalen utgjør for muligheten til å regulere lønns- og arbeidsvilkår ombord på utenlandske skip i norsk farvann og på norsk sokkel. EØS artikkel 36 om fri bevegelse for tjenester innebærer et forbud mot forskjellsbehandling til skade for tjenesteytere etablert i en annen medlemsstat enn der tjenesten ytes samt et forbud mot øvrige restriksjoner på fri bevegelse for tjenester.

Som begge utredningene har lagt til grunn er det klart at EU-domstolen anser at krav om minstelønn (og øvrige minimums arbeidsvilkår) utgjør en restriksjon på fri bevegelse.¹⁰ For at lovforslaget skal være i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser er det derfor et vilkår at det omfattes av en av unntaksadgangene. Den relevante unntaksadgangen i dette tilfellet er læren om tvingende allmenne hensyn. Den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn innebærer at et tiltak som utgjør en restriksjon på fri bevegelse for tjenester etter EØS artikkel 36 likevel ikke er i strid med EØS-retten dersom det er begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Forutsetningen er at tiltaket forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig. Videre er det et vilkår at tiltakene anvendes på en konsistent måte, dvs. at nasjonale regler om lønns- og arbeidsvilkår gjelder for enhver person eller ethvert selskap i en tilsvarende situasjon på vertsstatens område.¹¹

4.3.2.1 Har lovforslaget et legitimt formål?

Det første spørsmålet er om lovforslaget forfølger et legitimt formål. Av Arnesen m.fl. fremgår det at «**[a]v særlig betydning for adgangen til å regulere lønns- og arbeidsvilkår om bord på utenlandskregistrerte skip er hensynet til beskyttelse av arbeidstakere**». Lovforslaget legger på denne bakgrunn til grunn at beskyttelse av arbeidstakere er anerkjent i EU-praksis som et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på fri bevegelse for tjenester. Videre fremgår det av utredningen fra Arnesen m.fl., under henvisning til praksis fra EU-domstolen, at det er lagt til grunn at hensynet til beskyttelse av arbeidstakere kan begrunne vertsstatsregulering av *minstelønn*. Videre antas det med bakgrunn i C-341/05 *Laval* og C-49/98 *Finalarte* at også annen regulering av lønns- og arbeidsvilkår vil kunne være omfattet av hensynet til beskyttelse av arbeidstakere. Utgangspunktet er derfor at regulering av lønns- og arbeidsvilkår kan være et legitimt formål som kan begrunne et unntak fra restriksjonsforbudet.

I lovforslagets § 1 er det lagt til grunn at lovens formål er å «*sikre arbeidstakere som arbeider om bord på skip i norske farvann og norsk kontinentalsokkel norske lønns- og arbeidsvilkår*». Lovens uttalte formål er derfor å sikre beskyttelse av arbeidstakere. Imidlertid går det et skille mellom lovens uttalte formål og lovens *de facto* formål. I sak C-49/98 *Finalarte* la EU-domstolen til grunn at selv om formålet som var angitt av lovgiveren var en indikasjon på lovens formål, måtte den nasjonale domstolen undersøke om de aktuelle reglene objektivt sett fremmet beskyttelsen av tjenesteyterens arbeidstakere. Det betyr at lovgivers uttalte formål ikke kan legges til grunn som legitimt, dersom reglene objektivt sett fremmer et annet formål enn det som er uttalt. Lovforslagets *de facto* formål er derfor det relevante.

Det fremgår av utredningen gjort av Wikborg Rein og Oslo Economics at «*[a]rbeidskraft fra utlandet, og særlig fra lavkostland, innebærer at mange sjøfolk kan arbeide for et lønnsnivå som avviker til dels betydelig fra norsk lønnsnivå. Norske sjøfolk utkonkurreres i økende grad på økonomiske vilkår av utenlandske sjøfolk*». Og videre at «*[d]et har vært diskutert om løpende kompetansebehov krever flere sjøfolk enn vi har i dag, og hvorvidt det bør tilrettelegges bedre for rekruttering. Et virkemiddel i så måte kan være å*

¹⁰ Wikborg Rein og Oslo Economics sin utredning bærer imidlertid preg av at vurderingen under EØS artikkel 36 og eventuelle tillatte restriksjoner i lys av læren om tvingende allmenne hensyn er upresis. Blant annet virker det ikke som de konkluderer i sin vurdering, ved at de på side 90 nøyer seg med å skrive at «*Konkret hvilke lønns- og arbeidsvilkår som vil oppfylle begrunnelseskravet beror i hovedsak på en proporsjonalitetsvurdering av styrkegraden av inngripen i tjenestefriheten balansert mot nødvendigheten av ønsket beskyttelse av sjøfolk. I denne vurderingen er det avgjørende å se hen til i hvilken grad de aktuelle virkemidler i realiteten resulterer i et høyere beskyttelsesnivå for arbeidstakere på utenlandske skip.*»

¹¹ Se C-205/99 *Analir*.

tilrettelegge i større grad for bruk av norske sjøfolk i norske farvann og på norsk kontinentalsokkel gjennom krav til norske lønns- og arbeidsvilkår i relevante markedsegment.».

Vi mener disse passusene kan tyde på at bakgrunnen for regjeringsmandatet gitt Wikborg Rein og Oslo Economics for å utrede adgangen til å fastsette norske lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske skip i norsk farvann er vel så mye begrunnet i økonomiske og proteksjonistiske hensyn for å øke konkurransekraften til norske sjøfolk, som sosiale hensyn til beskyttelse for utenlandske arbeidstakeren. Det er lagt til grunn i praksis fra EU-domstolen at verken økonomiske hensyn eller proteksjonistiske hensyn er tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på fri bevegelighet for tjenester.¹²

Et annet moment som etter vårt syn kan tyde på at lovforslaget er fremmet med hensyn om å styrke konkurransekraften til norske sjøfolk og norskregistrert skipsfart, er at forslaget synes å bygge på et ønske om å fremme ut NOR-skip-ordningen, fremfor å eventuelt redusere fordelene ved NIS-skip-ordningen. I lovforslagets § 3 er det lagt til grunn at norske lønns- og arbeidsvilkår vil være det som er «*fastsatt i lov og landsomfattende tariffavtale for NOR-skip*», jf. bokstav c). Det vil si at forslaget søker å underlegge alle utenlandske skip som seiler på norsk farvann eller norsk sokkel de samme betingelser som NOR-skip i dag seiler under til enhver tid.

Dersom lovforslagets *de facto* formål var å sikre hensynet til arbeidstakerne, kan det stilles spørsmål ved hvorfor lovforslaget ikke heller pålegger NIS-skip å innføre regler om norske lønns- og arbeidsvilkår om bord på deres skip til enhver tid, også for tilfeller utenfor norsk territorium med den begrunnelse at NIS-skip seiler under norsk flagg. Lovforslaget pålegger norske lønns- og arbeidsvilkår på skip når de seiler innenfor norsk territorium men regulerer ikke NIS-skip som seiler internasjonalt, det være seg på de tilgrensende danske eller britiske delene av sokkelen. Det kan derfor se ut til at lovforslaget knytter reguleringen nettopp til norsk territorium og konkurransen der og at det bakenforliggende hensynet er at norske sjøfolk skal være konkurransedyktige, fremfor hensynet til utenlandske arbeidstakerne på alle skip Norge har jurisdiksjon over, også NIS-skip som går i internasjonal trafikk.

At lovforslaget ikke nødvendigvis bygger på hensynet til arbeidstakerne kan også utledes av at hensynet til å regulere lønns- og arbeidsvilkår for utsendte arbeidstakere først og fremst gjør seg gjeldende der arbeidstakerne møter vertsstatens kostnadsnivå. En liknende argumentasjon ble lagt til grunn av EU-domstolen i sak C-593/13 *Bundesdruckerei*. I saken hadde Dortmund utlyst en anbudskonkurranse om digitalisering av dokumenter og konvertering av data. Selskapet Bundesdruckerei innga tilbud, og meddelte at dersom de vant konkurransen ville kontrakten bli gjennomført av underleverandør i Polen. Underleverandøren var deres datterselskap som var hjemmehørende der. På den bakgrunn informerte Bundesdruckerei at underleverandøren ikke var i stand til å forplikte seg til å overholde bestemmelsene om minstelønn hensett til at kostnadsnivået i Polen er vesentlig lavere enn i Tyskland.

EU-domstolen kom til at det ikke var forholdsmessig å kreve at underleverandøren skulle forplikte seg til å overholde tysk minstelønn når oppdraget skulle utføres i Polen av polske arbeidstakere. Begrunnelsen var at minstelønnen i et slikt tilfelle ikke har noen tilknytning til levekostnadene i den aktuelle medlemstaten hvor arbeidstakerne jobber og bor. Dette argumentet gjør seg i stor grad gjeldende også for sjøfolk om bord på skip. Sjøfolkene har i all hovedsak tilknytning til skipet, hvor de utfører sitt arbeid og tilbringer mesteparten av sin tid, herunder spiser og sover. Sjøfolk er derfor i svært begrenset grad eksponert for vertsstatens levekostnader og det er derfor lite sannsynlig at lovforslaget i tilstrekkelig grad kan være begrunnet i hensynet til arbeidstakerne om bord på utenlandske skip.

I lys av det ovennevnte, mener vi det er gode grunner for at det i en konkret vurdering av lovforslagets formål kan argumenteres for at det i all hovedsak er bygget på økonomiske og proteksjonistiske hensyn, med formål om å øke konkurransekraften til norske sjøfolk i norsk farvann og på norsk sokkel. I så tilfelle forfølger ikke lovforslaget et legitimt formål, og det kan derfor ikke begrunne et unntak fra restriksjonsforbudet.

¹² Se blant annet C-288/89 *Gouda*.

4.3.2.2 Er lovforslaget forholdsmessig?

I forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade* ble det lagt til grunn at selv om en bestemmelse som utgjør en restriksjon er begrunnet i et legitimt hensyn – og er egnet til å oppnå sitt formål – vil den likevel ikke være tillatt hvis dette formålet kan nås med midler som i mindre grad griper inn i den frie bevegelse.

I sak C-165/98 *Mazzoleni* ble det lagt til grunn at «*administrative ulemper*» for en tjenesteyter kan være et relevant moment mot at en restriksjon kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Saken gjaldt spørsmål om Belgia kunne kreve at arbeidstakerne i et fransk selskap, som dels utførte arbeid i Frankrike og dels i Belgia, måtte følge belgiske bestemmelser om minstelønn. Domstolen pekte på at et moment av betydning var hvilke administrative ulemper dette ville føre til for arbeidsgiveren, som for hver arbeidstaker måtte holde rede på hvor stor del av arbeidet som var utført på hver side av grensen.

Det er etter hva vi kan forstå ingen av utredningene som viser hvilke administrative ulemper lovforslaget vil ha for de utenlandske rederiene eller for rettighetshaverne som plikter å påse at leverandører og underleverandører har lønns- og arbeidsvilkår for sine ansatte i henhold til lovforslaget. Etter vårt skjønn, og uten at vi har gått nærmere inn i hvilke praktiske konsekvenser den eventuelle loven vil få for rederne og rettighetshaverne, antar vi at det må gjennomføres et betydelig antall registreringer av skipets bevegelser og de sjøfolk som er ombord til gitte tidspunkt for å kunne gjennomføre bestemmelsen om at norske lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde for utenlandske skip i norsk farvann og på norsk sokkel.

Ved at lovforslaget får anvendelse ikke kun i territorialfarvannet, men også i norsk økonomisk sone og på norsk sokkel jf. § 2, jf. § 4 må det innebære betydelig registreringsvirksomhet fra redernes side for å etterkomme de krav som loven stiller. Til dette kommer at skipsfarten preges av å være underlagt ytre omstendigheter, slik som vær og vind, i større grad enn andre transportsektorer, noe som medfører at både valg av rute, og valg av havn kan endres underveis i seilasen. Den registreringsplikten som lovforslaget innebærer, kan derfor utgjøre en administrativ ulempe som går utover det som er proporsjonalt for å ivareta hensynet til arbeidstakerne.

I forlengelsen av dette argumentet er det også relevant å se hen til hvilke tilfeller som faller utenfor lovforslagets regulering. Forholdet til *Kabotasje*forordningen artikkel 3 er ikke belyst særskilt i lovforslaget, men det er vurdert i både *Arnesen m.fl.* og *Wikborg Rein og Oslo Economics*. Hovedspørsmålet i begge utredningene er hvilke begrensninger bestemmelsen setter for handlingsrommet for Norges adgang til å kreve lønns- og arbeidsvilkår ombord på utenlandske skip. Artikkel 3 tillegger flaggstaten reguleringskompetanse tilknyttet «*spørsmål vedrørende besetningen*», noe som betyr at vertsstaten er avskåret fra å vedta regulering som gjelder spørsmål vedrørende besetningen.

Det er ikke avklart hva som faller inn under «*spørsmål vedrørende besetningen*», men *Arnesen m.fl.* legger til grunn at regulering av lønns- og arbeidsvilkår «*i de fleste tilfeller*» vil falle utenfor definisjonen. Unntaket er der regulering av lønns- og arbeidsvilkår får konsekvenser for hvem eller hvor mange som skal inngå i besetningen, noe som kan være tilfellet ved regulering av arbeids- og hviletid, men trolig ikke ved regulering av lønn.¹³ Konsekvensen for vertsstatens handlingsrom er at slike spørsmål ikke kan være gjenstand for vertsstatsregulering for skip på over 650 BRT i fastlandskabotasje, og lastefartøyer på over 650 BRT i øykabotasje, dersom reisen følger etter eller går forut for en reise til eller fra en annen stat. Dersom denne vurderingen er korrekt, har vertsstaten kompetanse til å regulere øvrige skip i øykabotasje.

For utenlandske redere som skal overholde reglene om norske lønns- og arbeidsvilkår på sine skip, er det en ytterligere, og meget tyngende ulempe, at det er svært uklart når flaggstatsprinsippet gjelder og når vertsstaten kan regulere lønns- og arbeidsvilkår om bord hans skip i kabotasetilfeller. Vi vurderer det slik at eneste mulighet for å kunne foreta en slik registrering som lovforslaget krever vil for rederen innebære å GPS-tracke enhver arbeidstaker, samt ethvert skip, til enhver tid.

¹³ *Arnesen m.fl.* (2019) s. 49.

Et ytterligere moment som taler mot at lovforslaget er forholdsmessig fremgår av argumentasjonen i sak C-593/13 *Bundesdruckerei*. Som nevnt i punkt 4.3.2.1 ble et pålegg om minstelønn for arbeidstakere ikke ansett for å være forholdsmessig fordi hensynet til å regulere lønns- og arbeidsvilkår for utsendte arbeidstakere først og fremst er til stede der arbeidstakerne møter vertsstatens kostnadsnivå. Som argumentasjonen under det samme punktet viser, vil dette kun i begrenset grad gjøre seg gjeldende for sjøfolk som arbeider om bord på skip.

I lys av denne konklusjonen, mener vi det er gode holdepunkter for å hevde at lovforslaget innebærer en slik administrativ ulempe for rederen som gjør at det ikke kan begrunnes i læren om tvingende allmenne hensyn. Vårt syn er derfor at forslaget kan utgjøre en ulovlig restriksjon på fri flyt av tjenester.

4.3.2.3 Får lovforslaget anvendelse på en konsistent måte?

I vurderingen av om et unntak fra restriksjonsforbudet i EØS artikkel 36 kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn formulerte EFTA-domstolen i nevnte sak E-2/11 et vilkår om at «nasjonal lovgivning får lik anvendelse på alle personer og foretak som driver virksomhet på territoriet til den EØS-staten der tjenesten ytes». Dette er også lagt til grunn i lovforslaget.

Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er hvilken betydning det har at visse tilfeller av fastlandskabotasje og øykabotasje faller utenfor (se under punkt 4.3.2.2 ovenfor), samt at lovforslaget unntar viss skipstrafikk (direkte til/fra utenlandsk havn og skipstrafikk som seiler under flagg som Norge har inngått egne bilaterale avvikende avtale med) fra sitt virkeområde. Slik vi vurderer det, betyr det at reguleringen av norske lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske skip i norsk farvann og på norsk territorium ikke får lik anvendelse på alle foretak som driver virksomhet på territoriet til den EØS-staten der tjenesten ytes.

På den bakgrunn er det etter vårt syn mulig å argumentere for at lovforslagets regulering av norske lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske skip i norsk farvann og på norsk kontinentalsokkel ikke kan begrunnes i læren om tvingende allmenne hensyn. I lys av dette, er vårt syn at forslaget kan utgjøre en ulovlig restriksjon på fri flyt av tjenester.

4.4 Ytterligere usikkerhetsmomenter ved lovforslaget

Helt til sist skal vi peke på ytterligere usikkerhetsmomenter¹⁴ ved lovforslaget som vi mener bør utredes nærmere før en eventuelt kan gå videre med lovforslaget.

- Norges bilaterale avtaler med blant annet Filippinene, Kina og Algerie kan utgjøre et brudd på prinsippet om forbud mot nasjonalitetsdiskriminering nedfelt i EØS artikkel 4.¹⁵ Begrunnelsen er at disse avtalene synes å gi skip hjemmehørende i disse landene andre vilkår enn det som er foreslått i lovforslaget, ved at de innebærer en plikt for Norge til å avstå fra å stille krav knyttet til lønns- og arbeidsvilkår om bord på skipene hjemmehørende i de nevnte landene. På den bakgrunn kan det argumenteres for at Filippinene, Kina og Algerie får tilgang til å drive skipsfart i norsk farvann og på norsk sokkel på bedre vilkår enn EØS-stater. Det bør etter vårt syn utredes om dette utgjør nasjonalitetsdiskriminering.
- Vi mener også det bør utredes om Norge har slik sanksjonsmyndighet som lovforslagets kapittel 3 fordrer. Som det fremgår av Arnesen m.fl. bygger kyststatens jurisdiksjon over utenlandskregistrerte skip på territorialjurisdiksjonen. I utredningen er det lagt til grunn under vurderingen av EØS-avtalens geografiske virkeområde at begrepet territorium forstås slik at det gjelder Norges landterritorium, indre farvann og territorialfarvann, men ikke økonomisk sone, kontinentalsokkel eller det åpne hav. Det virker derfor som en logisk brist at lovforslaget bygger på

¹⁴ Listen er på ingen måte uttømmende, men representerer noen punkter vi så langt har identifisert.

¹⁵ Dette er slik vi også leser Wikborg Rein og Oslo Economics utredning, se pkt. 7.5 i utredningen. Arnesen m.fl. samt lovforslaget synes ikke å problematisere dette.

at Norge i kraft av å være kyststat kan regulere og sanksjonere utenlandske skip i økonomisk sone og kontinentalsokkelen i all den tid utredningen ikke anser dette som en del av Norges territorium. Dette bør undersøkes nærmere.

- Videre er vi usikre på om lovforslaget har overskuet konsekvensen av dets virkeområde. Lovforslaget synes å bygge på forslag til endringer i Utsendingsdirektivet som skal gjøre det mulig for en medlemstat å supplere allmenngjøringsordningen ved å basere seg på tariffavtaler som inngås med «*de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område*» men som ikke er allmenngjort. I lovforslagets § 3 bokstav c) er det lagt til grunn at norske lønns- og arbeidsvilkår er «*bestemmelser om arbeids- og hviletid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, som fastsatt i lov og landsomfattende tariffavtale for NOR-skip som er engasjert i samme type virksomhet*». Slik vi ser det, mangler lovforslaget en vurdering av om den landsomfattende tariffavtalen for NOR-skip er inngått med de mest representative arbejdsmarkedsparter på nasjonalt plan, og om tariffavtalen vil gjelde på hele det nasjonale område. Både punkt 4.3.2.3 og første avsnitt i dette punktet viser til at vurderingen av lovforslagets konsistens er svært mangelfull, og at det er gode grunner til å anta at tariffavtalen ikke kan gjelde på hele det nasjonale området, blant annet fordi Norge har inngått bilaterale avtaler som tilsier det motsatte.
- Til sist stiller vi også spørsmål ved om lovforslaget i tilstrekkelig grad har utredet forholdet til all annen relevant EØS-rettslig sektorlovgivning som kan sette begrensninger for lovforslagets virkeområde.