

STEIN EVJU

Professor i arbeidsrett, Universitetet i Oslo
Honorær professor, Handelshøjskolen, Aarhus Universitet

Kontor:
Institutt for privatrett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs pl.
0130 OSLO

Privat:
Stensberggaten 14
0170 OSLO

Tlf.: 22 85 93 25

Tlf.: 909 82 695

Fax: 22 85 97 20

E-post: stein.evju@jus.uio.no *E-post:* stein@evju.name

Tariffnemnda
c/o Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep

22. juli 2009

0030 OSLO

Deres ref.: TN-200901882

Min ref.: B 09/003 AID

HØRING – UTKAST TIL FORSKRIFT OM DELVIS ALLMENNGJØRING AV OVERENSKOMSTEN FOR JORDBRUKS- OG GARTNERINÆRINGENE

Jeg har noen enkle bemerkninger til det oversendte høringsnotatet. Innledningsvis får jeg da bemerke at jeg antar at det faktiske grunnlaget for eventuelt å gi en forskrift, er tilstrekkelig og tilstrekkelig "dokumentert". Jeg oppholder meg ikke ved dette, men bare ved enkelte formelle og reguleringstekniske sider av høringsnotatet og forskriftsutkastet.

Umiddelbart er det litt forbausende og egnet til å forvirre at man (Tariffnemnda/departementet) igjen, som i saken ad landsoverenskomsten for elektrofagene (ref. TN-200800812), betegner forskriftsutkastet som et utkast om *delvis* almengjøring av overenskomsten. Det er jo gitt at Tariffnemnda ikke har kompetanse til å vedta at en overenskomst i sin helhet skal "almengjøres"; det følger direkte av almengjøringsloven at et vedtak om almengjøring må være "delvis" i forhold til den aktuelle tariffavtalen, jfr. nu § 6 første ledd. Der et vedtak skal ha anvendelse overfor utenlandske tjenesteydere og deres ansatte, følger det samme ytterligere av kompetanseskranken i lovens § 5 første ledd, henvisningen til arbeidsmiljølovens § 1-7 med forskrifter. Formuleringen i § 5 første ledd om at "Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde ...", er forsåvidt glitrende misvisende, dobbelt opp.

Når man ikke bys en forklaring på hva denne nye terminologien, "delvis allmenngjøring", eventuelt er ment å skulle bety, er det ikke lett å sette seg inn i de tankegangene som kan ligge bak den. Jeg kan ikke se at det er noen prinsipiell kvalitativ forskjell mellom en slik utvelgelse av temaer m.v. som det er tale om i dette høringsnotatet, og de utvelgelser det har vært tale om i tidligere saker.

Dernest bemerker jeg at det er en slående mengde "langhalm" i høringsnotatet innledende del, s. 1 til pkt. 4.2 på s. 5. Slike alminneligheter burde kunne komprimeres. Mer spesielt er det ikke godt å forstå hva meningen skal være med siste avsnitt i pkt. 4.1, på s. 5 umiddelbart før overskriften til 4.2, skal være. Det er ikke mulig å se at dette har noe som helst med denne saken å gjøre. Det ville være omtrent like relevant å bemerke at det er mange utenlandske bilder på veiene, og at vi har trafikkregler som også gjelder for dem.

Til det substansielle har jeg to bemerkninger. Den første har to sider.

For det første: I forskriftsutkastet foreslås det en bestemmelse om dekning av utgifter til "reise, kost og losji". Det er bemerkelsesverdig at Tariffnemnda (heller ikke nu) drøfter om dette vil være tillatelig eller lovstridig i forhold til kompetanseskranken i almenngjøringslovens § 5 første ledd. Selv om den forskriften det da gjelder, ikke har noen uttrykkelig bestemmelse om dette spørsmålet, er det jo på det rene at bakgrunnen for skranken var å tydeliggjøre at Tariffnemnda ikke skal kunne treffe vedtak som går lengre enn det utstasjoneringsdirektivets regler gir grunnlag for. Se forsåvidt Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s. 32. (Jeg har diskutert bestemmelsene her nærmere i et notat til AID v/ran, emj, mss 10. juni 2009.)

Forholdet til utstasjoneringsdirektivet og det EØS-rettslig (u)akseptable ligger i dagen. En bestemmelse som utkastets § 5 faller ikke innenfor rammen av pliktige emner i direktivets artikkel 1. Spørsmålet er om den kan anses å inngå som en del av "minstelønn" etter artikkel 3 nr. 1 bokstav c jfr. den særlige regelen om minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 7 annet ledd:

"Ytelser som gjelder spesielt for utsendingen, skal betraktes som en del av minstelønnen, med mindre de betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, for eksempel reiseutgifter, kost og losji."

Mindretallet standpunkt er ikke gjengitt på en slik måte i høringsnotatet (s.8) at det er mulig å se om mindretallet har argumentert med artikkel 3 nr. 7 eller bare med mer bruddstykker av mer generelle fellesskapsrettslige normer. Uansett er det påfallende at Tariffnemnda ser ut til ikke å erkjenne problemstillingen eller ikke å ta den på alvor.

Spørsmålet om forståelsen av direktivets artikkel 3 nr. 7 er ikke løst i rettspraksis hittil. Det løses heller ikke ved å vise til dommene i *Laval* (C-341/05), *Rüffert* (C-346/06) eller *Luxembourg* (C-319/06). Men at svaret ikke er gitt, tilsier at man ikke unnlater å drøfte spørsmålet.

For det annet forslås det i utkastet ikke en regel om betalingsplikt, men om "avtaleplikt". Det er enn mer uklart om mindretallet har basert sine innvendinger på dette eller på at det kan påløpe en økonomisk byrde. Formuleringene i høringsnotatet, på s. 8, kan tyde på det siste. Problemet med hensyn til hva som er tillatelig etter direktivet og fellesskapsretten kommer imidlertid skarpere frem dersom man tar den foreslåtte bestemmelsen på ordet. En plikt til å inngå avtale, der avtalens saklige og geografiske referanse ikke er på det rene på forhånd og hvilke kostnader en avtale kan føre med seg, heller ikke er fastlagt med noen grad av presisjon, vil åpenbart være ytterst problematisk. Følger man EF-domstolens resonneringer i *Laval*, om transparens, forutsigbarhet og det uakseptable ved lokale forhandlinger med usikker varighet og usikkert utfall (se særlig avsnittene 108-110 med referanser), må det antas at en bestemmelse som utkastets § 5 ikke vil passere.

Min andre substansielle bemerkning knytter seg til utkastets § 6. Det later ikke til at Tariffnemnda (flertallet) mener å ville gi en bestemmelse som materielt sett avviker fra lovens regel. I "spesialmotivene" til § 6 (s. 10-11) sies det bare at bestemmelsen "viser til" arbeidsmiljølovens bestemmelse. Forøvrig er bemerkningene rent deskriptive og lovteknisk meningstomme. Bestemmelsen synes da ikke å være ment slik at den skal ha et eget innhold.

Eller skal det være slik at forskriften skal forstås på den måten at den pålegger en plikt til å etterleve den plikt man er pålagt i lov? Det har et kompetanseaspekt, jfr. nedenfor. Men først:

Jeg har tidligere stillet meg skeptisk til en slik reguleringsform; jfr. min høringsuttalelse til Tariffnemndas sak nr. 4/2006 om "allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser" (brev 11. oktober 2006, ref. SE AID/H 06-002). Jeg ser at man nu har brukt den formuleringen jeg da foreslo for et annet ledd i den tilsvarende bestemmelsen i det utkastet. Likevel må jeg få bemerke at jeg fortsatt synes det er en ganske merkverdig og unødvendig reguleringsform. Plikten til å etterleve arbeidsmiljølovens regler på dette punkt ligger innenfor rammen av bestemmelsen i utstasjoneringsdirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav e om "helse, sikkerhet og hygiene på arbeidsplassen". Derved følger den uproblematisk og direkte av § 2 første ledd bokstav a i forskriften til arbeidsmiljølovens § 1-7.

Det at jeg i sin tid foreslo en tekstformulering dersom man mente at en slik bestemmelse burde være med av informasjonshensyn, betyr ikke at jeg anser at en slik begrunnelse har fornuftige grunner for seg. Arbeidsmiljølovens § 4-4 fjerde og femte ledd er bare to av et betydelig antall formelle lovbestemmelser en utenlandsk tjenesteyder (og eventuelle berørte norske arbeidsgivere) må forholde seg til. Jeg kan ikke se noen god grunn til at én lovbestemmelse skal gjøres til gjenstand for forskriftshenvisning i et "almengjøringsvedtak", mens alle andre relevante lovbestemmelser forblir unevnt. Det kan snarere bidra til forvirring enn til klarhet i informasjonssammenheng.

Når man vil bruke en slik henvisningsform, kan det også spørres om det i det hele tatt er en form for bestemmelse som Tariffnemnda har kompetanse til å fastsette. Som alminnelig regel er det bare "lønns- og arbeidsvilkår ... som følger av tariffavtalen" Tariffnemnda kan fastsette. Nevnden har ikke noen fri forskriftskompetanse, lengre enn det "ex officio"-regelen i lovens § 6 første ledd annet punktum kan gi grunnlag for. Jeg kan imidlertid ikke se at det er noen holdepunkter i høringsnotatet for at det er ment å bygge på denne bestemmelsen. Spørsmålet er da om det finnes noe forlegg i den overenskomsten som er tema i saken. Overenskomstens relevante deler er ikke sendt ut med høringsnotatet, slik at det kan være usikkert hvilke bestemmelser Tariffnemnda mener å holde seg til. Men så vidt jeg kan se, er den eneste paragrafen som er aktuell på det punktet det er tale om her, overenskomstens § 6.3. Der heter det.

"§ 6.3 Opphold-/spiserom

Vedrørende opphold/spiserom vises til arbeidsmiljølovens bestemmelser samt gjeldende forskrift.

6.3.1 Avløsere

Avløseren skal ha mulighet for å kunne vaske og stelle seg på gården. Så snart det er mulig, skal det skaffes egnet opphold/spiserom. Vedrørende opphold/spiserom vises til arbeidsmiljølovens bestemmelser samt gjeldende forskrift."

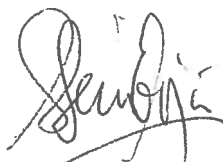
Det kan vel sies at bestemmelsene gir et forlegg på et vis, *hvis* "oppholdsrom" etter overenskomstens bestemmelser skal forstå som synonymt med "innkvartering" etter forskriftsutkastet. Men det er langt fra åpenbart; det ligger nærmere å forstå "oppholdsrom"

som svarende til "hvilerom ... for opphold i hviletiden". Da må det likevel bemerkes at med formuleringen "så snart det er mulig" i § 6.3.1 anlegger overenskomsten tilsynelatende en mindre streng norm enn arbeidsmiljølovens. Jeg lar det ligge, det må være første avsnitt i § 6.3 som er relevant her. Jeg formoder at de utenlandske arbeidstagere hvis interesser skal ivaretas med en forskriftsregulering, normal ikke vil opptre som "avløser" i overenskomstens forstand.

Tar vi dette som basis, er forholdet altså at overenskomsten viser til loven, og at forskriften vil gjøre det samme. Noen selvstendig substans er det ikke i dette, og mine innvendinger ovenfor blir uendret.

Et spørsmål til slutt er da om det er meningen at utkastets § 6 ikke skal ha noen selvstendig normativ funksjon, men bare være en informasjonsformulering, eller om det er meningen at bestemmelsen skal gi en selvstendig plikt med samme innhold som arbeidsmiljølovens § 4-4 med eventuelle forskrifter. I det siste tilfellet er det et særskilt spørsmål og potensielt problem at Tariffnemnda i høringsnotatet overhodet ikke begrunner hvorfor en slik "dobbeltregulering" skal være nødvendig. Pr. nu er ikke endringsloven av 19. juni 2009 nr. 42 trådt i kraft; det skjer som kjent 1. september d.å. Men det må jo legges til grunn at et endelig vedtak i denne saken først blir truffet etter dette, eftersom høringsfristen er 1. september. Da *skal* nevnden gi en særskilt begrunnelse for et slikt valg som det vil være tale om under den forutsetningen jeg drøfter her, jfr. lovens § 6 annet ledd. Det er i seg selv et argument for at en skikkelig begrunnelse burde gis også selv om høringsutkastet er sendt ut før ikrafttredelsen. Lovvedtaket er av 19. juni og har vel ikke akkurat vært ukjent før dette; Tariffnemndas høringsbrev er datert 29. juni. Det burde vært tid nok til å ta fremtidsperspektivet i betraktning.

Med vennlig hilsen



Stein Evju