



Tariffnemnda
Arbeids- og Sosialdepartementet
Postboks 8019 Dep

0030 OSLO

Vår dato 29.05.2008
Deres dato 15.04.2008
Vår referanse 144642-1
Deres referanse TN-200800345

ARBEIDS- OG INKLUDERINGSDEPARTEMENTET

MOTTATT

2 JUN 2008

HØRING - UTKAST TIL FORSKRIFT OM ALLMENNGJØRING AV TARIFFAVTALE I SKIPS- OG VERFTSINDUSTRIEN

1. Innledning

Vi viser til Tariffnemndas høringsbrev av 15. april 2008 med høringsfrist 30. mai 2008. NHO vil i det følgende gjøre rede for sine synspunkter på spørsmålet om allmenngjøring og utkast til forskrift. For øvrig viser vi til hørings svar avgitt av advokat Tarjei Thorkildsen på vegne av Norsk Industri og flere verft som er medlem i Norsk Industri, som vi slutter oss til.

NHO slutter seg ikke til Tariffnemndas forslag om å allmenngjøre Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien.

I punkt 2 vil vi gjøre rede for det rettslige utgangspunktet for så vidt gjelder spørsmålet om å allmenngjøre. I dette avsnittet peker vi på at nemnda har en fakultativ adgang til å allmenngjøre dersom vilkårene i allmenngjøringsloven § 3 er tilstede. Ved Tariffnemndas nærmere vurdering må det sees hen til de hensyn som ligger bak loven. Loven må dessuten fortolkes i lys av de EØS-rettslige reglene på området. Dette gjelder både når det gjelder spørsmålet om grunnvilkårene for å allmenngjøre er til stede, ved vurderingen av om det er behov for å allmenngjøre og ved vurderingen av hvor langt et eventuelt allmenngjøringsvedtak skal gå. Når det gjelder betydningen av de EØS-rettslige spørsmålene i saken, har NHO funnet grunn til å hente inn en utredning fra professor Olav Kolstad ved Universitetet i Oslo som følger som vedlegg til dette hørings svaret.

Se vedlegg 1 – utredning fra professor Olav Kolstad

I punkt 3 vil vi kommentere det faktiske grunnlaget for å allmenngjøre. NHO mener det er viktig at utenlandske arbeidstakere ikke utsettes for uverdige lønns- og arbeidsforhold, og at bedriftene opptre ansvarlig og seriøst i forhold til de arbeidstakere de knytter til seg. NHO mener imidlertid at det ikke er dokumentert at allmenngjøringslovens vilkår for allmenngjøring er oppfylt i denne saken. Som

en av to høringsinstanser har NHO hatt mulighet for å gå gjennom den dokumentasjonen som ligger til grunn for høringsbrevet og nemndas forslag. Ut i fra den foreliggende dokumentasjonen er det ikke grunnlag for å si at det foreligger uverdige forhold i bransjen. Det generelle bildet er tvert i mot at arbeidsforholdene er ryddige og lønnsnivået er på et generelt høyt nivå.

I punkt 4 og 5 vil vi kommentere forslaget til forskrift. Som det vil fremgå er NHO kritisk til selve forslaget til forskrift. Vi mener at anvendelsesområdet ikke er tilstrekkelig presist angitt, og at det er foreslått bestemmelser som går ut over hva det er rettslig adgang til. Etter vår oppfatning er forslaget dessuten for detaljert og komplekst sett ut ifra et "brukerperspektiv". Spesielt gjelder det når målgruppen er utenlandske bedrifter. Med utgangspunkt i det forslaget som nå foreligger, kan det bli svært vanskelig for bedriftene fullt ut å forstå hvilke krav som gjelder for dem.

2. Rettslig utgangspunkt

Det rettslige grunnlaget for allmenngjøring av tariffavtale fremgår av allmenngjøringsloven § 3 som tillegger Tariffnemnda kompetanse til å treffe vedtak om allmenngjøring dersom de nærmere vilkår er oppfylt. Formålet med loven er å "sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har", og det grunnleggende vilkår for allmenngjøring er at utenlandske arbeidstakere samlet sett har påviselig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidstakere. Loven må fortolkes i lys av de EØS-rettslige reglene på området. Det er sikker rett at forvaltningsorganer, herunder Tariffnemnda, ikke har kompetanse til å treffe tiltak som er i strid med EØS-avtalen. Det vises i den forbindelse til EØS-avtalens artikkel 3. Forutsatt at grunnvilkårene er oppfylt, er Tariffnemndas kompetanse er diskresjonær. Det tilligger følgelig nemnda å vurdere konkret om det er behov for å allmenngjøre.

Allmenngjøring vil innebære en restriksjon på den frie bevegelighet av tjenester ved at utenlandske foretak påføres kostnader og andre byrder forbundet med å tilby sine tjenester på det norske markedet. En slik ordning vil i utgangspunktet stride mot EØS-avtalens artikkel 36, men ordningen vil etter utsendingsdirektivet og EF-domstolens praksis kunne opprettholdes dersom den er nødvendig for å ivareta et tvingende allment hensyn og den er proporsjonal, dvs. er egnet til å ivareta de formål som ønskes oppnådd, og den ikke går lengre enn nødvendig for å oppnå dette, jf. eksempelvis sak C-341/02 og sak C-341/05.

Allmenngjøringslovens formål er som kjent å sikre utenlandske arbeidstakere likeverdige lønns- og arbeidsvilkår. Dette er et EØS-rettslig legitimt hensyn. Det må imidlertid antas at allmenngjøring kun kan gjennomføres dersom et vedtak er egnet til å oppnå slik beskyttelse og ikke går ut over det som er nødvendig. Hensynet til å beskytte norske bedrifter og arbeidstakere mot konkurranse fra utenlandske tjenestetilbydere vil imidlertid klart være et ulovlig hensyn. Disse

prinsipper må det tas hensyn til både når nemnda vurderer om det er adgang til å allmenngjøre, om det er behov for å allmenngjøre og ved vurderingen av hvor langt et eventuelt allmenngjøringsvedtak skal gå.

Det følger av dette at et vedtak om allmenngjøring for å "være på den sikre siden", eller for å skape "dobbelts beskyttelse" i tillegg til gjeldende rettigheter og tilsynsordninger i Norge, ikke vil være forenlig med EØS-retten. Tilsvarende vil et allmenngjøringsvedtak ikke kunne sies å være nødvendig for å beskytte utenlandske arbeidstakere dersom beskyttelsesnivået i allmenngjøringsvedtaket legges på et høyere nivå enn det staten i andre sammenhenger regner for tilstrekkelig. I dette ligger at myndighetenes politikk må sees i sammenheng. Så lenge norske myndigheter legger til grunn at man kan leve i Norge på de laveste lønnsnivåene i det statlige lønnsregulativet, vil ikke en allmenngjøring som ligger langt over dette kunne sies å være nødvendig i EØS-rettslig forstand.

3. **Det faktiske grunnlaget for allmenngjøring, dokumentasjonen**

Den dokumentasjonen som er lagt ved begjæringen om allmenngjøring er lite representativ for situasjonen i bransjen. Dokumentasjonen er fragmentarisk og relaterer seg i det vesentlige til forhold i perioden tidlig 2005 til høsten 2006, hvilket innebærer at mye av dokumentasjonen ligger halvannet til tre år tilbake i tid. Ved vurderingen av om vilkårene for allmenngjøring er til stede, må nemnda nødvendigvis ta utgangspunkt i dagens situasjon. Gjennom det økte fokus som har vært på problemstillinger rundt såkalt "sosial dumping" og utnyttelse av utenlandsk arbeidskraft, er det sannsynlig at kritikkverdige forhold har endret seg siden den tid dokumentasjonen stammer fra. En slik økt bevissthet omkring disse forholdene har også kommet til uttrykk gjennom Verkstedsoverenskomsten selv. I forbindelse med tariffoppgjøret i 2006 forpliktet partene seg til å arbeide for seriositet i bransjen, jf. Verkstedsoverenskomstens bilag 9. På organisasjonsnivå er det ikke kommet inn noen tvistesaker der det er påstått brudd på de bestemmelsene som her ble tatt inn. Hadde bransjen vært preget av uryddighet, er det grunn til å anta at Fellesforbundet/LO ville brakt saker inn til organisasjonsmessig behandling.

Tariffnemnda har selv hentet inn informasjon både fra oppdragsgiverne (verftene) og fra virksomhetene som bruker utenlandsk arbeidskraft. Ut i fra den dokumentasjonen som er innhentet er det ikke grunnlag for å slå fast at det er behov for å allmenngjøre. Det generelle bildet er tvert i mot at det er ordnede lønns- og arbeidsforhold. I en samlet helhetsvurdering, for så vidt gjelder spørsmålet om en begjæring om allmenngjøring bør tas til følge, må det dessuten tas hensyn til de ytelser som utenlandske arbeidstakere mottar i tillegg til lønnen (som dekning av reiser, kost og losji, andre oppholdsutgifter, sosiale tiltak med mer). Videre må det tas hensyn til at arbeidstakerne kommer fra land som gjennomgående har et lavere kostnadsnivå enn det vi har i Norge, hvilket innebærer at det reelle lønnsnivået er høyere enn om arbeidstakerne hadde hatt sine alminnelige bo- og levekostnader for øvrig i Norge.

NHO er av den oppfatning at det med utgangspunkt i den foreliggende

dokumentasjonen ikke foreligger hjemmel i allmenngjøringsloven for allmenngjøring. For øvrig viser dokumentasjonen at det ikke er billigere for verftene å bruke utenlandsk arbeidskraft, snarere tvert om. Følgelig er det mangelen på arbeidskraft, og ikke ønske om å redusere verftenes kostnader, som motiverer bruken av utenlandsk arbeidskraft. Det er således ingen fare for at bruken av utenlandsk arbeidskraft uthuler lønnsnivået i Verkstedsoverenskomsten.

I den grad det skulle være dokumentert at lønns- og arbeidsforhold ligger lavere enn for norske arbeidstakere, står det uansett fast at forholdene fremtrer ryddige og at betingelsene samlet sett ikke ligger under et sosialt akseptabelt nivå. Betingelsene gitt utenlandsk arbeidskraft, bærer ikke preg av utnyttelse, noe som også viser seg ved at det gjennomgående ikke er billigere for industrien å gjøre bruk av utenlandsk arbeidskraft, jf. over. En allmenngjøring i en slik situasjon vil etter vår mening kunne være i strid med EØS-loven idet tiltaket går lenger enn nødvendig for å sikre sosial beskyttelse dvs. et minstenivå som hindrer utnyttelse og sikrer at arbeidstakere mottar godtgjørelser som samlet gir grunnlag for en forsvarlig levestandard. I et slikt tilfelle, der allmenngjøring vil føre lenger, er det tvilsomt om et vedtak vil kunne forsvares ut fra læren om tvingende allmenne hensyn, jf. kommentarene innledningsvis. I en slik situasjon kan det oppstå spørsmål om allmenngjøring reelt sett ivaretar andre, ikke lovlige hensyn, som å være et virkemiddel i lønnskampen.

Nemnda bør ut fra et slikt utgangspunkt vise forsiktighet med å benytte adgangen til å allmenngjøre der dette kan komme i strid med EØS-retten. Å unnlate å allmenngjøre er uproblematisk i den foreliggende situasjon.

Som begrunnelse for å allmenngjøre har LO vist til at det finnes eksempler på at arbeidstakere arbeider over 40 timers arbeidsuke. Alle arbeidstakere i Norge, enten de er fast ansatt her eller utsendt for å utføre et oppdrag her, er bundet av arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser. I den utstrekning LO skulle mene at det foreligger brudd på arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser, må LO ta dette opp med Arbeidstilsynet som tilsynsmyndighet. At arbeidstiden går ut over det som er utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 10-4 kan i seg selv ikke brukes som argument for å allmenngjøre. For det første kan andre arbeidstidsordninger være lovlig avtalt med utgangspunkt i loven. Og for det annet, dersom arbeidstidsordningene skulle være i strid med loven, er det ikke et relevant hensyn som kan begrunne allmenngjøring. Slike avvik vil derimot være et argument for å gjennomføre hyppigere kontroller.

4. Anvendelsesområdet

Den fremlagte og innhentede dokumentasjonen viser under enhver omstendighet at det ikke er grunnlag for et så vidt anvendelsesområde som foreslått. Den foreliggende dokumentasjonen knytter seg i det alt vesentlige til skipsverft, og det foreligger verken holdepunkter eller tilstrekkelig dokumentasjon for at en forskrift også skal dekke offshoreverft. Dersom nemnda skal allmenngjøre Verkstedsoverenskomsten også for slike verft, må det gjennomføres forsvarlig

saksbehandling knyttet til et slikt anvendelsesområde. Tariffnemnda kan ikke uten videre trekke erfaringer fra en type virksomhet over til en annen type virksomhet. Som et minstekrav må det kreves at offshoreverftene gis anledning til å uttale seg. Dersom nemnda bygger på innhentet dokumentasjon for skipsverftene, må det dessuten kunne kreves at nemnda gjør rede for hva grunnlaget for denne "erfaringsoverføringen" bygger på. Det er Tariffnemnda som forvaltningsorgan som har ansvaret for at saken er tilstrekkelig opplyst før forskrift eventuelt vedtas.

Det anvendelsesområdet som angis må dessuten være tilstrekkelig presist angitt eller definert, slik at det ikke i praksis blir umulig eller urimelig vanskelig for virksomhetene å få klarhet i om utførte arbeider omfattes. Det er i denne sammenhengen sentralt at forskriften skal praktiseres av parter som ikke har erfaring med anvendelse og tolkning av tariffavtaler. Det må videre være en klar forutsetning at en allmenngjøringsforskrift ligger innenfor virkeområdet til den tariffavtalen som allmenngjøres. Forskriftene kan ikke gripe inn i andre landsdekkende tariffavtaler eller andre allmenngjøringsforskrifter. Noe annet vil være i strid med allmenngjøringsloven.

Gjennom den foreslåtte omfangsbestemmelse tar forskriften opp i seg arbeid som er omfattet av andre landsdekkende tariffavtaler/allmenngjøringsforskrifter. Dette gjelder blant annet Fellesoverenskomsten for byggfag og Landsoverenskomsten for elektrofagene (LOK). Som eksempel kan nevnes stillas-, maler- og isolasjonsarbeider. Dette er arbeid som etter tariffavtalesystemet mellom LO og NHO skal gå under Fellesoverenskomsten for byggfag og dermed forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Norge av 21. november 2006. Som et annet eksempel kan nevnes elektrikerarbeide som utføres av eksterne elektrikere innenfor et verfts anleggsområde. Slikt arbeid skal omfattes av LOK og ikke VO. For tariffbundne bedrifter er det i Hovedavtalen mellom LO og NHO gitt nærmere bestemmelser om fremgangsmåten der det kan være tvil om hvilken tariffavtale som skal gis anvendelse. Tilsvarende bestemmelser finnes ikke for uorganiserte bedrifter. Uklarheten er et problem ikke bare for uorganiserte bedrifter, men også for hovedleverandørene. Etter forskrift om informasjons- og påseplikt er hovedleverandører pålagt å informere om og følge opp at allmenngjøringsforskrifter følges. I den grad flere forskrifter er anvendelige blir hovedleverandørene satt overfor et dilemma. Tariffnemnda har som forvaltningsorgan et selvstendig ansvar for å ivareta hensynet til forutsigbarhet og påse at det ikke oppstår avgrensingsproblemer knyttet til forskriftens anvendelsesområde. Den uklarhet som oppstår gjennom det foreslåtte anvendelsesområde kan også være problematisk i forhold til EØS-retten, fordi særlig utenlandske foretak vil ha store problemer med å avklare hvilke forpliktelser de har.

Av utkastet går det for øvrig frem at det kun er skips- og verftsindustrien som er ment omfattet av forskriften. Med det som utgangspunkt er kommentarene i

høringsnotatet til bestemmelsens § 2, der det heter at skips- og verftsindustrien "omfatter skipsverftsindustrien, olje- og gassrelaterte verft og verkstedsindustrien", upresis. Begrepet verkstedsindustrien er unødvendig, all den tid LO ikke har begjært allmenngjøring av hele Verkstedsoverenskomsten.

Når det gjelder den nærmere redegjørelsen i høringsnotatet knyttet til olje og gassrelaterte verft, er det i et hvert tilfelle nødvendig å presisere at det er virksomhet innenfor verftets anleggsområde som er ment omfattet. I motsatt fall vil det kunne reises spørsmål om produksjon av utstyr (trapper, elektronisk utstyr m.m.) til oljeinstallasjoner, men som skjer utenfor slike verfts anleggsområder, er omfattet. Det kan åpenbart ikke være meningen. Dersom tariffnemnda skulle opprettholde det foreslåtte anvendelsesområde, foreslås følgende omformulering:

Skips- og verftsindustrien omfatter skipsverftsindustrien og olje- og gassrelaterte verft.

Med skipsverftsindustrien menes virksomheter som innenfor verftets anleggsområder:

- bygger skip/båter
- sammenstiller/ferdigstiller skip/båter
- produserer seksjoner/utstyr til skip/båter
- reparerer og modifiserer skip/båter.

Med olje- og gassrelaterte verft menes virksomheter som innenfor verftets anleggsområde:

- bygger/sammenstiller installasjoner innen olje- og gassrelaterte virksomhet
- produserer moduler og utstyr samt prefabrikkerer til installasjonene
- demolerer/river installasjoner.

5. Allmenngjøringens omfang

NHO har videre bemerkninger til hvilke bestemmelser det eventuelt er grunn til å allmenngjøre.

Som pekt på innledningsvis, skal en allmenngjøring ikke gå lengre enn nødvendig for å ivareta hensikten med loven, da altså å sikre en beskyttelse av utenlandske arbeidstakere. NHO mener det ikke er nødvendig å ta inn bestemmelsene i utkastets § 4 annet og tredje ledd og § 6.

I forskriftsutkastets § 4 annet ledd er det foreslått et overnattingstillegg for de tilfellene overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Tilsvarende tillegg er ikke tatt inn i forskriften som gjelder allmenngjøring av byggoverenskomsten for hele landet, (forskrift av 21. november 2006). Det kan ikke være behov for et annet beskyttelsesnivå for arbeidstakere i verftsindustrien enn for arbeidstakere i

byggindustrien. I vurderingen må det for øvrig tas hensyn til at de aller fleste utsendte arbeidstakere i hovedsak kommer til Norge for å oppnå en høyere avkastning på sin arbeidsinnsats enn det de gjør i sine hjemland, og at det er foreslått at de under oppholdet her skal få dekket reise, kost og losji (forskriftens § 7). Dersom overnattingstillegget allmenngjøres, vil konsekvensen være at utsendte arbeidstakere jevnt over får 20 % høyere lønn enn norske verftsarbeidere. Det vil i så fall ikke forfølge noe annet formål enn å hindre konkurranse fra utlandet. Noe slikt tillegg er ikke en gang norske verftsarbeidere uten videre berettiget til dersom de tar arbeid utenfor Norges grense.

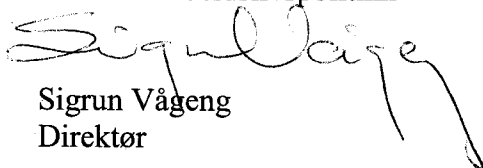
Når det gjelder spørsmålet om allmenngjøring av overtid/skiftbestemmelser, er dette forhold som allerede er regulert i arbeidsmiljøloven. Når Tariffnemnda allmenngjør arbeidsvilkår som går ut over rettigheter arbeidstakerne allerede er sikret gjennom arbeidsmiljøloven, og som gjelder overfor utstasjonerte arbeidstakere i kraft av utstasjoneringsforskriftens § 2, innebærer det i realiteten at Stortinget overprøves. Arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven er fastsatt etter en demokratisk lovgivningsprosess, og den er antatt å utgjøre det nødvendige beskyttelsesnivået for arbeidstakerne. Dette er for øvrig det utgangspunkt tariffnemndas flertall allerede har tatt når det gjelder den alminnelige arbeidstiden, og det er vanskelig å se at ikke det samme utgangspunkt må gjelde også for overtid og skift. Under enhver omstendighet kan det ikke være nødvendig å ta med annet enn forslaget § 4 3.4 som sikrer at arbeidstakerne får full ukelønn selv om arbeidstiden reduseres på grunn av skiftarbeid.

Ut over et rent konkurransevriddningshensyn, som ikke er et lovlig hensyn etter EØS-retten, er det for øvrig vanskelig å se at det er behov for et annet og bedre vern i verkstedsindustrien enn det som allerede gjelder for innenlandske arbeidstakere etter generelle regler (dvs. uten tariffavtale). Til dette kommer også at utkastet til forskrifter sett fra et "brukerperspektiv" er alt for detaljert og komplekst. Ved utformingen av forskriften må det legges vekt på at hovedmålgruppen for forskriften er norske og særlig utenlandske bedrifter. Det er viktig at forskriften er klar og enkel å forstå og at den er enkel å praktisere for virksomhetene. Som et organ som er gitt i oppgave å gi forskrifter, må nemnda søke å utferdige bestemmelser som er vesentlig mer tilgjengelige. Muligheten for etterlevelse reduseres parallelt med kompleksiteten i forskriften. Det vises i den forbindelse til at både Petroleumsstilsynet og Arbeidstilsynet i tidligere høringsuttalelser særlig har stilt seg positive til et forenklet regelsett, ettersom det vil være enklere å kontrollere og håndheve. Det vises for så vidt også til flertallets uttalelse i sak 2006/4 hvor disse hensynene nettopp ble trukket frem.

Avvikende arbeidstidsbestemmelser vil også være i strid med EØS-avtalen. Etter EØS-avtalen og utsendingsdirektivet (direktiv 96/71/EF) som Norge har implementert, har Norge både rett og plikt til å sørge for at arbeidstakerne overholder en kjerne av minstevilkår for så vidt gjelder regler blant annet om

arbeidsmiljø, arbeidstid, overtidsbetaling og ferie. Når det gjelder denne kjernen av disse minstekvilkår, må utsendingsdirektivet forstås slik at disse gir uttrykk for den grad av beskyttelse som vertslandet kan kreve av virksomhetene. Ettersom det i Norge allerede er gitt regler om arbeidstid, vil allmenngjøring av nye arbeidstidsbestemmelser, som går ut over de tvingende regler for minimumsbeskyttelse som angis, være i strid med utsendingsdirektivet og dermed være en ulovlig restriksjon etter EØS-rettslige tjenestebestemmelser. Det vises i den forbindelse til EF-domstolens dom i sak C-341/05 (Laval-saken)

Vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Område Arbeidslivspolitik



Sigrun Vågeng
Direktør

Dato: 27.5.2008

**EØS-rettslig vurdering av Tariffnemndas forslag til forskrift om allmenngjøring
av tariffavtale for skips- og verftsindustrien**

1. Mandat og opplegg	2
2. Tariffnemndas plikter å treffe vedtak som er i overensstemmelse med EØS-avtalen	2
3. Betydningen av 3 dommer nylig avsagt av EF-domstolen for vurderingen av allmenngjøringsinstituttet	4
4. Allmenngjøringsinstituttet - EØS-rettslige utgangspunkter	5
5. Hvilke lønns- og arbeidsvilkår kan allmenngjøres?	7
6. Hvilke hensyn kan allmenngjøringsinstituttet forfølge?	8
7. "Likeverdige" lønns- og arbeidsvilkår – sikring av lønnsnivå eller sosial beskyttelse?	10
8. Minstelønnsnivået	11
9. Godtgjøring for overtid	14
10. Bestemmelser om tillegg der det arbeides skift	15
11. Godtgjørelse for utgifter til reise, kost og losji og arbeidstøy	15
12. Overnattingstillegg	16
13. Regulering av lønn i forskriftens virketid	16
14. Krav til rommelige spise- og hvilerom og innkvartering	18
15. Tilfelle der arbeidstageren har gunstigere lønns- og arbeidsvilkår etter opprinnelseslandets regler for arbeidsforholdet	18

1. Mandat og opplegg

Tariffnemnda har sendt ut forslag til forskrift om allmenngjøring av tariffavtale i skips- og verftsindustrien. Forslaget innebærer at deler av verkstedsoverenskomsten 2006-2008 mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri på den ene siden og Landsorganisasjonen i Norge og fellesforbundet på den andre siden, allmenngjøres. Jeg er gitt i oppdrag av NHO å vurdere forslaget til forskrift i forhold til forbudet i EØS-avtalens art. 36 mot restriksjoner på retten til å yte tjenester over landegrensene og utstasjoneringsdirektivet.¹

2. Tariffnemndas plikter å treffe vedtak som er i overensstemmelse med EØS-avtalen

Etter EØS-avtalens artikkel 3(2) skal avtalepartene "avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare". Forpliktelsen etter EØS-avtalen gjelder ikke kun staten som kontraktspart, men alle statsorganer og fylkeskommunale og kommunale organer. Tariffnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan. Forpliktelsen etter EØS-avtalens art. 3(2) vil derfor også gjelde i forhold til Tariffnemndas virksomhet. Som forvaltningsorgan har Tariffnemnda en plikt til ikke å treffe tiltak som strider mot EØS-avtalen.

Plikten til ikke å treffe tiltak i strid med EØS-avtalen innebærer at et forvaltningsorgan ikke kan anvende regler i nasjonal lovgivning som strider mot EØS-avtalen. Dette er slått fast av EF-domstolen i sak C-198/01 CIF:

"[I] henhold til fast retspraksis følger det af fællesskabsrettens forrang, at bestemmelser i en national lovgivning, som strider mod en fællesskabsbestemmelse, hvad enten de er ældre eller yngre end denne, ikke må anvendes.

Denne pligt til at undlade at anvende en national lovgivning, der strider mod fællesskabsretten, påhviler ikke blot de nationale domstole, men ligeledes alle statsorganer, herunder forvaltningen (jf. i denne retning dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 31), hvilket i påkommende tilfælde indebærer en pligt til at træffe enhver bestemmelse til fremme af den fulde gennemførelse af fællesskabsretten (jf. dom af 13.7.1972, sag 48/71, Kommissionen mod Italien, Sml. 1972, s. 135, org.ref.: Rec. s. 529, præmis 7)".²

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/Ef av 16. desember 1996 om utstasjonering av arbeidstagere som ledd i utvekslingen av tjenesteytelser, EFT 1997 L 18 s. 1-6.

² Premissene 48 og 49.

Selv om EF-domstolens begrunnet nasjonale reglers ikke-anvendelighet i EF-rettens forrang, vil en tilsvarende forpliktelse til ikke å anvende nasjonal lovgivning i strid med EØS-avtalen måtte legges til grunn i forhold til forvaltningsorganer. Det følger av EØS-lovens § 1 at EØS-avtalen skal gjelde som norsk lov. Av EØS-avtalens § 2 følger det at bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle EØS-avtalens formål i tilfelle konflikt skal gå foran andre regler som regulerer samme forhold. Tariffnemnda kan m.a.o. ikke benytte den kompetanse nemnda gis etter allmenngjøringsloven på en måte som er i strid med EØS-avtalen. Tariffnemnda må på selvstendig grunnlag undersøke om de forskrifter den har til hensikt å vedta ligger innenfor EØS-avtalens rammer.

En tolkning av allmenngjøringsloven på bakgrunn av EØS-avtalens bestemmelser vil kunne eliminere en potensiell motstrid mellom loven og EØS-avtalen. I Rt. 2000.1811 *Finnanger I* slo Høyesterett fast at det etter norsk rett gjelder et vidtgående presumsjonsprinsipp ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser, begrunnet i de traktatrettslige forpliktelsene etter EØS-avtalen.

”Løsningen av motstridsspørsmålet vil ... måtte bero på en anvendelse av anerkjente tolkningsprinsipper. I disse inngår også det presumsjonsprinsipp som kan sies å følge av EØS-rettens lojalitets- og konformitetskrav, og som gjør seg gjeldende med særlig styrke når den nasjonale lovgiver har gått ut fra at landets lov er i samsvar med EØS-retten”.³

Tariffnemnda plikter å tolke og anvende de bestemmelser i allmenngjøringsloven som gir grunnlag for deres vedtakskompetanse på en måte som eliminerer motstrid. Finner nemnda at rettskildene ikke gir grunnlag for å eliminere en motstrid gjennom tolkning, plikter Tariffnemnda å ikke anvende en kompetansebestemmelse i allmenngjøringsloven som strider mot EØS-avtalen. Tariffnemnda plikter m.a.o. å ikke treffe vedtak om allmenngjøring som etter sitt innhold er i strid med EØS-avtalen.

Vedtak, herunder forskriftsvedtak, truffet i strid med EØS-avtalen vil være ugyldige.⁴ Videre vil den norske stat kunne bli erstatningsansvarlig som en konsekvens av en mangelfull gjennomføring av EØS-avtalen i norsk rett.⁵

³ Rt. 2000.1811 på s. 1831.

⁴ Jf. Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* (2006) s. 461-462 og Hans Petter Graver: *Forvaltningsrett* (2007) s. 607 flg.

⁵ Fredrik Sejersted m.fl.: *EØS-rett* s. 196-197.

3. Betydningen av 3 dommer nylig avsagt av EF-domstolen for vurderingen av allmenngjøringsinstituttet

EF-domstolen har siden desember 2007 avsagt tre dommer som vedrører forholdet mellom beskyttelse av arbeidstagere fra andre EØS-land og reglene om fri bevegelighet av tjenester og reglene om den frie etableringsrett. Alle sakene var prejudisielle avgjørelser.

*Viking Line*⁶ gjaldt forenligheten med forbudet i EF-traktatens art. 43 mot hindringer på den frie etableringsrett, jf. EØS-avtalens art. 31, av kampsnitt rettet mot et rederi i Finland som ønsket å flagge ut en ferge som seilte under finsk flagg mellom Helsinki i Finland og Tallinn i Estland.

*Laval*⁷ gjaldt forenligheten med forbudet mot hindringer på retten til fritt å yte tjenesteytelser over landegrensene generelt, jf. EF-traktatens art. 49 og EØS-avtalens art. 36, og slik dette er presisert i utstasjoneringsdirektivet spesielt, av kampsnitt rettet mot en tjenesteyter fra Latvia, iverksatt for å tvinge tjenesteyteren til å legge svenske kollektive overenskomster til grunn i forhold til arbeidstagere fra Latvia.

*Rüffert*⁸ gjeldt forenligheten av en bestemmelse i anbudsgivningen for offentlige anskaffelser til den tyske delstaten Niedersachsen, med EF-traktatens art. 49, jf. EØS-avtalens art. 36, og utstasjoneringsdirektivet. Delstatslovgivningen inneholdt regler som forpliktet tilbydere i forbindelse med innlevering av anbud til å erklære at de selv og deres underentreprenører ville overholde kollektive overenskomster gjeldende i Niedersachsen. Lovgivningen inneholdt videre bestemmelser om krav til dokumentasjon om at forpliktelsen var overholdt, og bestemmelser om sanksjoner dersom forpliktelsen ble misligholdt.

Avgjørelsene innebar viktige avklaringer i forhold til adgangen for en vertsstat til å treffe tiltak om beskyttelse av utenlandske arbeidstagere som utfører arbeid i vertsstaten, gjennom pålegg rettet mot utenlandske tjenesteytere om å legge til grunn lønns- og arbeidsvilkår som er gjeldende i vertsstaten. Saksforholdet i dommene skiller seg fra det som er løsningen i Norge i forhold til hvordan forpliktelser til å legge norske lønns- og arbeidsvilkår til grunn pålegges utenlandske tjenesteytere. Dommene har allikevel relevans for vurderingen av de norske reglene på dette området, m.a.o. for vurderingen allmenngjøringsinstituttet. EF-domstolen har i dommene en prinsipiell tilnærming til de spørsmål de nasjonale rettsinstansene ønsket svar på. At avgjørelsene

⁶ Sak C-438/05 *Viking Line*, dom av 11.12.2007 (ennå ikke i Saml.).

⁷ Sak C-341/05 *Laval*, dom av 18.12.2007 (ennå ikke i Saml.).

⁸ Sak C-346/06 *Rüffert*, dom av 3.4.2008 (ennå ikke i Saml.).

ikke er snevert rettet mot faktum i sakene følger allerede av at avgjørelsene er prejudisielle avgjørelser. Tolkningen i dommene av EF-traktatens forbud mot hindringer på den frie etableringsrett og retten til å yte tjenesteytelser og tolkningen av utstasjoneringsdirektivet har direkte relevans for en EØS-rettslig vurdering av allmenngjøringsinstituttet generelt, og for en EØS-rettslig vurdering av forslag til forskrift om allmenngjøring for skips- og verftsindustrien spesielt. Dommene, og da særlig *Laval* og *Rüffert*, vil derfor stå sentralt for den videre vurdering av forslag til forskrift.

4. Allmenngjøringsinstituttet - EØS-rettslige utgangspunkter

Allmenngjøring av tariffavtaler skal sikre at arbeidstagere som er ansatt hos arbeidsgivere i andre EØS-land har de samme arbeidsvilkår når de utfører arbeid i Norge som norske arbeidstagere har etter den tariffavtale som gjelder på det aktuelle område. Allmenngjøring sikrer videre norske arbeidsgivere like konkurransevilkår i forhold til konkurrenter fra andre EØS-land. For tjenesteytere fra andre EØS-land innebærer allmenngjøringsinstituttet at de påføres en merbyrde i forhold til de plikter de har overfor sine arbeidstagere i opprinnelseslandet. Denne merbyrden knyttet til tjenesteyting i Norge representerer en restriksjon på retten til å uhindret yte tjenester over landegrensene innenfor EØS som vil omfattes av forbudet i EØS-avtalen art. 36.⁹

Det følger av EF-domstolens praksis at hensynet til arbeidstagernes "sociale beskyttelse" kan begrunne restriksjoner på retten til å yte tjenester over landegrensene etter den domstolskapte læren om tvingende, allmenne hensyn.¹⁰ Beskyttelse av arbeidstagere utgjør således et relevant hensyn som kan begrunne restriksjoner på den frie bevegelse. For at nasjonal lovgivning som innebærer restriksjoner som rammes av art. 36 skal kunne begrunnes i hensynet til arbeidstagernes sosiale beskyttelse, må lovgivningen objektivt sett forfølge dette hensynet, og være et egnet og proporsjonalt virkemiddel for å nå målsetningen.

EF-domstolen anerkjenner at minstelønnsordninger og andre ordninger som skal sikre arbeidstagerne sosialt akseptable lønns- og arbeidsvilkår, kan begrunnes i hensynet til arbeidstagernes "sociale beskyttelse". EF-domstolen har gitt medlemsstatene

⁹ For en grundig drøftelse av allmenngjøringsinstituttet i forhold til restriksjonsforbudet i EØS-avtalen art. 36, se Erling Hjelmeng, Olav Kolstad: *Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger*, Arbeidsrett 2006 s. 1-41, på s. 7-10, og Kjetil Stensvik: *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester*, Arbeidsrett 2007 s. 1, på s. 44.

¹⁰ Se for eksempel sak C-49/98 *Finalarte*, Sml. 2001 s. I-7831.

et visst spillerom m.h.t. hvordan minstelønnsordninger eller andre ordninger som skal regulere lønn og andre arbeidsvilkår utformes. I sakene 62-63/81 *Seco og Desquenne & Giral* slo EF-domstolen fast at medlemsstatene kan bringe allment gjeldende tariffavtaler til anvendelse også for foretak fra andre EØS-land. Domstolens standpunkt er nedfelt i avsnitt 12 i fortalen til utstasjoneringsdirektivet, jf. Generaladvokat Bots uttalelse i forslag til avgjørelse i *Rüffert*:

”Domstolen har således siden dommen af 3. februar 1982, *Seco og Desquenne & Giral*, fastslået, at fællesskabsretten principielt ikke er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller de kollektive overenskomster, der er indgået mellem arbejdsmarkedets parter, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret, og at den heller ikke opstiller noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler. Denne retspraksis er gentaget i betragtning 12 til direktiv 96/71”.¹¹

Utstasjoneringsdirektivet oppstiller krav til fremgangsmåten for vedtagelsen av ordninger som skal sikre utstasjonerte arbeidstageres sosiale rettigheter og til innholdet i slike ordninger. EF-domstolen berørte forholdet mellom restriksjonsforbudet i EØS-avtalens art. 36 og utstasjoneringsdirektivet i *Laval*. EF-domstolen fant i saken at forhold som er omfattet av utstasjoneringsdirektivet anvendelsesområde må vurderes med utgangspunkt i direktivets bestemmelser, fortolket i ly av art. 36.¹² Utstasjoneringsdirektivet gir uttrykk for en spesifikk fortolkning av art. 36 i lys av EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis.¹³ Et tiltak som er i strid med utstasjoneringsdirektivets bestemmelser vil også være i strid med art. 36. Det kan allikevel ikke omvendt legges til grunn at et tiltak som er i overensstemmelse med utstasjoneringsdirektivet også oppfyller vilkårene i art. 36. Det handlingsrom utstasjoneringsdirektivet gir medlemsstatene m.h.t. utforming av de virkemidler som skal forfølge de mål som anerkjennes av direktivet, må utøves på bakgrunn av og innenfor de grenser art. 36 setter.

Det følger av dette at allmenngjøring av tariffavtaler er i overensstemmelse med EØS-avtalen i den utstrekning allmenngjøring kan begrunnes i hensynet til arbeidstageres ”sosiale beskyttelse”, en allmenngjøringsforskrift er fastsatt i tråd med

¹¹ Forslag til avgjørelse i sak C-346/06 *Rüffert*, dom av 3.4.2008 (ennå ikke i Saml.), avsnitt 68 (fotnoter utelatt).

¹² Premiss 61.

¹³ Se Generaladvokat Mengozzis forslag til avgjørelse i sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 145.

reglene i utstasjoneringsdirektivet, og vilkårene i en allmenngjøringsforskrift er innenfor de grenser art. 36 setter.

5. Hvilke lønns- og arbeidsvilkår kan allmenngjøres?

Utsstasjoneringsdirektivet art. 3(1) pålegger medlemsstatene å gjøre en "kjerne" eller "grunnstamme" av medlemsstatenes nasjonale regler om lønns- og arbeidsvilkår gjeldende også for arbeidstagere som er utstasjonert av arbeidsgivere fra andre EØS-stater.¹⁴ Artikkel 3(1) er ufravikelig, og sikrer arbeidstagere fra andre EØS-land en minimumsbeskyttelse i vertsstaten der deres arbeidsvilkår i opprinnelseslandet ikke når opp til de sosiale standardene i vertsstaten. I art. 3(1), første ledd, litra a-g er det angitt følgende liste over lønns- og arbeidsvilkår som vertsstaten skal gjøre gjeldende overfor arbeidstagere fra andre EØS-land:

- "a) maksimal arbeidstid og minimal hviletid
- b) mindste antal betalte feriedage pr. år
- c) mindsteløn, herunder overtidsbetaling; dette ælder ikke for erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger
- d) betingelserne for at stille arbeidstagere til rådighet, især via vikarbureauer
- e) sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen
- f) beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge
- g) ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling".

EF-domstolen slo i *Laval* og *Rüffert* fast at listen er uttømmende. Dette innebærer at medlemsstatene ikke kan pålegge virksomheter fra andre EØS-land å etterleve krav knyttet til andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som omfattes av listen i litra a-g, jf. EF-domstolens uttalelse i *Rüffert*, under henvisning til *Laval*:

"Nævnte bestemmelse kan især ikke fortolkes således, at bestemmelsen gør det muligt for værtsmedlemsstaten at betinge gennemførelsen af levering af tjenesteydelser på sit område af overholdelsen af arbejds- og ansættelsesvilkår, der går videre end de ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse. For så vidt angår de områder, der er nævnt i artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g), fastlægger direktivet nemlig udtrykkeligt den grad af beskyttelse, som værtsmedlemsstaten kan

kræve iagttaget af virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat, i forhold til deres arbeidstagere, der er udstationeret på denne værtsmedlemsstats område. En sådan fortolkning ville desuden berøve direktivet sin effektive virkning (dommen i sagen *Laval un Partneri*, præmis 80).

Derfor – og med forbehold for muligheden for, at virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat, bl.a. ved en forpligtelse, der påtages over for eget udstationeret personale, i værtsmedlemsstaten frivilligt tiltræder en kollektiv arbejdsoverenskomst, der eventuelt er mere favorabel – er det beskyttelsesniveau, der skal garanteres over for udstationerede arbeidstagere på værtsmedlemsstatens område, i princippet begrænset til det, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra a)-g), i direktiv 96/71, forudsat at disse arbeidstagere ikke allerede i medfør af den lov eller de kollektive overenskomster, der gælder i oprindelsesmedlemsstaten, har mere favorable arbejds- og ansættelsesvilkår på de områder, der er nævnt i denne bestemmelse (dommen i sagen *Laval un Partneri*, præmis 81). Et sådant forhold forekommer imidlertid ikke at være til stede i det i hovedsagen foreliggende tilfælde”.¹⁵

Fra dette klare utgangspunktet er det utformet et unntak i art. 3(10) for beskyttelsestiltak begrunnet i ”grundlæggende retsprinsipper (ordre public)”. Foreligger tungtveiende beskyttelseshensyn som omfattes av art. 3(10), vil vertsstaten kunne pålegge virksomheter fra andre EØS-land å legge til grunn nasjonale regler også i forhold til lønns- og arbeidsvilkår som ikke omfattes av listen i art. 3(1). Bestemmelsen i art. 3(10) ble fremholdt som en unntaksregel av EF-domstolen i *Laval*, uten at EF-domstolen gikk nærmere inn på hvilke hensyn som kan begrunne unntak fra art. 3(1).¹⁶ Som et utgangspunkt må unntaket tolkes snevert til å omfatte de hensyn som etter EØS-avtalen uttrykkelig kan begrunne unntak fra forbudet i EØS-avtalens artikkel 36. Dette omfatter hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, jf. EØS-avtalen art. 33 gjennom henvisningen i art. 39.

6. Hvilke hensyn kan allmenngjøringsinstituttet forfølge?

Etter allmenngjøringslovens § 1-1 har loven følgende formål:

”Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har. Dette for å hindre at arbeidstakere utfører arbeid på vilkår som

¹⁴ Stein Evju: *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv*, Arbeidsrett 2008 s. 1 på s. 5.

¹⁵ Premissene 33 og 34.

¹⁶ Premiss 82.

samlet sett er påviselig dårligere enn hva som er fastsatt i gjeldende landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.”

I forarbeidene angis det at loven i tillegg skal sikre at norske virksomheter ikke har en konkurranseulempe i forhold til utenlandske virksomheter p.g.a. mer byrdefylle forpliktelser knyttet til lønns- og arbeidsvilkår:

”Allmenngjøringslovens formål er å forhindre at utenlandske arbeidstakere tilbys lønns- og arbeidsvilkår som er påviselig dårligere enn det som følger av norsk tariffavtale og samtidig unngå uheldige konkurransevriddinger for virksomheter med norske arbeidstakere”.¹⁷

At dette er et hensyn etter allmenngjøringsloven påpekes også av Tariffnemnda i høringsnotatet:

”I henhold til forarbeidene til loven er formålet også å hindre konkurransevriddning til ulempe for norske virksomheter og foretak”.

Det er sikker rett at hensynet til å beskytte egne foretak mot konkurranse fra foretak fra andre EØS-land ikke er et hensyn som kan begrunne restriksjoner i strid med art. 36 eller noen av de andre restriksjonsforbudene i EØS-avtalen.¹⁸ Riktignok gir EF-domstolen i *Laval* uttrykk for at bestemmelsen i art. 3(1) i utstasjoneringdirektivet, som åpner for at medlemsstatene kan regulere lønns- og arbeidsvilkår til beskyttelse for utenlandske arbeidstagere, er begrunnet i hensynet til å sikre en lojal konkurranse:

”Denne bestemmelse har for det første til formål at sikre en loyal konkurrence mellem de indenlandske virksomheder og virksomheder, der leverer grænseoverskridende tjenesteydelser, for så vidt som bestemmelsen pålægger de sidstnævnte på en begrænset række områder at indrømme deres arbejdstagere de arbejds- og ansættelsesvilkår, der er fastsat i værtsmedlemsstaten ved lov eller administrative bestemmelser eller ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i artikel 3, stk. 8, i direktiv 96/71, som er ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse.

Denne bestemmelse er derfor til hinder for, at virksomheder, der har hjemsted i andre medlemsstater, kan konkurrere illoyalt i forhold til værtsmedlemsstatens virksomheder ved på de nævnte områder at anvende de arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder i oprindelsesmedlemsstaten,

¹⁷ Ot. Prp. Nr. 77 (2003-2004) s. 16.

på deres arbeidstagere i forbindelse med grænseoverskridende levering af tjenesteydelser, hvis det sociale beskyttelsesniveau er høyere i værtsmedlemsstaten".¹⁹

Det fremgår av EF-domstolens uttalelse at konkurransen fra utenlandske foretak er illojal om de opererer med lønns- og arbeidsvilkår som ikke tilfredsstiller kravene til det sosiale beskyttelsesnivå i vertsstaten. EF-domstolen anerkjenner således kun en utjevning av konkurranseulempen som følge av at det fastsatte beskyttelsesnivå i vertsstaten ikke etterleves. Konkurranseulempen ut over dette åpner ikke EF-domstolen for at ivaretas etter direktivet eller art. 36.

Allmenngjøring av tariffavtaler kan etter dette kun begrunnes i forhold til art. 36 i den utstrekning allmenngjøring er begrunnet i hensynet til arbeidstagerens sosiale beskyttelse.

7. "Likeverdige" lønns- og arbeidsvilkår – sikring av lønnsnivå eller sosial beskyttelse?

Etter allmenngjøringslovens § 1-1 skal loven sikre utenlandske arbeidstagere lønns- og arbeidsvilkår som er "likeverdige" med de norske arbeidstagere får. Vilkårene vil ikke være "likeverdige" når utenlandske arbeidstagere har "påviselig dårligere" lønnsvilkår enn norske arbeidstagere. "Likeverdige" lønns- og arbeidsvilkår oppnås gjennom å gi landsdekkende tariffavtaler anvendelse. Vilkårene i tariffavtalene er fastsatt som et resultat av lønns- og arbeidskampen i samfunnet, og i lønnskampen er likelønn et relevant hensyn. Likelønn er allikevel ikke et sosialt hensyn i den betydning at det skal ivareta arbeidstagerens rett til en godtgjørelse som setter dem i stand til å dekke nødvendige utgifter for å få et verdig livsopphold. Det fremgår av EF-domstolens avgjørelse i *Laval* at det ikke kan settes likhetstegn mellom nivået for en sosialt begrunnet minstelønn og det lønnsnivå som har blitt fremforhandlet av partene i arbeidslivet:

"For så vidt angår de lønmessige forpliktelse, der kan pålægges tjenesteydere, der har hjemsted i andre medlemsstater, skal det bemærkes, at artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra c), i direktiv 96/71 alene vedrører mindsteløn. Denne bestemmelse kan således ikke gøres gældende som begrundelse for en forpligtelse for disse tjenesteydere til at iagttage et lønniveau som det, de i hovedsagen sagsøgte

¹⁸ Erling Hjelmeng, Olav Kolstad: *Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger*, Arbeidsrett 2006 s. 1-41, på s. 12-13.

¹⁹ Premissene 74 og 75.

fagforeninger søger at gennemtvinge inden for rammerne af den svenske ordning, der ikke er udtryk for en minsteløn, og som i øvrigt ikke er fastsat i overensstemmelse med de fremgangsmåder, der er fastsat i denne henseende i direktivets artikel 3, stk. 1 og 8”.²⁰

Når utstasjoneringdirektivet åpner for å at medlemsstatene kan fastsette minstelønnsordninger m.v., omfatter dette kun ordninger som etter EF-domstolens praksis sikrer det minimumsnivå som er nødvendig for å oppnå sosial beskyttelse for arbeidstagerne. Allmenngjøring kan ikke benyttes som et virkemiddel for å sikre det generelle lønnsnivå i en bransje, fastsatt på bakgrunn av det lønnsnivå som er fremforhandlet mellom partene i arbeidslivet og fastsatt i tariffavtaler. Om arbeidstagere får samme lønn for likt arbeid er i forhold til de sosiale hensynene av mindre betydning, så lenge det sosiale minimum er ivaretatt. Tolkes ”likeverdige” i allmenngjøringslovens § 1-1 slik at allmenngjøring skal sikre hensynet til likelønn, og ikke hensynet til en sosial beskyttelse av arbeidstagerne, følger allmenngjøringsloven et hensyn som ikke er relevant i forhold til utstasjoneringdirektivet og art. 36.

Kravet til ”likeverdige” lønns- og arbeidsforhold må derfor tolkes innskrenkende, slik at det er det minste lønnsnivå som sikrer sosialt akseptable levekår som skal legges til grunn. Tariffnemnda plikter å gi en begrunnelse for sine forskrifter som gjør det mulig å etterprøve om de vedtak nemnda treffer etter allmenngjøringsloven fremmer hensynet til ”social beskyttelse” slik dette er formulert i EF-domstolens praksis.

Det kan reises spørsmål ved om det er mulig å forene en slik innskrenkende tolkning av ”likeverdige” lønns- og arbeidsvilkår med allmenngjøringslovens system. Loven forutsetter at tariffavtalene skal være normerende for tariffnemndas vedtak. Tariffavtalenes minstelønssatser er gjennomgående høyere enn det lønnsnivå som sikrer sosialt akseptable levekår. Finner Tariffnemnda at deres kompetanse ikke kan benyttes på en måte som er EØS-konform, plikter nemnda å avstå fra å benytte denne kompetansen.

8. Minstelønnsnivået

Det er i utgangspunktet opp til medlemsstatene å fastsette nivået for den minstelønn en arbeidstaker må ha for å kunne opprettholde en akseptabel livsstandard, jf. utstasjoneringdirektivet art. 3(1), 2. ledd. Dette fremgår også av EF-domstolens avgjørelse i *Laval*, der EF-domstolen understreker at utstasjoneringdirektivet ikke

²⁰ Premiss 70.

innebærer en harmonisering av den minimumsbeskyttelse arbeidstagerne skal gis. Denne kan fastsettes av det enkelte medlemsland på grunnlag av landets kostnadsnivå m.v. EF-domstolen presiserer imidlertid at minimumsnivået skal fastsettes "under overholdelse af traktaten og de almindelige fællesskabsretlige principper".²¹ En minstelønnsordning må således være et egnet og proporsjonalt virkemiddel for å sikre et sosialt akseptabelt lønnsnivå.

Et utgangspunkt for vurderingen av hva som er et minste lønnsnivå for arbeidstagere i Norge, er UDIs vurderinger av hvilken inntekt som er nødvendig for et akseptabelt livsopphold.²² UDI legger til grunn at lønnstrinn 1 statens lønnsregulativ reflekterer en inntekt som dekker de mest nødvendige behov.

Minstelønnsnivået i tariffavtaler ligger gjennomgående en del høyere enn dette minstelønnsnivået. En ordning som automatisk legger minstelønnsnivået i tariffavtaler til grunn uten å vurdere dette lønnsnivået i forhold til den sosiale beskyttelse som etter EØS-retten kan tjene som begrunnelse for et allmenngjøringsvedtak, representerer ikke et proporsjonalt virkemiddel som kan begrunne en restriksjon i forhold til læren om tvingende hensyn.²³

I forslag til allmenngjøringsforskrift for skips- og verftsindustrien er det foreslått en minstelønssats pr. time på kr. 119,50 pr. time til faglærte og kr. 114,06 pr. time til ufaglærte. Timesatsen ligger m.a.o. over det som antas å være en minstesats ut fra sosiale hensyn. Tariffnemnda må godtgjøre at timesatsen er proporsjonal i forhold til de hensyn som etter EØS-avtalens art. 36 kan begrunne en allmenngjøringsforskrift. Tariffnemnda går ikke inn på dette spørsmålet i høringsnotatet.

Kjetil Stensvik: *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester* argumenterer for at "det enkelte medlemsland er gitt en ... vid skjønnsmargin til selv å fastsette det beskyttelsesnivå man finner at arbeidstakerne har behov for".²⁴ En vid skjønnsmargin i betydningen frihet til selv å velge beskyttelsesnivå uten at dette kan overprøves av EFTA-domstolen, vil innebære at proporsjonalitetskravet mister sin betydning. Etter min oppfatning er det ikke tvil om at EFTA-domstolen fullt kan prøve om en minstelønnsordning er utformet slik at den

²¹ Premiss 60.

²² Rundskriv UDI 2002-125 OPA.

²³ Se også Stein Evju: *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv*, Arbeidsrett 2008 s. 1 på s. 12 om konsekvensene av EF-domstolens avgjørelse i Laval: "Det sentrale ved dommen er imidlertid likevel den skarpe klargjøring av at det er minstestandardene som kan kreves etterlevet ovenfor en utenlandsk tjenesteyter, ikke noe annet eller mer – uansett om lønns- og vernenivået faktisk er høyere i det nasjonale arbeidsmarkedet".

²⁴ Kjetil Stensvik: *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester*, Arbeidsrett 2007 s. 1, på s. 52.

representerer et proporsjonalt virkemiddel i forhold til hensynet til arbeidstagernes "sociale beskyttelse". Dette understrekes etter min mening også av EF-domstolen i *Laval* når den presiserer at minimumsnivået skal fastsettes "under overholdelse af traktaten og de almindelige fællesskabsretlige prinsipper".²⁵ Stensvik tar særlig EF-domstolens avgjørelse i *Finalarte* til inntekt for at medlemsstatene gis en vid skjønnsmargin.²⁶ Etter mitt oppfatning kan dommen ikke tas til inntekt for at EF-domstolen begrenset sin prøvelseskompetanse. Riktignok begrenset EF-domstolen prøvelsesintensiteten i saken. Det må allikevel skilles mellom den intensitet EF-domstolen velger å etterprøve en nasjonal ordning med, og den formelle adgang EF-domstolen har til å etterprøve en nasjonal ordning etter EØS-avtalen. Det er ingen holdepunkter i *Finalarte* for at EF-domstolen begrenset den prøvelsesadgang den har etter de alminnelige EF-rettslige prinsipper.

Tariffnemnda har allmenngjort tariffavtaler for ulike bransjer. Per i dag gjelder forskrifter for allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land, for allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen og for allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Norge.²⁷ I forskriftene gjelder ulike nivåer for minstelønn. Et spørsmål som reiser seg er om det kan fastsettes ulike nivåer for minstelønnen etter utstasjoneringsdirektivet og EØS-avtalens art. 36.

Ordlyden i art. 3(1) angir at minstelønn kan fastsettes ved "kollektive avtaler eller voldgiftskendelser". Når kollektive avtaler nevnes i flertall peker dette i retning av at ulike kollektive avtaler kan danne utgangspunkt for fastsettelse av minstelønn innenfor ulike bransjer. Tariffavtaler inngås bransjevis, og vil regelmessig ha ulike reguleringer av lønnen. I dette ligger at det kan være ulike satser for minstelønnen, avhengig av de ulike kollektive avtalenes virkeområde. Ordlyden i utstasjoneringsdirektivet peker derfor i retning av at det kan allmenngjøres ulike minstelønnssatser for ulike bransjer. EF-domstolen har ikke problematisert dette spørsmålet i saker hvor allmenngjøring har kommet opp.²⁸

Selv om minstelønnssatsen innenfor ulike bransjer vil kunne variere p.g.a. at det er ulike tariffavtaler som er allmenngjort, må minstelønnen fastsettes under hensyntagen

²⁵ Premiss 60.

²⁶ Kjetil Stensvik: *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester*, Arbeidsrett 2007 s. 1, på s. 52.

²⁷ Forskrift av 26. juni 2006 nr. 703 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land, forskrift av 26. juni 2006 nr. 704 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen og forskrift av 21. november 2006 nr. 1291 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Norge.

²⁸ Erling Hjelmeng, Olav Kolstad: *Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger*, Arbeidsrett 2006 s. 1-41, på s. 21

til art. 36. Det innebærer at minstelønnen må være et proporsjonalt virkemiddel i forhold til målsetningen om arbeidstagernes "sociale beskyttelse".

9. Godtgjøring for overtid

Forslaget til forskrift § 6 inneholder satser for godtgjøring av overtid. Det fremgår uttrykkelig av utstasjoneringdirektivets art 3(1)(c) at overtidsbetaling inngår som et element i minstelønnen. Dette innebærer at det er summen av grunnlønn og overtidsbetaling som skal inngå i vurderingen av om en allmenngjøringsforskrift er et proporsjonalt virkemiddel som kan begrunnes i forhold til EØS-avtalens art. 36. Jeg viser til drøftelsen av dette i avsnitt 7 og 8.

Det følger av EF-domstolens avgjørelse i *Laval* at kollektive bestemmelser ikke kan benyttes til å sikre bedre vilkår enn lovgivning vedrørende forhold som omfattes av listen i utstasjoneringdirektivets art. 3(1), første ledd, litra a-g.²⁹ Er det fastsatt lovregler som fastsetter en minimumsbeskyttelse knyttet til lønns- og arbeidsvilkår som omfattes av listen i art. 3(1), binder denne fastsettelsen medlemsstaten i forhold til utstasjoneringdirektivet. Det er således den lovbestemte minimumsbeskyttelse som blir avgjørende. Allmenngjøring av vilkår som gir en bedre beskyttelse enn det som er fastsatt i lov anses som et brudd på de ufravikelige reglene i art. 3(1).

Det følger av arbeidsmiljøloven³⁰ § 10(6)(11) at overtid skal godtgjøres med et tillegg på minst 40 %:

"For overtidsarbeid skal det betales et tillegg til den lønn arbeidstakeren har for tilsvarende arbeid i den alminnelige arbeidstiden. Tillegget skal være minst 40 prosent".

I forhold til art. 3(1) må arbeidsmiljølovens § 10(6)(11) anses å representere en ufravikelig minimumsstandard. Tariffnemnda kan således ikke allmenngjøre verkstedoverenskomstens bestemmelser om godtgjøring for overtid dersom de fraviker arbeidsmiljølovens ordning.

Verksoverenskomsten slår fast at arbeidstiden skal være 37,5 timer pr. uke. Tariffnemnda har i forslaget til forskrift valgt å legge til grunn at arbeidstiden er 40 timer pr. uke.³¹ Dette er i overensstemmelse med EF-domstolens avgjørelse i *Laval*. All den tid arbeidsmiljøloven § 10-4(1) slår fast at arbeidstiden skal

²⁹ Se premiss 78 flg.

³⁰ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17.6.2005 nr. 62.

³¹ Se Høringsnotatet punkt 2, siste avsnitt.

være 40 timer pr. uke, har Tariffnemnda ikke kompetanse til å treffe allmenngjøringsvedtak som innfører kortere arbeidsuker.

10. Bestemmelser om tillegg der det arbeides skift

I forslaget til forskrift § 4(3) er det inntatt satser for tillegg der det arbeides skift. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av art. 3(1)(c) at tillegg er å betrakte som en del av minstelønnen, må det etter bestemmelsen legges en nettobetraktning til grunn der all godtgjørelse knyttet til arbeidet medregnes. Det fremgår av at bestemmelsen at overtidsbetaling er et av flere mulige elementer som skal tas med i fastsettelsen av minstelønnen, jf. bruken av ordet "herunder". Andre typer godtgjørelse for det aktuelle arbeid skal derfor også hensyntas ved vurderingen av om minstelønnen er gitt en proporsjonal utforming. Jeg viser til drøftelsen av minstelønn i avsnitt 7 og 8.

Det finnes ingen bestemmelser i arbeidsmiljøloven som foreskriver krav på tillegg ved skiftarbeid. Derimot gir § 10-4 krav på redusert arbeidstid ved skiftarbeid. Bestemmelsen er begrunnet i hensynene til helse, miljø og sikkerhet. § 10-4 gir arbeidstageren en beskyttelse gjennom redusert arbeidstid der vedkommende jobber i en skiftordning. Utstasjoneringsdirektivet er ikke til hinder for at det gjennom en allmenngjøringsforskrift i tillegg stilles krav til økonomisk kompensasjon i form av tillegg ved skiftarbeid. Et slikt krav ivaretar et annet hensyn, nemlig hensynet til at arbeidstageren får full ukelønn selv om arbeidstiden reduseres p.g.a. skiftarbeid. I forhold til den EØS-rettslige vurdering blir konsekvensen av kravet at det ved fastsettelsen av minstelønnens størrelse må tas i betraktning det utslag tilleggene gir.

11. Godtgjørelse for utgifter til reise, kost og losji og arbeidstøy

I forslaget til allmenngjøringsforskrift foreslår Tariffnemnda allmenngjort bestemmelsene i tariffavtale om utgifter til reise, kost og losji, jf. § 7, og plikt til å holde nødvendig arbeidstøy og vernefottøy, jf. § 9.

Det fremgår av utstasjoneringsdirektivet art. 7, 2. ledd at

"Ydelser der specifikt vedrører udstationeringen, betragtes som en del af mindstelønnen, hvis de ikke udbetales som godtgørelse af udgifter, der reelt er afholdt i forbindelse med udstationeringen, så som udgifter til rejse, kost og logi".

Dekning av reelle utgifter etter § 7 til reise, kost og losji skal således ikke anses som en del av minstelønnen. De utgifter som dekkes etter § 9 må også anses å ha en så nær sammenheng med det arbeid som skal utføres i Norge i forbindelse med en utstasjonering at de ikke skal betraktes som en del av minstelønnen.

Det er kun ytelser til dekning av reelle utgifter knyttet til utstasjoneringen som ikke inngår ved estimeringen av minstelønnen etter art. 7, 2. ledd. Ytelser som etter sin art eller størrelse ikke går til dekning av reelle ytelser knyttet til utstasjoneringen, vil betraktes som en del av den minstelønn som kan fastsettes etter art. 3(1)(c). Jeg viser til drøftelsen av minstelønnsnivået i avsnitt 8.

12. Overnattingstillegg

Det følger av forslaget til forskrift § 4(2) at det for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet skal betales et overnattingstillegg som tilsvarer 20 % av lønnen definert i § 4(1). Det angis i kommentarene til § 4(2) i forslaget til forskrift at tillegget ”skal kompensere for ulempen ved å bo borte fra hjemmet”. Da utgiftene til reise, kost og losji skal dekkes etter § 7 kan det ikke være merutgifter knyttet til å bo utenfor hjemmet det siktes til. Det er naturlig å se tillegget som en ren økonomisk ytelse, uavhengig av de aktuelle kostnader arbeidstageren har ved å bo utenfor hjemmet. Tillegget må derfor legges til lønnen etter § 4(1) når den reelle minstelønn som allmenngjøres skal beregnes.

13. Regulering av lønn i forskriftens virketid

Det følger av forskriftens § 5 at satsene i § 4 for lønn m.v. ”skal reguleres i henhold til nye reguleringssatser som måtte følge av eventuelle mellomoppgjør mv”. Forslaget til forskrift overlater m.a.o. en regulering av lønn til forhandlinger mellom arbeidslivets parter.

I *Laval* fant EF-domstolen at den svenske ordningen med lokal fastsettelse av lønn, derunder minstelønn, ikke kunne begrunnes i tvingende hensyn da ordningen ikke ga tilstrekkelig forutberegnelighet m.h.t. hvilken minstelønn utenlandske arbeidsgivere er forpliktet til å følge:

”Kollektive kampschritt som dem, der er genstand for hovedsagen, kan imidlertid ikke begrundes med henvisning til det tvingende almene hensyn, der er nævnt i denne doms præmis 102, når den lønforhandling, som de kollektive kampschritt har til formål at gennemføre i forhold til en virksomhed, der har hjemsted i en anden medlemsstat, indgår i en national kontekst, der er

kendetegnet ved, at der ikke findes bestemmelser af nogen som helst art, der er tilstrækkeligt præcise og tilgængelige til, at det ikke i praksis gøres umuligt eller urimeligt vanskelig for en sådan virksomhed at få klarhed over, hvilke forpliktelse den skal overholde med hensyn til mindstelønnen (jf. i denne retning dommen i sagen *Arblade m.fl.*, præmis 43)".³²

Det kan hevdes at det å overlate en justering av en fastsatt minstelønn til arbeidslivets parter gir for liten forutsebernelighet om det konkrete innhold i utenlandske arbeidsgiveres forpliktelser til at den kan begrunnes i forhold til tvingende allmenne hensyn. På den annen side er hovedforpliktelsen allerede fastsatt gjennom forskrift om allmenngjøring, forutsatt at forskriften er et proporsjonelt virkemiddel for ivaretagelse av hensynet til utenlandske arbeidstageres sosiale beskyttelse. Videre er det en relativt stor grad av forutsebernelighet m.h.t. aktuelle tidspunkt for mulige justeringer gjennom mellomoppgjør m.v. Etter min oppfatning hefter det ikke så stor usikkerhet ved justeringsmekanismen som er inntatt i § 5 til at dette forhold gjør at den er i strid med art. 36.

Derimot kan det reises spørsmål ved om ikke bare fastsettelsen av en minstelønnssats men også en justering av denne må skje i tråd med art. 3(1). Det er etter § 3(1) medlemsstatene som skal sikre utstasjonerte arbeidstagerne den minimumsbeskyttelse de har krav på etter bestemmelsen. I *Laval* avviste EF-domstolen at arbeidslivets parter kunne utvide minimumsbeskyttelsen etter art. 3(10) på grunnlag av "alminnelige rettsprinsipper" eller "ordre public":

"Det er imidlertid ubestridt, at disse forpliktelser er blevet pålagt, uden at de nationale myndigheder har handlet på grundlag af artikel 3, stk. 10, i direktiv 96/71. De omtvistede bestemmelser i den kollektive overenskomst på byggeområdet er nemlig blevet udarbejdet ved forhandling mellem arbejdsmarkedets parter, som ikke er offentligretlige enheder, og som ikke med henvisning til denne bestemmelse kan påberåbe sig hensynet til ordre public til støtte for, at en kollektiv kamphandling som den, der er tale om i hovedsagen, skulle være forenelig med fællesskabsretten".

Uttalelsen tyder på at alle tiltak som kan hjemles i utstasjoneringsdirektivets art. 3 må fastsettes av offentligrettslige enheter. Etter min oppfatning må endringer i tiltak fastsatt i overensstemmelse med art. 3(1) foretas av det offentlige rettslige organ som traff vedtak om tiltaket i første omgang for at det skal være i overensstemmelse med utstasjoneringsdirektivet.

³² Premiss 109.

14. Krav til rommelige spise- og hvilerom og innkvartering

Forslag til allmenngjøringsforskrift § 8 stiller krav til rommelige spise- og hvilerom og krav til innkvartering. For så vidt gjelder krav til innkvartering viser forslaget til § 8, andre ledd til bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 4-4 som stiller krav til det fysiske arbeidsmiljøet. Selv om det ikke er presisert i forskriften vil også krav til spise- og hvilerom måtte ses på bakgrunn av kravene i arbeidsmiljølovens § 4-4.

Slik jeg tolker § 8 fastsetter ikke bestemmelsen andre krav til arbeidsmiljøet enn det som følger av § 4-4, innebærer forskriften verken en skjerping eller lemping av de krav som gjelder. Utstasjoneringsdirektivet § 3(1), første ledd bokstav e åpner for at regler om sikkerhet, sunnhet og hygiene på arbeidsplassen i vertsstaten gjøres gjeldende overfor arbeidstagere som er utstasjonert der. Bestemmelsen i § 8 regulerer, slik jeg tolker den, forhold som omfattes av § 3(1), første ledd, litra e. Som en presisering av at kravene i arbeidsmiljølovens § 4-4 gjelder i forhold til utstasjonerte arbeidstagere vil § 8 være i overensstemmelse med utstasjoneringsdirektivet.

15. Tilfelle der arbeidstageren har gunstigere lønns- og arbeidsvilkår etter opprinnelseslandets regler for arbeidsforholdet

Det følger av fortalen til utstasjoneringsdirektivet avsnitt 17, at reglene om minimumsbeskyttelse i direktivet ikke er til hinder for at det anvendes lønns- og arbeidsvilkår som er gunstigere for arbeidstager. Dette ble også slått fast av EF-domstolen i *Laval*.³³ Det følger av forslaget til forskrift § 7 at forskriften ikke er til hinder for at opprinnelsesstatens regler for arbeidsforholdet anvendes om disse gir arbeidstageren gunstigere lønns- og arbeidsvilkår:

”Forskriften kommer ikke til anvendelse dersom det arbeidstaker samlet sett er omfattet av gunstigere lønns- og arbeidsvilkår i henhold til avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet”.

³³ Premiss 79, jf. også premis 116.