

Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger

Førsteamanuensis dr. juris Erling Hjelmeng

Professor dr. juris Olav Kolstad

: Betenkning utarbeidet på oppdrag fra NHO

17. november 2005

1.	Innledning - oppdraget.....	2
2.	Sammenfatning	3
3.	Kort om allmenngjøring.....	4
4.	Allmenngjøringsinstituttet og EØS-avtalens regler om fri bevegelse for personer og tjenester	5
5.	Allmenngjøringsloven og fri bevegelse for tjenester	7
5.1	Nærmere om forbudet i EØS art 36	7
5.2	Allmenngjøring en restriksjon?.....	8
5.3	Kan allmenngjøring begrunnes i et tvingende allment hensyn?	12
5.3.1	Oversikt.....	12
5.3.2	Ivaretar allmenngjøringsloven etter sitt formål relevante hensyn?.....	13
5.3.3	Åpner loven for at det tas ulovlige hensyn?.....	16
5.3.4	Selvstendig betydning av skjønnsfrihet	19
5.3.5	Krav om generell anvendelse.....	20
5.3.6	Allmenngjøring i andre EU-land - betydning	21
5.3.7	Konklusjon.....	22
5.4	Utstasjoneringsdirektivets betydning.....	22
5.5	Rettsvirkninger.....	24
6.	Innsynsrett.....	25
6.1	Forholdet til restriksjonsforbudet.....	25
6.2	Utgjør innsynsretten en restriksjon på den frie tjenesteutveksling?	26
6.3	Kan en innsynsrett begrunnes i tvingende allmenne hensyn?	28
6.3.1	Innledning	28
6.3.2	Er en generell innsynsrett et proporsjonalt virkemiddel?	28
6.3.3	Er en begrenset innsynsrett et proporsjonalt virkemiddel?	31
7.	Innsynsrett og konkurransereglene	34
8.	Vil en innsynsrett for tillitsvalgte i lønns- og arbeidsvilkår støte mot personvernloven?.....	36
9.	Innsynsrett i forretningshemmeligheter – brudd med etablerte prinsipper for prosessen.....	40

1. Innledning - oppdraget

Ved utvidelsen av EØS til å omfatte 25 land, ble det enklere for tjenesteytere fra de nye EØS-landene å tilby tjenester i Norge. Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. av 4.6.1993 nr. 58 er et virkemiddel for å sikre at ansatte hos tjenesteytere fra andre EØS-land ikke tilbys urimelige lønns- og arbeidsvilkår, som skiller seg fra de vilkår norske arbeidstagere tilbys.

I forbindelse med utarbeidelsen av en evalueringsrapport om allmenngjøringsloven ønsket Arbeids- og sosialdepartementet å få belyst om ”fagforeningene [bør] gis en utvidet innsynsrett i lønns- og arbeidsvilkår, også i virksomheter hvor den aktuelle fagforeningen ikke har medlemmer”.¹ En innsynsrett vil eventuelt være et virkemiddel for effektivisere håndhevingen av allmenngjøringsinstituttet. Departementet vurderte innføringen av en innsynsrett i den ferdige evalueringsrapporten datert 22. september 2005. Rapporten er m.a.o. fra før den nåværende regjeringens tiltredelse. Departementet vurderte både en innsynsrett for å gjøre dokumentasjonskravet knyttet til det å fremme krav om allmenngjøring enklere, og en innsynsrett for å sikre etterlevelsen av vedtak om allmenngjøring truffet av Tariffnemnda. For så vidt gjelder innføringen av en generell innsynsrett anså departementet ikke at det foreligger sterke grunner for å innføre en slik nå, men åpnet for at det kan være aktuelt å innføre en generell innsynsrett når man ”har fått mer erfaring med allmenngjøringslovens dokumentasjonskrav slik det nå er utformet”.² Derimot anså departementet at det kunne være behov for å innføre en begrenset innsynsrett for å sikre etterlevelsen av vedtak om allmenngjøring, og foreslo i evalueringsrapporten en ny bestemmelse i allmenngjøringsloven som gir en begrenset innsynsrett til tillitsvalgte. Evalueringsrapporten og dens resultater er sendt på høring av departementet.

I ”Politisk plattform for en flertallsregjering” datert 13. oktober 2005 signaliseres det at regjeringen vil ”ta initiativ til en bred vurdering av lovverk og virkemidler” for å sikre at arbeidere fra andre EØS-land tilbys de samme lønns- og arbeidsvilkår som norske arbeidere når de utfører arbeid i Norge.³ Som et tiltak i denne forbindelse ønsker Regjeringen å ”sikre tillitsvalgte innsyn i lønns- og arbeidsvilkårene underentreprenører tilbyr sine arbeidstakere”. Etter dette fremstår både innføringen av en generell innsynsrett og en mer begrenset innsynsrett som reelle alternativer.

Vi er av NHO gitt i oppdrag å utrede de spørsmål allmenngjøringsinstituttet og en eventuell innføring av en innsynsrett for tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjoner reiser i forhold til EØS-avtalen. I det videre vil vi drøfte om EØS-retten legger føringer på utformingen av allmenngjøringsinstituttet og på innføringen av en eventuell innsynsrett. Vi vil også påpeke problemstillinger innføringen av en innsynsrett vil kunne reise i forhold til forvaltningsrettslige prinsipper for saksbehandlingen i forbindelse med at det treffes vedtak om allmenngjøring.

¹ Spørsmålet ble stilt i et brev til hovedorganisasjonen i arbeidslivet, Arbeidstilsynet, Petroleumstilsynet og enkelte andre berørte av 16. februar 2005.

² Avsnitt 5.2.3.

³ Erklæringens kapittel 7, under overskriften ”sosial dumping”.

2. Sammenfatning

Det allmenngjøringsinstitutt som er etablert ved allmenngjøringsloven utgjør en ulovlig restriksjon på den frie bevegelse for tjenester. Dette skyldes dels at loven ikke inneholder klare kriterier for allmenngjøring, slik at loven åpner for at det kan tas ulovlige hensyn, samt at Tariffnemnda har kompetanse til allmenngjøre innenfor deler av en bransje.

Arbeidsmiljøloven § 73M går lenger i å gi allmenngjorte tariffavtaler anvendelse for utenlandske tjenesteytere enn det som er autorisert i medhold av utstasjoneringsdirektivet.

For en innsynsrett gjelder som utgangspunkt at en kontrollordning som tjener til å gjennomføre et lovlig tiltak (et tiltak som tjener til å sikre tvingende allmenne hensyn) ikke på selvstendig grunnlag rammes av EØS-reglene. I forhold til allmenngjøringsloven må innsynsretten vurderes i to relasjoner: En generell innsynsrett hvis formål er å avdekke om det er grunnlag for allmenngjøring, og en begrenset innsynsrett hvis formål er å kontrollere etterlevelse av allmenngjøringsforskrifter.

Konklusjonen om at selve allmenngjøringsinstituttet utgjør en ulovlig restriksjon på den frie bevegelse for tjenester, påvirker vurderingen av innsynsretten. Vi påviser at en innsynsrett vil utgjøre en byrde for berørte foretak, og at denne dermed er gjenstand for en proporsjonalitetsvurdering. Etter vår oppfatning vil både en generell og en begrenset innsynsrett være uproporsjonale virkemidler. For den generelle innsynsretten er det på det rene at formålet kan realiseres ved en mer effektiv kontroll i regi av Arbeidstilsynet. Det er dessuten på det rene at en innsynsrett som retter seg mot opplysninger myndighetene kan skaffe seg gjennom anvendelse av samarbeidsprosedyren i utstasjoneringsdirektivet art 4, vil virke uproporsjonalt. Innsynsretten vil, i kraft av gjennomføringsmiddel for et allmenngjøringsinstitutt som innebærer en restriksjon, ikke kunne stå seg.

En innsynsrett vil innebære en viss risiko for at konkurransesensitive opplysninger spres mellom konkurrenter. Dette vil ikke omfattes av EØS-avtalens forbud mot konkurransebegrensninger. Potensielle virkninger på konkurransen bør allikevel tas i betraktning ved vurderingen av om en innsynsrett skal innføres.

En innsynsrett vil gi arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjoner tilgang til opplysninger den enkelte (utenlandske) arbeidstager vil betrakte som sensitive opplysninger av privat karakter. Personverndirektivet i EØS vil begrense adgangen til å gi innsyn i personopplysninger ved norsk lov.⁴ Personverndirektivets bestemmelser må tolkes i overensstemmelse med den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8. En innsynsrett vil etter vår oppfatning gå lenger i å gi innsyn i personopplysninger enn personverndirektivet og EMK artikkel 8 hjemler.

Tariffnemnda er et offentlig oppnevnt organ tillagt forskriftskompetanse, og forvaltningsloven vil komme til anvendelse på Tariffnemndas saksbehandling. Avslutningsvis påpekes det at en innsynsrett for andre aktører enn offentlige myndigheter

⁴ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 95/46/EF.

i sensitive opplysninger, innebærer et brudd med prinsippene for beskyttelse av forretningshemmeligheter og taushetsbelagt informasjon i forvaltnings- og domstolsprosessen.

3. Kort om allmenngjøring

Allmenngjøring av tariffavtaler innebærer at en landsomfattende tariffavtale gjøres gjeldende for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, også arbeidstakere som i utgangspunktet ikke var omfattet av tariffavtalen. Arbeidstakere som før vedtaket hadde dårligere lønns- eller arbeidsvilkår enn det som følger av den aktuelle tariffavtale vil således gjennom et vedtak om allmenngjøring "heves opp" til det nivå som følger av tariffavtalen.

Allmenngjøring får konsekvenser for hvor attraktivt det er for arbeidsgivere i Norge å ansette arbeidstakere fra andre EØS-land, da utenlandske arbeidstakere fra arbeidsgivernes ståsted mister det "konkurransefortrinn" dårligere vilkår i arbeidsforholdet representerer. Et særlig viktig "konkurransefortrinn" er lavere lønn. Vedtak om allmenngjøring vil også få konsekvenser for tjenesteytere fra andre EØS-land når disse sender sine arbeidstakere for å utføre tjenesteoppdrag i Norge. For tjenesteytere fra andre EØS-land representerer det et konkurransefortrinn at en sentral innsatsfaktor ved deres produksjon av tjenesteytelser, utgiftene forbundet med arbeidskraft i form av lønn, sosiale utgifter m.v., er lavere enn utgiftene norske tilbydere har, og lavere enn utgiftene til tilbydere fra en rekke andre EØS-land.

Allmenngjøring er regulert i lov om allmenngjøring av tariffavtaler av 4.6.1993 nr. 58. Allmenngjøringsloven har etter § 1-1 som formål "å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har". Formålet begrunnes i beskyttelsen av utenlandske arbeidstakere. Loven skal hindre at arbeidstakere fra andre land tilbys lønn eller andre arbeidsvilkår som er "påviselig dårligere" enn lønn fastsatt i landsdekkende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje. Det må i tillegg antas å være et viktig formål med loven å beskytte norske arbeidstakere mot at utenlandske arbeidstakere ansettes til lønns- og arbeidsvilkår som norske arbeidstakere ikke kan konkurrere med.

Det rettslige virkemiddel for å sikre lovens formål er vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler, jf. lovens § 3. Et vedtak om allmenngjøring innebærer at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis gjøres gjeldende for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje. Et vedtak om allmenngjøring hindrer at arbeidstakere innenfor den bransje vedtaket omfatter tilbys dårligere vilkår enn de som fremgår av den tariffavtale som allmenngjøres.

Vedtak om allmenngjøring treffes av Tariffnemnda som forskriftsvedtak. Vedtak om allmenngjøring kan kreves av en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon som er part i den aktuelle avtale, og har innstillingsrett etter lov av 5. mai 1927 nr. 1 om

arbeidstvister § 11 nr. 1. Tariffnemnda kan også treffe vedtak om allmenngjøring av eget tiltak.

4. Allmenngjøringsinstituttet og EØS-avtalens regler om fri bevegelse for personer og tjenester

EØS-avtalens overordnede formål er å innlemme EFTA-landene i EFs indre marked. Et sentralt virkemiddel for å opprette et indre marked innenfor EØS er å sikre et fritt varebytte og fri bevegelse av personer, tjenester og kapital, jf. EØS-avtalen artikkel 1(2), jf. artikkel 1(1).

Innsynsretten fremstår litt upresist som en slags håndhevelsesmekanisme for allmenngjøringsinstituttet. For å vurdere innsynsretten i forhold til EØS-reglene, er det dermed nødvendig også å vurdere om den ordningen innsynsretten støtter opp om, dvs. allmenngjøringsinstituttet, er problematisk i forhold til EØS-avtalen.

Det er først og fremst regelverket om de fire friheter som vil kunne være problematisk i forhold til en innsynsrett knyttet til allmenngjøringsinstituttet. EØS-avtalen inneholder regler om såkalt fri bevegelse for varer, tjenester, personer og kapital. Jevnt over betyr dette at restriksjoner på den frie bevegelse skal opphøre, med mindre de kan rettferdiggjøres ut fra relevante allmenne hensyn. For de spørsmål som vurderes her er det først og fremst reglene om fri bevegelse for personer og fri bevegelse for tjenester som er aktuelle.

EØS-avtalens artikkel 28(1) slår fast at "[f]ri bevegelse skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene". Gjennom fri bevegelse av arbeidstakere skal et felles arbeidsmarked i EØS opprettes. For å sikre dette forbyr artikkel 28(2) "all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap ... når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår".

EØS-utvidelsesavtalen med de landene som ble EØS-medlemmer 1. mai 2004 åpner for visse overgangsordninger for fri bevegelse for arbeidstagere. Disse gjelder for den frie bevegelse for arbeidskraft, ikke fri bevegelse for tjenester. Tiltredelsesavtalene inneholder en "stand-still klausul", dvs. at det ikke kan innføres nye restriksjoner på den frie bevegelse. Innføringen av en innsynsrett for å effektivisere allmenngjøringsinstituttet vil derfor ikke kunne forankres i utvidelsesavtalens overgangsregler dersom den innebærer en restriksjon.

EØS-avtalens artikkel 28 vil komme til anvendelse der andre EØS-borgere inngår arbeidskontrakter med foretak i Norge. Den beskyttelse av arbeidstagere som allmenngjøringsloven oppstiller vil neppe kunne ses på som en restriksjon på den frie bevegelse av arbeidstagere. Muligens kan det drøftes om en innsynsrett vil kunne virke som en restriksjon, idet det kan gjøre det mindre attraktivt å søke arbeid i Norge. Samtidig kan man reise spørsmål om en generell innsynsrett kunne gjøre norske arbeidsgivere mindre tilbøyelige til å ansette arbeidskraft fra andre EØS-land. En argumentasjon der man søker å begrunne en restriksjon med at arbeidstagere gis økt

beskyttelse virker imidlertid konstruert, og vårt syn er at det er rimelig klart at den ikke vil føre frem i forhold til EØS art. 28.

Et spørsmål som kan reises i forhold til art 28 er om ordninger som gjør det mindre attraktivt for en tjenesteyter å ansette arbeidstagere fra "hjemlandet" for å utføre tjenester i en annen medlemsstat innebærer en restriksjon på den frie bevegelighet av arbeidskraft. EF-domstolen har imidlertid fastslått at arbeidstagerreglene ikke får anvendelse i en slik situasjon. Dette følger bl.a. av Sak C-113/89 *Portuguesa*, Sml. 1990 s. I-1417, der det heter at

"Forholdet er ... et andet i tilfælde ..., hvor de pågældende arbeidstagere på arbejdsgiverens foranledning midlertidigt udsendes til en anden medlemsstat for dér som led i arbejdsgiverens præstering af tjenesteydelser at udføre byggeri eller offentlige bygge - eller anlægsarbejder. Sådanne arbeidstagere vender tilbage til deres hjemland efter udførelsen af arbejdet, uden at de på noget tidspunkt kommer ind på arbejdsmarkedet i den anden medlemsstat."⁵

Da art 28 ikke vil komme til anvendelse, vil drøftelsen av allmenngjøringsloven måtte skje på bakgrunn av EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for tjenester. Det er således betydningen av reglene i allmenngjøringsloven for tjenesteytere fra andre EØS-land i forbindelse med deres tjenesteyting i Norge som vil være gjenstand for drøftelse.

EØS-avtalen art 36 regulerer den frie bevegelighet for tjenester. Bestemmelsen foreskriver at innenfor EØS "skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager". Spørsmålet er om allmenngjøringsinstituttet som sådan, herunder en eventuell innsynsrett, vil kunne utgjøre en restriksjon på adgangen til å yte tjenester i Norge, og i tilfelle om denne restriksjonen likevel vil kunne rettfærdiggjøres.

Utstasjoneringsdirektivet (96/71), slik dette er gjennomført ved arbeidsmiljøl. kap XII B, vil komme til anvendelse der EØS-borgere utstasjoneres for oppdrag i andre EØS-land. Dette direktivet pålegger medlemsstatene å innføre en viss minimumsbeskyttelse for arbeidstagere som utstasjoneres på "vertslandets" område.

Det kan argumenteres med at forslaget om innsynsrett går lenger enn det som kan forsvares i forhold til direktivet. I første rekke gjelder dette spørsmålet om forskriften er utformet så vidt selektivt at den ikke tilfredsstiller direktivets krav om allmenn gyldighet. Direktivet pålegger imidlertid medlemsstatene å yte en minimumsbeskyttelse, men regulerer ikke uttømmende hvilken adgang medlemsstatene har til å innføre ordninger om allmenngjøring, minstelønn mv. Følgelig behandles direktivet først etter at det er redegjort for hvilket spillerom som gjelder etter bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel.

⁵ Premiss 15.

5. Allmenngjøringsloven og fri bevegelse for tjenester

5.1 Nærmere om forbudet i EØS art 36

Den frie bevegelse for tjenester er fastsatt i EØS art 36, som lyder:

"Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager."

Bestemmelsen inneholder både et *diskriminerings-* og et *restriksjonsforbud*. Dersom allmenngjøringsloven direkte eller indirekte *diskriminerer* tjenesteytere på grunnlag av nasjonalitet vil loven være i strid med art 36. Loven er kun rettet mot lønns- og arbeidsvilkår som tilbys utenlandske arbeidstagere. Da loven i praksis vil være rettet mot utenlandske tjenesteytere reiser spørsmålet seg om loven diskriminerer tjenesteytere fra andre EØS-land i forhold til norske tjenesteytere.

Allmenngjøringsloven innfører ikke særlige forpliktelser for foretak fra andre EØS-land som innenlandske foretak ikke er underlagt. Lovens formål er å sikre at utenlandske arbeidsgivere som lar sine ansatte utføre tjenester i Norge underkastes de samme krav som norske arbeidsgivere i forhold til de lønns- og arbeidsvilkår de tilbyr. Loven skal m.a.o. sikre at utenlandske arbeidstagere har forpliktelser i sine ansettelsesforhold som kan sammenlignes med de forpliktelser norske arbeidsgivere er underlagt etter gjeldende regel- og avtaleverk. Loven skal således sikre like vilkår for arbeidstagere og arbeidsgivere, og innebærer ingen egentlig diskriminering av tjenesteytere fra andre EØS-land.

Det følger imidlertid av fast praksis at forbudet i EØS art. 36 ikke bare omfatter direkte og indirekte diskriminering; også ordninger som bare virker restriktivt, uten å diskriminere, er omfattet.⁶ Den grunnleggende dommen er sak C-76/90 *Säger*, Sml. 1991 s. I-4221, der EF-domstolen uttalte at den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten

"ikke blot kræver afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion - også selv om den anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater - der kan være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser."⁷

Dette utgangspunktet er presisert i EF-domstolens avgjørelse i sak 439/99 *Varemesse-saken*, Sml. 2002 s. I-305:

"Traktatens artikel [43] og [49] stiller krav om ophævelse af restriktioner for henholdsvis etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Alle foranstaltninger, som forbyder,

⁶ Jf. nærmere Sejersted m. fl: EØS-rett, Oslo 2004, s. 439.

⁷ Premiss 12. Jf. dessuten sak C-266/96 *Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl m. fl.*, Sml. 1998 s. I-3949, prem. 56.

medfører ulemper for eller gjør udøvelsen af disse friheder mindre interessant, skal betragtes som sådanne begrænsninger".⁸

Det fremgår videre av EF-domstolens avgjørelse i Sak C-165/98 *Mazzoleni og ISA*, Sml. 2001 s. I-2189 at lovgivning som medfører økte utgifter for et utenlandsk foretak i forhold til innenlandske tjenesteytere vil være i strid med art 36:

"Anvendelsen af værtsmedlemsstatens nationale lovgivning på tjenesteydere kan i denne forbindelse være til hinder for, indebære ulemper for eller gøre disse tjenesteydelser mindre tiltrækkende, i det omfang denne lovgivning medfører udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger."⁹

Fra forbudet mot restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester finnes det to unntaksmuligheter; en lovfestet og en ulovfestet. Tiltak som direkte eller indirekte virker diskriminerende kan bare opprettholdes under den relativt snevre unntaksbestemmelsen i EØS art 39, jf. 33. Disse bestemmelsene omfatter hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen. Ordninger som ikke virker diskriminerende, kan derimot også opprettholdes i medhold av den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Denne unntaksmuligheten går igjen ved andre av de fire friheter.

Konseptet allmenne hensyn er relativt vidt.¹⁰ Det er alminnelig antatt at økonomiske hensyn og rene forvaltningsmessige hensyn ikke kan anføres som relevante allmenne hensyn. Derimot vil hensyn som beskyttelse av arbeidstagere, forbrukere, miljøpolitikk og trafikksikkerhet være relevante. Et godt eksempel på strukturen i vurderingen gir EFTA-domstolens nylig avsagte rådgivende uttalelse om det norske forbudet mot alkoholareklame.¹¹

Enhver restriksjon vil være underlagt proporsjonalitetsprinsippet, dvs. at den ikke må gå lenger enn det som er strengt nødvendig for å ivareta det relevante hensynet. Erfaringsmessig er det mange ordninger som i utgangpunktet ivaretar relevante hensyn som møter problemer under dette vilkåret, rett og slett fordi det ikke er foretatt noen vurdering av om det aktuelle hensynet kan ivaretas på en måte som virker mindre inngripende på retten til fri bevegelse for tjenester.

5.2 Allmenngjøring en restriksjon?

Under fri bevegelse for tjenester vil innføringen av en innsynsrett reise spørsmålet om den innebærer en restriksjon på den frihet foretak fra et EØS-land har til å tilby og utføre tjenester i andre EØS-land. Spørsmålet er om innsynsretten gjør det mindre attraktivt å operere i Norge, og dette på en måte som kvalifiserer som en restriksjon i EØS-rettslig forstand.

⁸ Premiss 22. Se også Sml. 2002 s. I-8923, *Payroll Dataservices*, Sml. 1995 s. I-4165, *Gebhard* og Sml. 2001 s. I-837, *Grandvision*.

⁹ Premiss 24.

¹⁰ Jf. her oppstillingen i EØS-rett, s. 451.

¹¹ Sak E-4/04 *Pedicel AS v Sosial- og helsedirektoratet*, dom av 25. februar 2005, http://www.eftacourt.lu/pdf/E_4_04Decision-N.pdf, prem. 48-58.

Da en eventuell innsynsrett vil være et virkemiddel for å sikre en effektiv implementering av allmenngjøringsvedtak, må imidlertid forenligheten av allmenngjøringsinstituttet med EØS art 36 vurderes før innsynsretten vurderes i forhold til den samme bestemmelse. Det mest grunnleggende er således spørsmålet om selve allmenngjøringsordningen utgjør en restriksjon på den frie bevegelse. Hvis så er tilfelle, oppstår spørsmålet om ordningen *likevel vil kunne opprettholdes* ut fra unntakene i EØS-retten. Herunder må det vurderes om de enkelte forskriftene om allmenngjøring vil kunne anses som restriksjoner, slik at den enkelte forskriften i tilfelle vil måtte vurderes i forhold til tvingende allmenne hensyn og proporsjonalitetsprinsippet.

EF-domstolen har ved flere anledninger slått fast at medlemsstatene lovlig kan operere med minstelønnsordninger uten at dette kommer i konflikt med Traktaten. I en ganske fersk avgjørelse, sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* av 14. april 2005, som gjaldt Tysklands implementering av utstasjoneringsdirektivet, påpeker Domstolen at

"Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som præsterer en tjenesteydelse på den første medlemsstats område, at betale sine arbejdstagere den mindsteløn, der er fastsat i denne stats nationale bestemmelser. Anvendelsen af sådanne bestemmelser skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, nemlig at beskytte udstationerede ansatte, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde dette formål."¹²

Det prinsipielle spørsmålet – som har særlig betydning for vurderingen av allmenngjøringsloven – er hvorledes dette er begrunnet, dvs. om minstelønnsordninger overhodet ikke omfattes av Traktatens regler, eller om de er omfattet, men anses å kunne opprettholdes i medhold av læren om tvingende allmenne hensyn.

Utgangspunktet må være at retten til frihet fra restriksjoner må innebære at en tjenesteyter som vil yte sin tjeneste i et annet EØS-land, ikke skal underlegges nye og strengere rammevilkår enn han er underlagt i "opprinnelseslandet".

EF-domstolens praksis viser at minstelønnsordninger prinsipielt sett er omfattet av restriksjonsforbudet, og således bare lovlige så langt de er forholdsmessige og begrunnet i relevante allmenne hensyn.

I Mazzoleni formulerte Domstolen seg som følger:

"Det fremgår af fast retspraksis, at traktatens artikel 59 ikke blot kræver afskaffelse af enhver form for forskelsbehandling til skade for en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat på grundlag af

¹² Premiss 24. Saken er ennå ikke publisert i Samlingen. Domstolen viser til følgende saker: Forenede saker 62/81 og 63/81, *Seco og Desquenne & Giral*, Sml. 1982 s. 223, prem. 14, sak C-272/94, *Guiot*, Sml. 1996 s. I-1905, prem. 12, af 23.11.1999, forenede saker C-369/96 og C-376/96, *Arblade m.fl.*, Sml. 1999 s. I-8453, prem. 33, af 15.3.2001, sak C-165/98, *Mazzoleni og ISA*, Sml. 2001 s. I-2189, prem. 28 og 29, og sak C-164/99, *Portugaia Construções*, Sml. 2001 s. I-787, prem. 21. Om proporsjonalitetsvurderingen se forenede saker C-369/96 og C-376/96, *Arblade m.fl.*, Sml. 1999 s. I-8453, prem. 35, sak C-165/98 *Mazzoleni og ISA*, Sml. 2001 s. I-2189, prem. 26 og sak C-60/03 *Wolf & Müller*, Sml. 2004 s. I-9553, prem. 34.

dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion - også selv om den gælder uden forskel for såvel indenlandske tjenesteydere som tjenesteydere fra andre medlemsstater - der kan være til hinder for eller indebære ulemper for den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat, hvor denne lovligt præsterer tilsvarende tjenesteydelser, eller kan gøre denne virksomhed mindre tiltrækkende

En medlemsstat kan navnlig ikke betinge levering af tjenesteydelser på sit område af, at samtlige betingelser for etablering i landet er opfyldt, idet de bestemmelser i traktaten, som netop skal sikre den frie udveksling af tjenesteydelser, herved ville blive virkningsløse

Anvendelsen af værtsmedlemsstatens nationale lovgivning på tjenesteydere kan i denne forbindelse være til hinder for, indebære ulemper for eller gøre disse tjenesteydelser mindre tiltrækkende, i det omfang denne lovgivning medfører *udgifter samt yderligere administrative og økonomiske omkostninger*.

Den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, kan kun begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på værtsstatens område, og kun i det omfang, disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvori denne er etableret.

Anvendelsen af en medlemsstats nationale regler i forhold til tjenesteydere, som er etableret i andre medlemsstater, skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for, at formålet opfyldes."¹³

EF-domstolen går deretter mer specifikt inn på minstelønnsordninger, og uttaler (parallelt med sitatet fra traktatbruddssaken mot Tyskland ovenfor) at slike ordninger prinsipielt sett kan opprettholdes.

Bestemmelser om minstelønn vil, for et foretak hjemmehørende i et annet land, utgjøre en merbyrde i forhold til de kostnader som normalt påløper ved produksjonen av de aktuelle tjenester. Dette vil gjøre grenseoverskridende tjenesteyting mindre attraktivt. På denne måten kan det etter vår oppfatning ikke være tvilsomt at denne typen regulering i utgangspunktet må anses som en restriksjon som fanges opp av EØS art 36. Dette følger også av EF-domstolens resonneringer i de siterte saker, selv om det ikke eksplisitt sies annet enn at ordningene kan opprettholdes. Dommene viser også at EF-domstolen anser seg kompetent til å etterprøve tiltakets forholdsmessighet – noe som forutsetter at ordningen i utgangspunktet omfattes av restriksjonsforbudet.

På samme måte som ordninger med minstelønn bedømmes som restriksjoner – idet de pålegger økte kostnader forbundet med tjenesteytelse i andre EØS-land – vil en allmenngjøringsordning utgjøre en restriksjon. Det allmenngjøringsinstitutt som er etablert ved allmenngjøringsloven retter seg eksplisitt mot utenlandske tjenesteytere, og vedtak om allmenngjøring vil direkte påføre disse en økt økonomisk byrde sammenlignet med tjenesteytelse i hjemlandet. Domstolen har ikke sondret mellom minstelønnsordninger og ordninger med allmenngjøring av minstelønn fastsatt i tariffavtaler. I sak C-369/96 *Straffesak mot Arblade*, Sml. 1999 s. I-8453 uttales det således:

¹³ Sak C-165/98 *Mazzoleni og ISA*, Sml. 2001 s. I-2189, prem. 22-26 (vår uthevelse – henvisninger utelatt). Formuleringene er gjentatt i senere saker.

"For så vidt angår forpligtelsen for en arbeidsgiver, der præsterer tjenesteydelser, til at betale sine udstationerede arbejdstagere den mindsteløn, der er fastsat ved en kollektiv overenskomst, der i værtsmedlemsstaten er gældende for den udøvede virksomhed, bemærkes, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning *eller de kollektive overenskomster vedrørende mindsteløn, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet*, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbeidsgiveren er etableret, og at fællesskabsretten heller ikke opstiller noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler."¹⁴

Etter vår vurdering må Domstolens praksis på området forstås slik at minstelønns- og allmenngjøringsordninger prinsipielt sett er omfattet av restriksjonsforbudet, men at det nærmest kan oppstilles en presumsjon for at slike ordninger er lovlige ut fra læren om tvingende allmenne hensyn, jf. nærmere nedenfor. Det avgjørende blir således spørsmålet om hvilke hensyn som forfølges, og om ordningen er proporsjonal.

En nyere dom kunne muligens komplisere dette bilde noe. I forenede saker C-544 og 545/03, *Mobistar* (dom av 8. september 2005) som gjaldt avgifter ilagt mobilmaster, fant Domstolen at dette ikke utgjorde noen restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester. Resultatet er etter vår oppfatning ikke overraskende, jf. også Keckprinsippene som behandles rett nedenfor. Domstolen uttaler seg imidlertid ganske prinsipielt i sin begrunnelse, jf. følgende:

"Derimod omfatter traktatens artikkel 59 ikke foranstaltninger, hvis eneste virkning er at skabe yderligere omkostninger for den pågældende ydelse, og som påvirker leveringen af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne og levering internt i en medlemsstat på samme måde."¹⁵

Uttalelsen kan sies å stå i strid med begrunnelsen for hvorfor minstelønnsordninger utgjør restriksjoner, jf. sitat ovenfor. Etter vår oppfatning kan dommen imidlertid ikke forstås som noen kursendring i forhold til tidligere praksis.¹⁶ For det første synes resonnementet preget av at det dreier seg om avgifter i motsetning til andre restriksjoner. For det andre gjelder avgiften utbygging av mobilnett, og det har aldri vært hevdet at for eksempel auksjoner av frekvenser utgjør en restriksjon i kraft av at man må betale. For det tredje må det legges vekt på at det gjelder en enkeltuttalelse i en spesiell sak på den ene siden, og en varig og konsekvent rettspraksis på den andre. På denne bakgrunn kan vi ikke se at *Mobistar*avgjørelsen rokker ved den konklusjon som er trukket ovenfor.

Det kunne vært hevdet at en regulering av minstelønn/allmenngjøring må anses som en regulering av vilkårene for å yte tjenester på markedet, mens tiltaket ikke regulerer selve adgangen til markedet. I tilfelle spørres det om reguleringen kan sies å falle utenfor restriksjonsforbudet etter en analogi med den såkalte Keck-doktrinen under varereglene. Det må imidlertid fremheves at Domstolen ikke eksplisitt har akseptert at Keck-doktrinen gjelder i forhold til tjenestereglene. I praksis har EF-domstolen heller ikke gått inn på et slikt resonnement ved vurderingen av minstelønn. Etter vår oppfatning må restriksjonens lovlighet dermed reguleres av læren om tvingende allmenne hensyn samt utstasjoneringsdirektivet.

¹⁴ Premiss 41. (Vår uthevelse).

¹⁵ Premiss 31. Dommen er ennå ikke publisert i Samlingen.

¹⁶ Dommen er også bare avsagt i avdeling på fem dommere.

5.3 Kan allmenngjøring begrunnes i et tvingende allment hensyn?

5.3.1 *Oversikt*

Restriksjoner på utvekslingen av tjenester mellom avtalepartene i EØS, kan kun begrenses dersom det foreligger "tvingende allmenne hensyn". Dette følger av EF-domstolens praksis, se for eksempel på vårt område sak C-165/98 *Mazzoleni og ISA*, Sml. 2001 s. I-2189:

"Den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, kan kun begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på værtsstatens område, og kun i det omfang, disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvori denne er etableret".¹⁷

Det følger av fast rettspraksis at en beskyttelse av arbeidstagere gjennom krav om minstelønn kvalifiserer som et relevant allment hensyn, og at de regler eller avtaler som stiller krav til minstelønn kan gis anvendelse på tjenesteytere fra andre medlemsstater. I sak C-165/98 *Mazzoleni*, Sml. 2001 s. I-2189 fremhevet EF-domstolen således at

"Blandt de tvingende almene hensyn, Domstolen allerede har anerkendt, er beskyttelsen af arbeidstagere

For så vidt mere specifikt angår nationale bestemmelser om mindsteløn, som de i hovedsagen omhandlede, fremgår det af Domstolens praksis, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne lader deres lovgivning eller de kollektive overenskomster vedrørende mindsteløn, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet, gælde for alle, som udøver en lønnet beskæftigelse, herunder af midlertidig karakter, på deres områder, uanset i hvilken medlemsstat arbejdsgiveren er etableret Det følger heraf, at bestemmelser i en medlemsstats lovgivning eller kollektive overenskomster, der garanterer en mindsteløn, som udgangspunkt kan anvendes over for arbejdsgivere, der udfører tjenesteydelser på den pågældende stats område, uanset hvilket land de er etableret i

Det følger heraf, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som præsterer en tjenesteydelse på den første medlemsstats område, at betale sine arbeidstagere den mindsteløn, der er fastsat i denne stats nationale bestemmelser."¹⁸

Domstolens praksis gir således uttrykk for at restriksjoner på den frie bevegelighet, også i kraft av minstelønn, lovlig vil kunne opprettholdes i medhold av hensynet til arbeidstagerne. EØS-retten vil imidlertid foreta en nærmere etterprøving av tiltakets proporsjonalitet. I dette inngår både en vurdering av tiltakets egnethet til å oppnå nevnte formål, men også spørsmålet om tiltaket har andre virkninger som ikke er forenlige med EØS-avtalen, typisk proteksjonisme. Status kan oppsummeres som følger:

"det fremgår af fast retspraksis, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger en virksomhed, der er etableret i en anden medlemsstat, og som præsterer en tjenesteydelse på den første medlemsstats område, at betale sine arbeidstagere den mindsteløn, der er fastsat i denne stats nationale

¹⁷ Premiss 25.

¹⁸ Premiss 22-24 (henvisninger utelatt). Også disse formuleringene fra *Mazzoleni* saken er gjentatt i senere praksis på området, jf. senest sak C-341/02 *Kommisjonen v Tyskland*, ennå ikke i *Samlingen*, prem. 24.

bestemmelser. Anvendelsen af sådanne bestemmelser skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, nemlig at *beskytte udstationerede ansatte*, og må ikke gå ud over, hvad der er *nødvendigt* for at opfylde dette formål." ¹⁹

Det er etter dette flere aspekter ved allmenngjøringsloven som må undersøkes nærmere med henblikk på disse kriteriene. For det første kan det reises spørsmål om loven kan sies å forfølge et *lovlig formål*. For det andre kan det settes spørsmålstegn ved *utformingen* av instituttet.

I det følgende vurderes først om loven ivaretar et lovlig hensyn. På dette punkt fokuseres det på lovens formål. Deretter vurderer vi om Tariffnemndas kompetanse åpner for at det under praktiseringen av loven kan legges vekt på ulovlige hensyn, og hvilke EØS-rettslige konsekvenser dette har. Videre drøftes allmenngjøringsloven i forhold til vilkåret om at en restriksjon skal ha generell anvendelse. Vurderingen av lovens forholdsmessighet mht. å ivareta *relevante hensyn* tas opp løpende. Dette idet det er en nær sammenheng mellom vurderingen av om loven ivaretar relevante hensyn på en proporsjonal måte og vurderingen av om loven også åpner for at andre hensyn kan ivaretas. Poenget er at allmenngjøring for eksempel ved å ivareta ulovlige hensyn (eksempelvis likelønn) riktignok *samtidig* ivaretar lovlige hensyn (sosial beskyttelse), men på en uproporsjonal måte.

5.3.2 *Ivaretar allmenngjøringsloven etter sitt formål relevante hensyn?*

Utgangspunktet er som vist ovenfor at beskyttelse av arbeidstagere prinsipielt sett godtas som et relevant hensyn. I sak C-49/98, *Finalarte*, Sml. 2001 s. I-7831 viste Domstolen til at den nasjonale domstolen måtte "tage stilling til, om den i hovedsagerne omhandlede lovgivning objektivt set fremmer beskyttelsen af udstationerede arbeidstagere." ²⁰ I denne forbindelse må det undersøkes om

"de pågældende bestemmelser yder de berørte arbeidstagere en egentlig fordel, som væsentligt bidrager til deres sociale beskyttelse. I den forbindelse kan lovgivers erklærede hensigt føre til en mere indgående undersøgelse af de fordele, som arbeidstagerne angiveligt tildeles ved de trufne foranstaltninger." ²¹

Derimot er det klart at hensynet til å beskytte innenlandsk næringsliv, og i det hele tatt innenlandske økonomiske interesser, ikke vil kunne forsvare restriksjoner på den frie bevegelse. Dette har bl.a. kommet til uttrykk i *Portugaia*:

"Ifølge fast retspraksis kan foranstaltninger, som udgør hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser, ikke begrundes i formål af økonomisk art såsom beskyttelsen af nationale virksomheder...." ²²

¹⁹ Dom av 14. april 2005 i sak C-341/02 Kommisjonen v Tyskland, ennå ikke i Samlingen, prem. 24 (vår uthevelse), jf. dessuten sak C-445/03 Kommisjonen v Luxembourg, Sml. 2004 s. I-10191, prem. 29.

²⁰ Premiss 41.

²¹ Premiss 42.

²² Sak C-164/99 Portugaia, Sml. 2002 s. I-787, prem. 26.

Det er opp mot disse utgangspunktene at allmenngjøringslovens formål vil måtte vurderes.

Lovens formålsbestemmelse lyder:

"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 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."

Formålsbestemmelsen ble tatt inn ved Stortingsbehandlingen. I tillegg til de hensyn som nevnes i § 1-1, henviser lovens opprinnelige forarbeider til hensynet til å hindre konkurransevriddinger for norske foretak og arbeidstagere.²³ Forarbeidene til endringene fra 2004 gjentar dette:

"Allmenngjøringslovens formål er å forhindre at utenlandske arbeidstakere tilbys lønns- og arbeidsvilkår som er påviselig dårligere enn det som følger av norsk tariffavtaler og samtidig unngå uheldig konkurransevriddinger for virksomheter med norske arbeidstakere".²⁴

Konkurransehensynet er et klart ulovlig hensyn, og vil ikke kunne begrunne en restriksjon.

En vurdering av lovgivers uttrykte hensikt vil imidlertid ikke nødvendigvis være avgjørende, i betydningen at enhver ulovlig hensikt vil lede til at loven anses EØS-stridig. I praksis er det lagt til grunn at det også vil måtte tas hensyn til lovens eller ordningens *virknings*. I sak C-164/99, *Portugaia* sies dette som følger:

"Det påhviler ... de nationale myndigheder, eller i påkommende tilfælde domstolene i værtsmedlemsstaten, før de anvender bestemmelserne om mindsteløn på tjenesteydere, der er etableret i en anden medlemsstat, at fastslå, om disse bestemmelser rent faktisk forfølger et alment hensyn under anvendelse af egnede midler.

...

I så henseende bemærkes, at lovgivers hensigt, som denne kommer til udtryk i motiverne til en lov, kan udgøre et indicium for det med loven forfulgte formål, men dog ikke er afgørende..."²⁵

Det fremgår at lovgivers hensikt ikke alene er avgjørende for vurderingen av om de hensyn som anføres kan begrunne en restriksjon. Det sentrale iht. EF-domstolen er om ordningen reelt sett innebærer en relevant merbeskyttelse for arbeidstagere. Således vil det være ordningens utforming og virkemåte som er avgjørende i forhold til EØS-retten.

I inneværende avsnitt vurderer vi således det prinsipielle valget av virkemiddel. Deretter vurderes om det ved praktiseringen av loven åpnes for at det tas ulovlige hensyn.

EF-domstolens presisering i sak C-49/98, *Finalarte* om at bestemmelsene vesentlig må bidra til arbeidstagerens "sosiale beskyttelse" tyder på at en minstelønnsordning må være

²³ Ot. prp. nr. 26 (1992-93), s. 22 samt Innst. O. nr. 98 (1992-93) s. 7.

²⁴ Ot. prp. nr. 77 (2003-2004), s. 16.

²⁵ Premissene 24 og 27 (henvisninger utelatt).

begrunnet i sosiale hensyn for at den skal kunne begrunnes i forhold til læren om tvingende allmenne hensyn. For at en minstelønnsordning skal være begrunnet i sosiale hensyn må den ta utgangspunkt i det minimumsnivå lønnen må ligge på for at lønnen skal sikre arbeidstagerne mot utbytting og dekke utgiftene til nødvendig livsopphold. Spørsmålet blir om allmenngjøringsloven i praksis tjener til å ivareta arbeidstagernes "sosiale beskyttelse", eller om den fremmer andre hensyn.

Allmenngjøringsloven skal sikre utenlandske arbeidstagere "likeverdige" lønns- og arbeidsvilkår i forhold til norske arbeidstagere. Allmenngjøringsloven sikrer utenlandske arbeidstagere minstelønn og setter en minstestandard for øvrige arbeidsvilkår, i den forstand at et vedtak om allmenngjøring pålegger utenlandske tjenesteytere å gi vilkårene i landsdekkende tariffavtaler anvendelse i forhold til sine ansatte. Det kan legges til grunn at vilkårene i landsdekkende tariffavtaler vil sikre utenlandske arbeidstagere en minstelønn som gir arbeidstagerne en tilstrekkelig "social beskyttelse" til at ordningen kan begrunnes i allmenne hensyn. Arbeidstagerne sikres mot utbytting og sikres en inntekt som gjør at de kan opprettholde en akseptabel levestandard.

Lønnsnivået i Norge ligger gjennomgående over det minstenivå som er nødvendig for å sikre arbeidstagerne dekning av nødvendige utgifter til livsopphold. Tariffavtalene har bidratt til at lønnsnivået er sosialt akseptabelt. Lønns- og arbeidsvilkårene i de landsdekkende tariffavtalene er allikevel ikke fastsatt på bakgrunn av sosiale hensyn, men i forbindelse med lønnskampen i samfunnet. Dersom lønnsnivået i tariffavtalene ligger over det som er nødvendig for å gi arbeidstagerne den nødvendige "sosiale beskyttelse", vil lønnsnivået ikke kunne begrunnes i sosiale hensyn alene. Lønnsnivået reflekterer de motstående hensyn som gjør seg gjeldende i lønnskampen, og er et kompromiss mellom disse hensyn. Når allmenngjøringsloven bruker tariffavtalene som referanseramme for å sikre utenlandske arbeidstagere "likeverdige" lønns- og arbeidsvilkår, vil arbeidstagerne sikres mer enn det som er nødvendig for deres "sosiale beskyttelse". "Likeverdig" lønn vil da ikke bare sikre en verdig lønn basert på sosiale hensyn, men likelønn. Hensynet til likelønn er et annet enn hensynet til en "verdig" lønn. Likelønn er basert på hensynet til et retteferdig og rimelig lønssystem, hensyn som går lenger enn å sikre sosiale hensyn. I den grad allmenngjøringsloven ivaretar hensynet til likelønn m.v. vil loven gå lenger enn å ivareta hensynet til arbeidstagernes "sosiale beskyttelse".²⁶

Selv om de avgjørelser der EF-domstolen har vurdert minstelønnsordninger synes å forutsette at disse må begrunnes i sosiale hensyn, har EF-domstolen gitt medlemsstatene et spillerom m.h.t. hvordan de sosiale hensyn ivaretas. Således har EF-domstolen uttrykkelig anerkjent både lovregler om minstelønn og at kollektive avtaler om minstelønn gis generell anvendelse som virkemidler for å sikre et sosialt akseptabelt lønnsnivå, se for eksempel EF-domstolens uttalelse i sak C-165/98 *Mazzoleni og ISA*, Sml. 2001 s. I-2189 sitert i avsnitt 2.2.3.1. Når EF-domstolen anerkjenner "kollektive overenskomster" som et virkemiddel for å sikre minstelønn, må det nok åpnes for at også minstelønn i tariffavtaler som overstiger det absolutte minimum for et nødvendig

²⁶ At lovfestet minstelønn og tariffestet minstelønn fastsettes ut fra ganske forskjellige kriterier og mekanismer påpekes også i FAFO-notat 2005:13 Lislemoen/Stokke: *Lovfestet minstelønn i Norge?*, se bl.a. s. 13.

livsopphold vil anerkjennes. Friheten m.h.t. valg av virkemiddel gir m.a.o. et visst spillerom i forhold til det nivå en minstelønnsordning legger seg på. Dersom avviket i forhold til hva som er et nødvendig minstelønnsnivå for å sikre arbeidstagernes "sociale beskyttelse" vil virkemiddelet allikevel kunne være uproporsjonalt, se avsnitt 3.2.3.4.

Verken allmenngjøringsloven eller forarbeidene sonderer mellom sosiale hensyn som kan begrunne en minstelønn og de hensyn som begrunner en likelønn for lønninger som ligger over minimumsnivået. Det er derfor ikke klare holdepunkter for å si at allmenngjøringsloven er begrunnet i andre hensyn enn sosiale hensyn. Det er derfor ikke tilstrekkelig grunnlag for å slå fast at lovgivers intensjoner slik disse fremgår av § 1-1, går lenger enn de hensyn EF-domstolen har åpnet for at kan begrunne minstelønnsordninger, særlig tatt i betraktning at EF-domstolen har gitt medlemsstatene et spillerom m.h.t. valg av virkemiddel. Derimot er det på det rene at lovgivers *hensikter* slik disse kommer til uttrykk i forarbeidene, klart gir uttrykk for at loven forfølger ulovlige hensyn.

At realiseringen av et lovlig formål også kan ha andre sidevirkninger som består i ulovlige hensyn, vil heller ikke utelukke at tiltaket kan anses som lovlig. I Portugaia uttalte Generaladvokat Mischo at restriksjonsforbudet måtte fortolkes slik at

"en national regulering, som udvider de bestemmelser om mindsteløn, der er fastsat i kollektive overenskomster i byggebranchen, som er erklæret for almindeligt gældende, til at omfatte udenlandske tjenesteydere og disses udstationerede arbeidstagere, er begrundet ud fra tvingende hensyn til arbeidstagernes sociale beskyttelse, også selv om reguleringen desuden har andre formål."²⁷

Dette betyr at proporsjonalitetsvurderingen vil være avgjørende, når virkningene av allmenngjøringsloven bedømmes EØS-rettslig.

5.3.3 Åpner loven for at det tas ulovlige hensyn?

Den sentrale bestemmelse om Tariffnemndas kompetanse finnes i loven § 3.

"Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje, med de begrensninger som følger av kap. XII B i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven). Vilåret er at krav om slik allmenngjøring er fremsatt av en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon som er part i avtalen og har innstillingsrett etter lov av 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister § 11 nr. 1. Bare slike organisasjoner kan kreve at nemnda realitetsbehandler et krav om allmenngjøring.

Vedtak om allmenngjøring etter første ledd kan bare gjelde de deler av tariffavtalen som regulerer de enkelte arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår. I særlige tilfeller kan Tariffnemnda fastsette andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som følger av tariffavtalen.

Tariffnemnda kan av eget tiltak treffe vedtak som nevnt i første og annet ledd dersom allmenne hensyn krever slik regulering.

²⁷ Forslag til avgjørelse i sak C-164/99 Portugaia, Sml. 2002 s. I-787, avsnitt 61.

I tillegg til de opplysninger som er nevnt i forvaltningsloven § 38 første ledd bokstavene a og b, skal nemndas vedtak inneholde:

- a) en nærmere angivelse av de tariffavtalebestemmelser som gjøres allmenngyldige og de bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår som fastsettes i medhold av annet eller tredje ledd foran,
- b) bestemmelser om tidspunktet for vedtakets ikrafttreden.

De lønns- og arbeidsvilkår som er fastsatt i Tariffnemndas vedtak, skal gjelde som ufravikelige minstevilkår i arbeidsforholdet mellom en arbeidstaker som omfattes av vedtaket og dennes arbeidsgiver."

Den frihet Tariffnemnda er gitt m.h.t. om det skal treffes vedtak om allmenngjøring, hvor omfattende allmenngjøringen skal være og hvilke vilkår i tariffavtalene som allmenngjøres, reiser spørsmålet om allmenngjøringsloven gjennom Tariffnemndas praktisering kan ha virkninger som går ut over det som er nødvendig for å ivareta hensynet til den "sosiale beskyttelse" av arbeidstagere. EØS-rettslig er problemet at Tariffnemndas kompetanse går lenger enn det som er nødvendig for å sikre sosial beskyttelse. I det videre vil vi drøfte om loven åpner for at avgjørelser om allmenngjøring kan bygge på hensyn som ikke er relevante under EØS-retten, slik at den vide kompetanse Tariffnemnda er gitt kan få til virkning at andre hensyn enn sosiale hensyn vektlegges ved vedtak om allmenngjøring etter § 3.

Dersom lønningene er over hjemlandets ordninger for minstelønn, eventuelt er lønninger som etter lønnsstandarden i hjemlandet er ordninger som sikrer en akseptabel levestandard, kan det stilles spørsmål ved om allmenngjøringsinstituttet ivaretar de sosiale hensyn en minstelønnsordning kan ivareta. Referanserammen for vurderingen er allikevel ikke hjemlandet, men de utgifter de har til livsopphold i Norge når de er her. Kostnadene forbundet med å bo i Norge er høyere enn i mange andre land i Europa, og terskelverdiene for hva som er en akseptabel minstelønn vil av den grunn være høyere i Norge enn i mange andre land.

Et annet spørsmål er om tariffavtalene fastsetter regler for minstelønn som må antas å reflektere nivået for den minstelønn en arbeidstager må ha for å kunne opprettholde en akseptabel livsstandard, eller om minstelønnene i tariffavtalene er satt høyere enn sosiale hensyn tilsier. Et godt utgangspunkt for vurderingen av hvor stor en inntekt må være for at den skal gi grunnlag for et akseptabelt livsopphold, er UDIs retningslinjer for hvilken inntekt som er nødvendig for et akseptabelt livsopphold for arbeidstagere fra andre EØS-land.²⁸ For å ha rett til oppholdstillatelse som arbeidstaker må en person fra et annet EØS-land godtgjøre at arbeidet er reelt og/eller av et visst omfang, jf. utlendingsforskriftens § 175, 1. ledd. Ved vurderingen tas det utgangspunkt i om lønnen er tilstrekkelig til søkerens underhold. UDI anser at lønnen alltid er tilstrekkelig når den tilsvarer lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ, som tilsvarer en timelønn på ca. 86 kroner.

Etter de opplysninger vi har er minstelønningen i de fleste tariffavtaler satt høyere enn lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ, for noen bransjer betydelig høyere. For eksempel er minstelønnssatsen i riksavtalen mellom Reiselivsbedriftenes landsforening og HRAF og

²⁸ Rundskriv UDI 2002-125 OPA.

PRIFO for begynnerlønn til personer over 20 år på kr. 109,28. Minstelønnen for nyutdannede heismontører, som ligger i et ytterpunkt, er på kr. 194,54. I forskrift fastsatt av Tariffnemnda 11.10.2004 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land ble minstelønnen for faglærte satt til kr. 110,59 og for ufaglærte til kr. 105,44. I Tariffnemndas forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Oslo-regionen av 29.6.2005 ble minstelønnen for faglærte satt til kr. 126,- og for ufaglærte til kr. 115,-.

Dersom det er slik at minstelønnen i landsdekkende tariffavtaler er satt høyere enn den lønn som ut fra rent sosiale hensyn er nødvendig for å få et akseptabelt livsopphold, vil allmenngjøringsinstituttet ikke utelukkende være et virkemiddel for å sikre utenlandske arbeidstagere lønninger som dekker utgiftene til et nødvendig livsopphold. Allmenngjøringsinstituttet vil i tillegg sikre utenlandske arbeidstagere likelønn i forhold til norske arbeidstagere, og i denne sammenheng også være et virkemiddel for å sikre det generelle lønnsnivå i bransjer i Norge.

Når allmenngjøringsinstituttet har lønnsvilkårene i landsdekkende tariffavtaler som referanseramme for vurderingen av om utenlandske arbeidstagere har "påviselig dårligere" lønnsvilkår enn norske arbeidstagere, vil det ikke være sosiale hensyn som er avgjørende for fastsettelsen av den lønsmessige referanseramme. Lønsvilkårene i tariffavtalene fastsettes i lønnsforhandlinger som er en del av lønnskampen i samfunnet. 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, men et hensyn basert på likhets- og rettferdsbetraktninger. I forhold til sosiale hensyn må arbeidstagerne sikres en minimumslønn. Om alle arbeidstagere får samme lønn for likt arbeid er i forhold til de sosiale hensynene av sekundær betydning.

Allmenngjøringslovens § 3 åpner for at en tariffavtale "helt eller delvis" skal gjelde for arbeidstakere innenfor en bransje eller en del av en bransje. Dette innebærer at også bestemmelser om andre vilkår enn lønn kan allmenngjøres. I de vedtak Tariffnemnda har truffet har hele tariffavtalen blitt allmenngjort, slik at allmenngjøringen også gjelder andre arbeidsvilkår enn lønn. Også når det gjelder andre arbeidsvilkår kan det reises spørsmål om vilkårene i landsdekkende tariffavtaler går lenger enn hensynet til å sikre arbeidstagerne minimumsvilkår for å ivareta sosiale hensyn. Det er f.eks. nedfelt 37 ½ times uke i tariffavtalene. Arbeidsmiljøloven av 4.2.1977 § 46 foreskriver på sin side at arbeidstiden ikke skal overstige 40 timer pr. uke. Denne begrensningen videreføres i den nye arbeidsmiljøloven av 17.6.2005 § 10-4.²⁹ Begrensningen i antall arbeidstimer pr. uke er begrunnet i sosiale hensyn, og skal ivareta arbeidstagerens interesser i en akseptabel normalarbeidstid.³⁰

²⁹ Loven trer i kraft 1.1.2006.

³⁰ Jf. Friberg, Fougner, Holo: *Arbeidsmiljøloven* (7. utg) s. 265: "Arbeidervernlovgivningens inngrep i reguleringen av arbeidstiden var allerede fra første stund begrunnet ut fra sosiale hensyn, så som at arbeidstakeren skulle få anledning til familieliv og sosiale aktiviteter".

Minstekravene i arbeidsmiljøloven vedrørende arbeidstid m.v. er satt ut fra hensynet til arbeidstageren, og må anses å reflektere minimumsvilkår som samtidig ivaretar sosiale hensyn. Det er helt legitimt for arbeidstagerorganisasjonene å fremforhandle seg til strengere minstevilkår i landsdekkende tariffavtaler i lønnskampen. Kampen for arbeidstagernes rettigheter kan allikevel ikke sies å være begrunnet utelukkende i sosiale hensyn nå kravene settes høyere enn de lovbestemte minimumskrav. Høyere minstekrav enn de lovfastsatte kan begrunnes i lønnspolitiske hensyn, men vil ikke innebære en ivaretagelse av arbeidstagerne ut fra rene sosiale hensyn.

Når allmenngjøringsloven bruker landsdekkende tariffavtaler som referanseramme for vurderingen av når utenlandske arbeidstagere tilbys "påviselig dårligere" arbeidsvilkår, er det resultatene av lønnskampen i Norge som blir normerende etter allmenngjøringsloven. Hvilke minstevilkår sosiale hensyn tilsier bør oppstilles er ikke en eksplisitt del av den vurdering Tariffnemnda etter loven skal foreta når nemnda vurderer allmenngjøring. Da de landsdekkende tariffavtalene gjennomgående stiller strengere minstekrav i forhold til lønn og andre arbeidsvilkår enn det sosiale hensyn isolert tilsier, vil en allmenngjøring riktignok ivareta sosiale hensyn. Men en forskrift om allmenngjøring vil også ivareta arbeidstagernes interesser i lønnskampen, ved å sikre utenlandske arbeidstagere like vilkår som norske arbeidstagere. Ulikheter i kostnadene mellom utenlandske og norske tjenesteytere vil bli utjevnet gjennom et vedtak om allmenngjøring. Dersom det er et hensyn å utjevne kostnadselementer mellom norske og utenlandske tjenesteytere, noe uttalelser i forarbeidene kan tyde på, vil dette være et klart ulovlig hensyn.

Det fremgår av drøftelsen at allmenngjøringslovens målsetning om "likeverdige vilkår", jf. § 1-1, ikke kan forklares ut i fra sosiale hensyn alene, men har et sterkt innslag av lønnspolitiske hensyn. Verken hensynet til ivaretagelsen av arbeidstagernes interesser i lønnskampen eller arbeidsgivernes interesser i å utjevne kostnadsforskjeller i forhold til utenlandske konkurrenter er hensyn som er relevante ved vurderingen av om allmenngjøringsinstituttet kan begrunnes i den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. I den utstrekning allmenngjøringsloven gjennom å overlate til Tariffnemnda et diskresjonært skjønn åpner for andre hensyn enn sosiale hensyn, vil loven være et uproporsjonalt virkemiddel.

5.3.4 Selvstendig betydning av skjønnsfrihet

Det følger av kompetansebestemmelsen i allmenngjøringsloven § 3 at det ikke er noen automatikk i allmenngjøring, og at det er opp til Tariffnemnda å avgjøre om en begjæring om allmenngjøring skal tas til følge. Etter vår oppfatning er denne diskresjonen problematisk, idet den skaper en usikkerhet rundt rammevilkårene for tjenesteytere fra andre EØS-stater. I sak C-369/96 *Arblade*, Sml. 1999 s. I-8453, som gjaldt en straffesak mot et fransk foretak som hadde overtrådt belgiske bestemmelser om bl.a. minstelønn, uttalte Domstolen:

"For at der kan være grundlag for en strafferetlig forfølgning af en arbejdsgiver, der er etableret i en anden medlemsstat, for overtrædelse af de nævnte bestemmelser, skal disse imidlertid være

tilstrækkeligt præcise og tilgængelige, således at det ikke i praksis er umuligt eller urimeligt vanskelig for en sådan arbejdsgiver at få klarhed over, hvilke forpligtelser han skal overholde."³¹

Uttalelsen gir uttrykk for det mer generelle EF-rettslige utgangspunkt at ordninger som ikke gir forutberegnelighet for utenlandske tjenesteytere som ønsker å etablere seg, typisk ved at det foretas en skjønnsmessig vurdering, vil bli underkjent. I forhold til allmenngjøringsloven er det på det rene at en utenlandsk tjenesteyter ikke vil ha mulighet til fullt ut å forutse de rammevilkår som gjelder tjenesteytelsen. Poenget er at tjenesteyteren "risikerer" at tariffavtaler kan allmenngjøres for eksempel nettopp på de industrianlegg hvor tjenesten ytes. Denne usikkerheten kan sies i seg selv å skape en restriksjon på den frie bevegelse, og vil uansett være problematisk i forhold til forholdsmessighetsprinsippet.

5.3.5 Krav om generell anvendelse

Allmenngjøring kan etter forholdene gjøres gjeldende for "deler" av en bransje. I praksis betyr dette at allmenngjøring kan benyttes mer målrettet, og forskriftsvedtak fra nemnda viser at dette også skjer. Denne selektive allmenngjøringen utgjør etter vår oppfatning et ytterligere problem i forhold til reglene om fri bevegelse for tjenester, som bidrar til å forsterke virkningen av den skjønnsfrihet som nemnda besitter.

Det følger av praksis at EF-domstolen har ansett generell anvendelse som en forutsetning for å godta restriksjoner i form av typisk minstelønn under læren om tvingende allmenne hensyn. I sak C-164/99 *Portugaia*, Sml. 2002 s. I-787 heter det således at

"Det fremgår dog af fast retspraksis, at når sådanne lovbestemmelser gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagerstatens område, kan de begrundes med tvingende almene hensyn, såfremt disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret, forudsat bestemmelserne er egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet".³²

Domstolen viser her bl.a. til sak C-205/99 *Analir*, Sml. 2001 s. I-1271, som behandler spørsmålet om restriksjoner ved tjenesteytelser mer prinsipielt. Der er det lagt til grunn at:

"...den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, [kan kun] begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagermedlemsstatens område. De nationale regler må for at kunne opfylde dette begrundelseskrav være et passende middel for gennemførelsen af det tilstræbte mål og ikke gå videre end nødvendigt for at nå dette".³³

Selv om loven ikke gir adgang til å pålegge "allmenngjøring" for enkelte bedrifter, er det på det rene at nemndas praksis viser at allmenngjøring har blitt benyttet mot relativt avgrensede områder. Dette er et forhold som er problematisk i forhold til

³¹ Premiss 43.

³² Premiss 19 (vår uthevelse).

³³ Premiss 25. (henvisninger utelatt – vår uthevelse).

utstasjoneringdirektivet, jf. nedenfor. Forholdet vil imidlertid *også* være problematisk i forhold til læren om tvingende allmenne hensyn, ved at *loven vanskelig kan sies å tilfredsstille kravet om generell anvendelse*.

Når dette er sagt, vil en allmenngjøring *på bransjenivå* sannsynligvis stå seg. Selv om det kan hevdes at også dette er i strid med de relativt bastante uttalelsene i sak C-205/99 *Analir*, Sml. 2001 s. I-1271 og sak C-164/99 *Portugaia*, Sml. 2002 s. I-787 om at restriksjonen må gjelde *enhver*, vil en bransjevis allmenngjøring likevel kunne forsvares som saklig. Dette skyldes rett og slett at tariffavtaler inngås bransjevis, slik man ikke kommer utenom bransjevis regulering hvis det først aksepteres at minstelønnen sikres gjennom allmenngjøring av slike avtaler. EF-domstolen har heller ikke problematisert dette i de saker hvor spørsmål om allmenngjøring har kommet opp.

5.3.6 Allmenngjøring i andre EU-land - betydning

Det er på det rene at en rekke EU-land praktiserer allmenngjøring. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om hvorfor ikke disse ordninger har kommet i konflikt med EF-reglene om fri bevegelighet for tjenester. Nettopp de forhold som i dette avsnittet er trukket frem som avgjørende, nemlig nemndas diskresjon og mangel på klare kriterier for når allmenngjøring skal finne sted, muligheten for spesifikk allmenngjøring rettet mot deler av bransjer, samt det faktum at nemnda er partssammensatt og at loven åpner for at det tas ulovlige hensyn, er også forhold som særpreger den norske ordningen.

Evalueringsrapporten av 22. september 2005 inneholder en gjennomgang av allmenngjøringsordninger i ulike EU-land. Denne gjennomgangen viser at den norske ordningen skiller seg ut. Dette gjelder for det første mht. kriteriene for allmenngjøring, samt hvilket beslutningsorgan som er kompetent til å fatte en beslutning om allmenngjøring. I de fleste land i oversikten er det fastsatt lovbestemte vilkår for allmenngjøring, typisk knyttet til prosentvis utbredelse av tariffavtalen. Allmenngjøring vil i mange tilfeller inntre som en automatisk rettsfølge, selv om det i mange land kreves et vedtak fra besluttende organ. I rapporten uttales det om den norske ordningen at

"Det er med andre ord ingen klare paralleller til den norsk allmenngjøringslovens formål om å sikre utenlandske arbeidstakere likeverdige vilkår med norske".³⁴

Også for så vidt gjelder beslutningsorganet er det vesentlige forskjeller. I rapporten påpekes det at

"Den norske konstruksjonen, hvor tariffavtalens parter skal være representert i selve beslutningsorganet, ser ut til å være unik".

I flertallet av medlemsland er det departementet som er beslutningsmyndighet. Etter vår oppfatning følger det av dette at nettopp de forhold som gjør allmenngjøringsinstituttet problematisk i forhold til EØS-avtalen, jf. drøftelsen i forrige avsnitt, er karakteristika hvor det norske instituttet skiller seg fra sammenlignbare ordninger i andre EØS-land. På

³⁴ Rapporten, s. 18.

denne bakgrunn vil argumentet om at allmenngjøring også praktiseres i andre EØS-land ikke kunne benyttes til å forsvare den særnorske ordningen i forhold til EØS-avtalen.

5.3.7 Konklusjon

Vår konklusjon er at et allmenngjøringsinstitutt prinsipielt sett kan opprettholdes i medhold av tvingende allmenne hensyn. Vi er imidlertid av den oppfatning at den norske allmenngjøringsloven ikke tilfredsstiller proporsjonalitetsprinsippet. Dels gjelder dette som følge av at allmenngjøringsloven fremmer hensyn som ikke er relevante i forhold til den domstolsskapte lære om tvingende allmenne hensyn, dels i kraft av den usikkerhet som hefter ved loven, siden Tariffnemnda kompetanse er skjønnsmessig. Videre vil muligheten til å gi allmenngjøringen spesifikk anvendelse på deler av en bransje være i strid med kravet om generell anvendelse.

5.4 Utstasjoneringsdirektivets betydning

Ovenfor har vi konkludert med at allmenngjøringsloven ikke tilfredsstiller det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. I det videre drøfter vi hvordan ordningen mer konkret forholder seg til utstasjoneringsdirektivet.

Direktivet oppstiller en minimumsbeskyttelse for arbeidstagere, som avhenger av rettstilstanden i vertslandet. Således påbyr direktivet i artikkel 3 at vertsland skal sikre utstasjonerte arbeidstagere den minimumsbeskyttelse (på visse områder) som følger enten av lov eller administrative bestemmelser, eller kollektive overenskomster "der finder generell anvendelse". I den norske gjennomføringen er dette sikret ved at en rekke av abml.'s bestemmelser får anvendelse på utstasjonerte arbeidstagere, slik at utenlandske arbeidstagere garanteres den beskyttelse som følger av disse bestemmelsene. Etter § 73M skal også tariffavtaler som er allmenngjort gis anvendelse for utenlandske tjenesteytere.

Utsstasjoneringsdirektivet kan ikke pålegge EØS-statene plikter som ikke er i samsvar med Traktaten, fordi utgangspunktet nødvendigvis må være at Traktaten ikke vil kunne fravikes gjennom direktiver. Således er det på det rene at direktivet ikke kan autorisere ordninger som ikke tilfredsstiller de generelle kravene i EØS-avtalen. Det er imidlertid på det rene at direktivet kodifiserer praksis fra EF-domstolen på området, jf. om denne ovenfor. I sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* uttaler Domstolen således at

"Denne retspraksis er blevet lovfæstet i artikel 3, stk. 1, første afsnit, litra c), i direktiv 96/71, hvorefter medlemsstaterne påser, at de i direktivet omhandlede virksomheder, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, de arbejds- og ansættelsesvilkår bl.a. med hensyn til mindsteløn, herunder overtidsbetaling, som er fastsat ved bestemmelser i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres. Artikel 3, stk. 1, andet afsnit, præciserer, at begrebet 'mindsteløn' defineres 'i overensstemmelse med national lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat, på hvis område arbejdstageren er udstationeret'." ³⁵

³⁵ Premiss 25. Saken er ennå ikke publisert i Samlingen.

Direktivet kan derimot ikke anses som noen *uttømmende* regulering, i den forstand at EØS-landene uansett vil kunne opprettholde ordninger som tilfredsstiller Traktatens generelle krav, jf. avsnitt 3.2.3 ovenfor og direktivet art 3(10).

Direktivet sier videre at det ikke er til hinder for at vertslandet

"under iagttagelse af traktaten uden forskel pålægger nationale virksomheder og andre staters virksomheder:

- arbeids- og ansættelsesvilkår på andre områder end dem, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, for så vidt der er tale om grundlæggende retsprinsipper (ordre public)
- arbeids- og ansættelsesvilkår, som er fastsat i kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, jf. stk. 8, vedrørende andre aktiviteter end dem, der er omhandlet i bilaget."

Det mulige problematiske punktet i forhold til allmenngjøring, er direktivets vilkår om "generell anvendelse". I direktivet art 3(8) er dette definert som følger:

"Ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område.

Hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse, jf. første afsnit, kan medlemsstaten beslutte at lægge følgende til grund:

- de kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er alment gældende for alle tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor eller erhvervsgren, og/eller
- de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område..."

Til det siste er det også knyttet et forbehold om ikke-diskriminering.

Selv om det er abml. § 73M som utgjør den egentlige oppfyllelsen av direktivets krav om beskyttelse for utstasjonerte arbeidstagere, vil det springende punktet være om den allmenngjorte tariffavtalen kan sies å ha generell anvendelse på en slik måte at § 73M (tolket i lys av direktivet) kan gi den anvendelse for utstasjonerte arbeidstagere. Det er på det rene at allmenngjøringsloven stammer fra tiden før direktivet. Dens rolle i gjennomføringen av direktivet er utelukkende at den anses som en relevant måte å konstatere "generell anvendelse" på.

En allmenngjort tariffavtale vil ikke nødvendigvis tilfredsstille kravet til generell anvendelse etter direktivet, jf. allmenngjøringslovens henvisning til "i en bransje eller en *del av en bransje*" (vår uthevelse). Slik det ble påvist ovenfor har EF-domstolen akseptert bransjevis allmenngjøring – noe som kan forklares ut fra at tariffavtaler etter deres natur inngås bransjevis. En mer spesifikk allmenngjøring kan imidlertid ikke forankres i

Domstolens praksis – og kan vanskelig sies å være proporsjonalt i forhold til en målsetning om å sikre sosial beskyttelse.³⁶

Problemet i forhold til EØS-avtalen er etter dette at abml. § 73M åpner for anvendelse på utstasjonerte arbeidstagere av tariffavtaler som ikke nødvendigvis tilfredsstiller kravene til generell anvendelse. *Den norske beskyttelsen går dermed lenger enn – og er mer restriktiv – enn det som er autorisert i forhold til direktivet.*

På denne bakgrunn er vi av den oppfatning at det norske allmenngjøringsinstituttet jf. abml. § 73M går lenger enn det som kan opprettholdes etter utstasjoneringsdirektivet. Lovligheten må således avgjøres på bakgrunn av de generelle bestemmelsene i EØS-avtalen. Slik vi har påvist, vil imidlertid *allmenngjøringslovens* ordning ikke kunne anses som et proporsjonalt virkemiddel.

5.5 Rettsvirkninger

I inneværende avsnitt ser vi kort på hvilke virkninger de EØS-rettslige forhold som er avdekket vil ha. Mer spesifikt gjelder det

- for det første at allmenngjøringsloven delvis er i strid med EØS art. 36, som er gjennomført i norsk rett,
- for det andre at abml. § 73M utgjør en feilaktig gjennomføring av utstasjoneringsdirektivet, slik at den åpner for anvendelse av allmenngjorte tariffavtaler i større utstrekning enn det utstasjoneringsdirektivet åpner for.

EØS-avtalens hoveddel har forrang foran motstridende bestemmelser i lov, jf. EØS-loven § 2. Dette betyr at allmenngjøringsloven må settes tilside så langt den utgjør en ulovlig restriksjon på den frie bevegelighet. All den tid problemet ligger i skjønsmessig kompetanse og mulighet til å legge vekt på ulovlige hensyn, vil rettsvirkningene sannsynligvis måtte fastlegges konkret for den enkelte allmenngjøringsforskrift. Det er etter vår oppfatning klart nok at en forskrift som bygger på ulovlige hensyn ikke vil kunne opprettholdes.

Der allmenngjøringsloven og abml. § 73M er i konflikt med direktivet, dreier det seg om en konflikt mellom norsk gjennomføring og ikke-gjennomførte bestemmelser. Konflikten vil da måtte løses på bakgrunn av presumsjonsprinsippet, jf. her prinsippene nedfelt i Rt. 2000.1811 Finanger I. Dette innebærer etter vår oppfatning at abml. kap XII B vil måtte fortolkes på bakgrunn av dette prinsippet.

Prinsippene om direktivkonform tolkning og presumsjonsprinsippet tilsier en innskrenkende tolkning av § 73M. Legges det til grunn at gjennomføringsbestemmelsen for direktivet må fortolkes innskrenkende, er resultatet at det bare er tariffavtaler som tilfredsstiller kravene i direktivet som kan anses bindende i forhold til utenlandske tjenesteytere i medhold av abml. § 73M. En tariffavtale som er "allmenngjort" bare for

³⁶ Se også Henrik Bull: *Market Freedoms: Challenges to Social Security and Welfare Policy*, innlegg ved det V German-Norwegian Seminar in Law, 2.-3. September 2004 (under utgivelse).

utvalgte industrianlegg, kan således typisk ikke anses bindende i forhold til utenlandske tjenesteytere. Dette kan sies å ha en "dobbel forankring" – i anvendelsen av EØS art 36 og forrangsprinsippet, samt i en innskrenkende (og direktivkonform) fortolkning av abml. § 73M.

6. Innsynsrett

6.1 Forholdet til restriksjonsforbudet

Innføres en innsynsrett for arbeidstagerorganisasjonene som et virkemiddel for en effektiv implementering av allmenngjøringsvedtak, vil plikten til å gi tillitsvalgte innsyn i lønns- og arbeidsvilkår fremstå som en byrde for arbeidsgiverne. En begjæring om innsyn vil kreve at den aktuelle arbeidsgiver foretar seg det som er nødvendig for at innsynsretten skal kunne utøves. Mer byrdefullt vil det nok allikevel oppfattes at personer og organisasjoner som er utenforstående i forhold til forretningsdriften gis innsyn i forhold som betraktes som forretningshemmeligheter av bedriftene. For arbeidsgiverne vil en innsynsrett således fremstå som en "sten til byrden" i forbindelse med allmenngjøringsinstituttet.

Utgangspunktet er imidlertid at en håndhevelsesordning for en lovlig restriksjon vil kunne opprettholdes såfremt den tilfredsstiller proporsjonalitetskravet. Dette er også lagt til grunn i praksis, jf. sak C-369/96 *Arblade*, Sml. 1999 s. I-8453 om at "fællesskabsretten heller ikke opstiller noget forbud mod, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at sikre en overholdelse af sådanne regler."³⁷

For at den byrde en innsynsrett representerer skal ha relevans i forhold til vurderingen av allmenngjøringsinstituttet etter restriksjonsforbudet i EØS art 36, må innsynsretten forsterke allmenngjøringsinstituttets virkning som en restriksjon, eventuelt i seg selv utgjøre en restriksjon. En innsynsrett vil utgjøre en restriksjon dersom den gjør det mindre attraktivt å eksportere en tjeneste til Norge fra andre land i EØS, jf. drøftelsene i avsnitt 3.2.1 og 3.2.2.

Dersom en innsynsrett utgjør en restriksjon må det undersøkes om innsynsretten kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. I denne forbindelse må det både undersøkes om de hensyn som ligger til grunn for allmenngjøringsinstituttet vil kunne begrunne en innsynsrett, og om det er særlige hensyn ved en innsynsretts funksjon som kan begrunne denne.

Det synes å være to hovedalternativer for hvilken funksjon en innsynsrett kan gis.

For det første kan en innsynsrett for arbeidstagerorganisasjonene tjene til å avdekke om utenlandske arbeidsgivere opererer med "påviselig dårligere" lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av en landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. En generell innsynsrett vil ha til formål å sette parter som kan fremme krav om allmenngjøring i

³⁷ Premiss 41 i.f.

stand til å dokumentere sine krav. Innsynsretten vil utformes som en generell rett til innsyn i de lønns- og arbeidsvilkår utenlandske bedrifter tilbyr sine (utenlandske) ansatte.

For det andre kan en innsynsrett tjene til å sikre etterlevelsen av vedtak om allmenngjøring. Innsynsretten vil da gjøres avhengig av at det foreligger en forskrift om allmenngjøring, og vil bare kunne gjøres gjeldende overfor de foretak som berøres av forskriften om allmenngjøring. En slik innsynsrett må ses på bakgrunn av den adgang arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner som kan fremme krav om allmenngjøring etter § 3 har til å iverksette boikott etter § 5. En begrenset innsynsrett vil primært ha til formål å klargjøre om vilkårene for boikott er tilstede. I evalueringsrapport om allmenngjøring av tariffavtaler har Arbeids- og sosialdepartementet utarbeidet et forslag til en ny § 6 i allmenngjøringsloven som hjemler rett til innsyn i forbindelse med vedtak om allmenngjøring for arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner som kan fremme krav om allmenngjøring etter lovens § 3. I tillegg har departementet utarbeidet utkast til forskrift om rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår i virksomheter som er omfattet av et vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler.

Forslaget til ny § 6 om innsyn i allmenngjøringsloven har følgende ordlyd:

”Med det formål å avdekke om det er grunnlag for å iverksette boikott etter § 5 kan organisasjon som nevnt i § 3 be om innsyn i lønns- og arbeidsforhold for arbeidstakere som utfører arbeid i virksomheter som er omfattet av et vedtak om allmenngjøring. Departementet fastsetter nærmere regler om retten til innsyn, herunder om hvem som kan be om opplysninger, hvem som plikter å legge frem opplysninger, hvilke opplysninger som kan kreves fremlagt og hvordan fremlagte opplysninger skal behandles.”

I det videre vil vi vurdere både en generell og en begrenset innsynsrett i forhold til EØS artikkel 36.

6.2 Utgjør innsynsretten en restriksjon på den frie tjenesteutveksling?

Utgangspunktet etter EØS-retten er at kontrolltiltak som gjennomfører en lovlig restriksjon ikke på selvstendig grunnlag rammes av avtalen, forutsatt at tiltaket er proporsjonalt. Når vi ovenfor har konkludert med at gjeldende allmenngjøringsinstitutt neppe oppfyller EØS-rettens proporsjonalitetskrav, legger dette nødvendigvis også føringer på vurderingen av en innsynsrett mer generelt. Dersom allmenngjøringsinstituttet representerer en restriksjon på den frie tjenesteutveksling vil et kontrolltiltak forsterke de restriktive virkningene av allmenngjøring, forutsatt at kontrolltiltaket i seg selv innebærer en restriksjon. En innsynsrett vil virke restriktivt dersom den påfører utenlandske tjenesteytere byrder som ikke påføres norske tjenesteytere. I dette avsnittet vil vi drøfte om en innsynsrett for tillitsvalgte og arbeidstakerorganisasjonene virker restriktivt.

Dersom allmenngjøringsinstituttet ikke innebærer en ulovlig restriksjon, blir spørsmålet om en innsynsrett ville utgjort en proporsjonal måte å håndheve et *lovlig* allmenngjøringsinstitutt på. Da vi ovenfor har konkludert med at allmenngjøringsinstituttet representerer en restriksjon som rammes av EØS art 36, vil en slik drøftelse kreve visse forutsetninger om hvordan et allmenngjøringsinstitutt skal utformes for ikke å reise spørsmål i forhold til EØS art 36. Det har ikke vi noe grunnlag for å gå inn på. Vi vil imidlertid antyde at siden noe av problemet med gjeldende rett er Tariffnemndas diskresjon ville et lovlig regime mer dreid seg om å håndheve en mer presis norm. I slike tilfeller kan det settes spørsmålstegn ved proporsjonaliteten ved en løsning som reelt sett gir den ene parten en "etterforskningsfullmakt" overfor den andre.

Allmenngjøringsloven er rettet mot utenlandske arbeidstageres lønns- og arbeidsvilkår. Dersom det innføres regler om generell innsynsrett for arbeidstagerorganisasjonene og deres tillitsvalgte for å avdekke om og eventuelt dokumentere at vilkårene for allmenngjøring er til stede, vil plikten til å gi innsyn kun være rettet mot utenlandske arbeidsgivere. Konsekvensen av en generell innsynsrett vil således være at utenlandske arbeidsgivere pålegges en plikt norske arbeidsgivere ikke har.

Innsynsrettens karakter av å representere en potensiell plikt for utenlandske arbeidsgivere gjør at disse ikke kan være sikre på om en begjæring om innsyn i lønns- og arbeidsvilkår vil gjøres gjeldende i forhold til dem. En utenlandsk tjenesteyter kan ikke utelukke at en innsynsbegjæring vil bli rettet mot tjenesteyteren i forbindelse med at tjenesteyteren utfører tjenester i Norge, og vil måtte foreberede seg på å oppfylle en dokumentasjonsplikt allerede før vedkommende drar til Norge for å oppfylle en tjenestekontrakt. Innføringen av en generell innsynsrett for å avdekke om vilkårene for allmenngjøring er tilstede, krever derfor at bedrifter fra andre EØS-land ved salg av tjenester som skal utføres i Norge må bruke ressurser på å forberede begjæringer om innsyn, og på å etterkomme konkrete begjæringer om innsyn. En etterlevelse av en dokumentasjonsplikt vil neppe kreve stor ressursbruk. Det er allikevel ikke et vilkår at en handelshindring skal være av kvalifisert art for at det skal foreligge en restriksjon etter EØS art 36.³⁸ Selv om en opplysningsplikt viser seg å ikke bli aktuell vil utenlandske oppdragstakere således ha administrative og økonomiske omkostninger knyttet til en regel som gir en generell rett til innsyn til arbeidstagerorganisasjonene for å avdekke om det er grunnlag for å begjære vedtak om allmenngjøring. En generell innsynsrett vil derfor representere en restriksjon i forhold til EØS art 36.

Dersom innsynsretten først inntreffer etter at vedtak om allmenngjøring er truffet vil kostnadene forbundet med en oppfyllelse av opplysningsplikten også først inntreffe etter at vedtak er truffet. Dersom et foretak pålegges en plikt gjennom et offentligrettslig vedtak vil etterlevelsen av vedtaket representere en byrde for foretaket. Ethvert tiltak som skal sikre etterlevelsen av vedtaket vil øke den byrde vedtaket representerer. Ved vurderingen av om allmenngjøringsinstituttet i seg selv utgjør en restriksjon, må det således tas hensyn til den administrative og økonomiske ulempe de tiltak som skal sikre etterlevelse av allmenngjøringsvedtak representerer. Et kontrolltiltak som etter sin art primært vil rette seg mot utenlandske tjenesteytere som adressater for vedtak om allmenngjøring og således påfører disse en byrde norske tjenesteytere ikke har, vil forsterke den restriktive virkningen av allmenngjøringsinstituttet.

Både en generell og en begrenset innsynsrett vil således etter vår oppfatning pålegge foretak fra andre EØS-land byrder som forsterker de restriktive virkningene av allmenngjøringsinstituttet.

³⁸ Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital* s. 473.

6.3 Kan en innsynsrett begrunnes i tvingende allmenne hensyn?

6.3.1 *Innledning*

En innsynsrett skal tjene til å gjøre allmenngjøringsinstituttet mer effektivt. Innsynsretten har således ikke en begrunnelse som skiller seg fra allmenngjøringsinstituttet. Som vist ovenfor i avsnitt 3.2.3 vil allmenngjøringsinstituttet i hvert fall delvis kunne begrunnes i sosiale hensyn i forhold til den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Sosiale hensyn vil også kunne påberopes i forhold til en innsynsrett. I det videre vil vi undersøke om en innsynsrett vil være et proporsjonalt virkemiddel i forhold til de hensyn allmenngjøringsinstituttet og innsynsretten kan ivareta.

EF-domstolen har formulert proporsjonalitetsvurderingen på følgende måte:

”Vedrørende spørsmålet om, hvorvidt den omhandlede restriksjon står i rimeligt forhold til det tilstræbte mål, erindres det, at de krav, der efter fast retspraksis stilles til tjenesteydere, skal være egnet til at nå det mål, der forfølges, og ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for, at målet nås”.³⁹

Det skal relativt mye til før EF-domstolen finner at en regel ikke er egnet til å nå sitt oppgitte formål. EF-domstolen har funnet at dette kravet er tilfredsstillt med mindre regelen virker mot sin hensikt eller ikke har noen effekt.⁴⁰ Det synes klart at økt transparens m.h.t. de lønns- og arbeidsvilkår utenlandske tjenesteytere tilbyr sine ansatte vil kunne gjøre allmenngjøringsinstituttet mer effektivt. En innsynsrett vil som virkemiddel for økt transparens således bidra til å oppfylle de hensyn som begrunner allmenngjøringsinstituttet.

Spørsmålet blir etter dette om hhv. en generell og en begrenset innsynsrett går ut over det som er nødvendig for å nå målene.

6.3.2 *Er en generell innsynsrett et proporsjonalt virkemiddel?*

EF-domstolen har uttalt seg om kontrollordninger i tilknytning til bestemmelser om minstelønn. I sak C-369/96 *Arblade*, Sml. 1999 s. I-8453, var tilfellet for eksempel at arbeidsgiver var forpliktet til å utarbeide et arbeidsregulativ og føre et særskilt personalregister. Dette ble ansett som en restriksjon, idet det ville øke byrdene ved å operere i Belgia.⁴¹ Domstolen viste til at

”En sådan hindring kan kun være berettiget, hvis den er nødvendig for på effektiv og passende måde at tilgodese det tvingende almene hensyn, som den sociale beskyttelse af arbejdstagerne udgør.

En effektiv beskyttelse af arbejdstagerne i byggebranchen, bl.a. med hensyn til sikkerhed og sundhed og med hensyn til arbejdstid, kan forudsætte, at visse dokumenter holdes til rådighed på byggepladsen eller i det mindste på et sted i værtsmedlemsstaten, der er tilgængeligt og klart defineret for denne stats kontrolmyndigheder, navnlig i mangel af et organiseret system med samarbejde eller udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne, som foreskrevet i artikel 4 i direktiv 96/71.

³⁹ Premiss 45.

⁴⁰ Sejersted: *EØS-rett* s. 453.

⁴¹ Premiss 59.

Desuden kan forpligtelsen til at udfærdige og føre visse af de dokumenter, der kræves efter reglerne i værtsmedlemsstaten, på byggepladsen eller i det mindste på et tilgængeligt og klart defineret sted i denne stat - stadig i mangel af et organiseret system med samarbejde eller udveksling af oplysninger, som nævnt i præmis 61 - være den eneste egnede kontrolforanstaltning under hensyn til formålet med de nævnte regler.

De efter reglerne i henholdsvis etableringsmedlemsstaten og værtsmedlemsstaten krævede oplysninger om bl.a. arbejdsgiveren, arbejdstageren, arbejdsvilkårene og lønnen kan nemlig være så forskellige, at den kontrol, der kræves efter reglerne i værtsmedlemsstaten, ikke kan foretages på grundlag af dokumenter, der føres i overensstemmelse med etableringsmedlemsstatens regler.

Derimod kan den blotte omstændighed, at der findes visse forskelle med hensyn til form eller indhold, ikke begrunde, at der skal føres to sæt dokumenter, nemlig et, der er i overensstemmelse med etableringsmedlemsstatens regler, og et, der er i overensstemmelse med værtsmedlemsstatens regler, hvis de oplysninger, der er indeholdt i de dokumenter, som kræves efter etableringsmedlemsstatens regler, samlet er tilstrækkelige til, at der kan foretages den nødvendige kontrol i værtsmedlemsstaten."⁴²

Det essensielle i vurderingen er om tiltaket er nødvendig for å sikre overholdelsen av regelverket. I denne vurderingen legger EF-domstolen avgjørende vekt på om det finnes ordninger i opprinnelseslandet som ivaretar kontrollbehovet – og om myndighetene i vertslandet ved samarbeid med myndighetene i opprinnelseslandet kan sikre tilgang til nødvendig informasjon.

Dommen stammer fra tiden før direktivet ble implementert. Direktivets art 4 åpner for et slikt formalisert informasjonssamarbeid mellom de relevante myndighetene. Etter vår oppfatning vil en generell innsynsrett anses som et uproporsjonalt tiltak så lenge informasjon kan innhentes gjennom myndigheter i andre EØS-land.

Dette er også Kommisjonens syn. I traktatbruddssak mot Tyskland, registrert under sak C-490/04, har Kommisjonen lagt til grunn at et krav om oversettelse til tysk av arbeidskontrakt med bilag uproporsjonalt. I stevningen uttaler Kommisjonen at

"Efter Kommissionens opfattelse er kravet om oversættelse af bilag ganske vist egnet til at imødekomme et kontrolbehov for Tyskland. Med henblik på det samarbejde, der på informationsområdet er blevet tilvejebragt ved artikel 4 i udstationeringsdirektivet, er forpligtelsen til at oversætte samtlige bilag imidlertid ikke længere nødvendig og derfor for vidtgående."

Dersom en generell innsynsrett fører til at det blir avdekket et større antall tilfelle der vilkårene for allmenngjøring er til stede, vil dette selvfølgelig oppfattes som en ulempe for de tjenesteytere et allmenngjøringsvedtak retter seg mot. Dersom de hensyn som begrunner allmenngjøringsinstituttet er relevante, allmenne hensyn har tjenesteytere fra andre EØS-land ingen beskyttelsesverdig interesse i at tilfelle der vilkårene for allmenngjøring er tilstede ikke blir avdekket. Det virkemiddel som benyttes for å avdekke "påviselig dårligere" lønns- og arbeidsvilkår vil allikevel kunne stå i et misforhold til et mindre inngripende virkemiddel, dersom den gevinst som oppnås ikke er proporsjonal i forhold til den merbelastning virkemiddelet representerer for utenlandske tjenesteytere.

⁴² Op.cit., prem. 60-64.

Et naturlig utgangspunkt for proporsjonalitetsvurderingen er opplysningsplikten etter allmenngjøringslovens § 7. Etter denne bestemmelsen kan Tariffnemnda pålegge en arbeidsgiver å gi nemnda opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår dersom det er nødvendig i forbindelse med realitetsbehandlingen av krav om allmenngjøring fremsatt etter § 3. En opplysningsplikt vil bare kunne pålegges dersom det er nødvendig for å få nødvendig kjennskap til saken. En opplysningsplikt vil normalt pålegges dersom opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår ikke er gitt frivillig, da disse opplysningene vil være av sentral betydning for vedtak om allmenngjøring. Dersom et pålegg om å gi opplysninger ikke etterfølges vil dette kunne føre til straff i form av bøter, jf. § 9, 2. ledd.

Den adgang Tariffnemnda har til å pålegge et foretak om å gi opplysninger går ikke lenger enn den rett til å kreve opplysninger tilsynsorgan normalt gis for å kunne utføre sine oppgaver, se for eksempel konkurranselovens § 24. Som et virkemiddel for å føre tilsyn med et område kan en opplysningsplikt der et tilsynsorgan har grunn til å undersøke et saksforhold nærmere, neppe sies å gå lenger enn det som er nødvendig. Opplysningsplikten etter § 7 er derfor et relevant sammenligningsgrunnlag ved vurderingen av om en innsynsrett for tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjonene er et proporsjonalt virkemiddel etter den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Påfører en generell innsynsrett utenlandske tjenesteytere en større ulempe enn en opplysningsplikt etter § 7, må ulempen oppveies av fordeler som oppnås med en generell innsynsrett som ikke kan oppnås med en mindre omfattende opplysningsplikt etter § 7.

Innføringen av en generell innsynsrett vil innebære at bedriftene pålegges en mer vidtgående opplysningsplikt enn de er underlagt etter § 7 i allmenngjøringsloven. Videre vil tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjoner få mer vidtgående rett til å kreve opplysninger enn Tariffnemnda har etter § 7.

En generell innsynsrett for arbeidstagerorganisasjonene ved deres tillitsvalgte vil supplere organisasjonenes rolle som håndhevere av reglene om allmenngjøring gjennom krav om allmenngjøring, med en "etterforskningskompetanse". Uten en rett til å begjære innsyn i de lønns- og arbeidsvilkår utenlandske tjenesteytere tilbyr sine ansatte, som resulterer i en opplysningsplikt for tjenesteyterne, vil arbeidstagerorganisasjonene måtte basere seg på opplysninger som er offentlig tilgjengelige, eventuelt opplysninger som utenlandske arbeidsgivere og arbeidstagere gir frivillig når krav om allmenngjøring skal dokumenteres. Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår er normalt ikke offentlig tilgjengelig.

En generell innsynsrett som virkemiddel for å avdekke om vilkårene for å fremsette krav om allmenngjøring er tilstede, må antas å bli brukt relativt hyppig i forhold til tjenesteytere som kommer fra land innenfor EØS der lønns- og arbeidsvilkårene er mindre gunstige enn i Norge. I en situasjon der en arbeidstagerorganisasjon står fritt til å begjære innsyn i utenlandske tjenesteyteres lønns- og arbeidsforhold er det en viss risiko for at arbeidstagerorganisasjonene kontrollerer alle utenlandske tjenesteytere innenfor en bransje som en generell kontrollforanstaltning, uten at det nødvendigvis foreligger noen grunn til å anta at tjenesteyteren gir sine arbeidstagere "påviselig dårligere" lønns- og/eller arbeidsvilkår. Det er videre en viss risiko for at tillitsvalgte vil påvirke sine

organisasjoner til å iverksette kontrollundersøkelser hos utenlandske tjenesteytere som konkurrerer med de tillitsvalgte arbeidsgivere, og som gjør det bedre i konkurransen. Pålegg om opplysningsplikt etter § 7 antas å være av et mye mindre omfang enn det antall begjæringer om innsyn innføringen av en generell innsynsrett vil medføre.

En generell innsynsrett vil gi arbeidstagerorganisasjonene bedre grunnlag for å avgjøre om de skal fremme krav om allmenngjøring. Det er allikevel ikke en nødvendig forutsetning for å fremme krav om allmenngjøring at man har innsyn i de lønns- og arbeidsvilkår utenlandske tjenesteytere tilbyr sine ansatte. Utenlandske tjenesteyteres prising i markedet i forhold til norske tjenesteytere vil kunne gi indikasjoner på om tjenesteyteren har lave kostnader forbundet med den utenlandske arbeidskraft tjenesteyteren benytter. Konkurransforholdene vil således kunne gi tilstrekkelig grunnlag for å fremme krav om allmenngjøring. For utenlandske tjenesteytere vil det innebære en mindre ulempe dersom en opplysningsplikt først kan gjøres gjeldende dersom det foreligger en berettiget grunn til å anta at de tilbyr sine arbeidstagere "påviselig dårligere" vilkår enn sine norske konkurrenter.

En innsynsrett for arbeidsgiverorganisasjonene innebærer at utenlandske tjenesteytere må gi opplysninger om forhold som betraktes som bedriftshemmeligheter til organisasjoner som ikke er offentlige myndigheter. Disse organisasjonene er ikke underlagt den samme taushetsplikt som offentlige myndigheter er etter forvaltningslovens § 13. Risikoen for en større spredning av informasjon enn ved et pålegg etter § 7 taler for at det å gi tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjoner en innsynsrett er et mer inngripende virkemiddel enn der opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår kun kan begjæres av det offentlige.

Dersom tillitsvalgte kan be om innsyn hos en bedrift som konkurrerer med en medlemsbedrift, er det nærliggende at medlemsbedriften får opplysninger om konkurrentens lønns- og arbeidsvilkår. For en utenlandsk tjenesteyter vil en transparens i forhold til konkurrentene kunne representere en ulempe da opplysninger om forhold som er sensitive i forhold til en prising av tjenester tjenesteyteren tilbyr vil ha betydning for konkurransen med norske tjenesteytere. En generell innsynsrett vil føre til at konkurrenter kan få disse opplysningene også i tilfelle der vilkårene for vedtak om allmenngjøring ikke er tilstede, i forbindelse med en generell kontroll, noe som kan representere en konkurransemessig ulempe for utenlandske tjenesteytere. Dersom det representerer en merbelastning å gi opplysninger til en fagforening eller til tillitsvalgte i forhold til å gi de samme opplysningene til et offentlig organ, vil en innsynsrett for tillitsvalgte eller fagforeninger representere et uproporsjonalt virkemiddel.

6.3.3 Er en begrenset innsynsrett et proporsjonalt virkemiddel?

Etter § 8 er det Arbeidstilsynet, eventuelt Petroleumsstilsynet innenfor sitt myndighetsområde, som skal føre tilsyn med at vedtak om allmenngjøring etterleves. Den et allmenngjøringsvedtak er rettet mot har opplysningsplikt overfor den kompetente tilsynsmyndighet. Finner Arbeids- eller Petroleumsstilsynet at en allmenngjøringsforskrift er overtrådt kan dette anmeldes til politiet.

Arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjoner er gitt tvangs- og sanksjonsmidler som supplerer den offentlige håndhevingen av allmenngjøringsvedtak. Brudd på allmenngjøringsvedtak vil således kunne gi arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjoner rett til å iverksette boikott etter allmenngjøringslovens § 5, og de vil kunne reise privat straffesak etter § 9, 2. ledd.

De kontrolltiltak som innføres for å sikre etterlevelsen av Tariffnemndas vedtak må underkastes en proporsjonalitetsvurdering. I denne sammenheng må proporsjonaliteten vurderes i tre relasjoner:

- For det første om en innsynsrett er et kontrolltiltak som i seg selv er uproporsjonalt.
- For det andre om utlevering av opplysninger til private vil være undergitt de samme garantier m.h.t. beskyttelse av opplysningene som ved en offentlig kontroll.
- For det tredje om formålet med kontrolltiltaket kan tilsi en dobbelt kontroll; av tilsyn og organisasjoner. Dette må vurderes på bakgrunn av hvordan innsynsretten konkret utformes.

I vår vurdering vil vi ta utgangspunkt i utkast til forskrift om rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår som foreslås av departementet i evalueringsrapporten om allmenngjøringsloven, som er det eneste grunnlag vi har for hvordan en innsynsrett er tenkt utformet. Vi har allikevel ikke til formål å foreta en EØS-rettslig analyse av utkastet til forslag, men bruke dette til illustrasjon for vurderingen.

Det første spørsmålet kan vurderes med utgangspunkt i EF-domstolens avgjørelse i sakene 369/96 og C-376/96 *Arblade*, Sml. 1999 s. I-8453. Saken gjaldt en ordning som forpliktet utenlandske arbeidsgivere å utarbeide et eget arbeidsregulativ, til å føre et særlig personalregister og et personlig regnskap for den enkelte utstasjonerte arbeidstager for bruk i vertslandet representerte. EF-domstolen fant at ordningen representerte en restriksjon på den frie bevegelse av tjenester, da ordningen medførte et "dobbelt bokholderi" som representerte en økonomisk byrde:

"En forpliktelse som den, der gjelder efter den belgiske lovgivning, til at udfærdige og føre bestemte yderligere dokumenter i værtsmedlemsstaten medfører udgifter og yderligere administrative og økonomiske byrder for virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, således at disse virksomheder ikke i konkurrencemæssig henseende behandles på lige fod med arbejdsgivere, der er etableret i værtsmedlemsstaten".⁴³

EF-domstolen fant at sosiale hensyn kunne begrunne en restriksjon som i den omhandlede sak, forutsatt at proporsjonalitetskravet var oppfylt. Domstolen fant at dersom tjenesteyteren i hjemstaten var forpliktet til å utarbeide dokumenter som kunne sammenlignes med de som vertslandet krevde utarbeidet, kunne det ikke kreves utarbeidet et eget sett dokumenter til bruk for kontroll i vertslandet.

⁴³ Premiss 58.

En innsynsrett vil kreve at bestemte dokumenter gjøres tilgjengelig for en arbeidstager- eller arbeidsgiverorganisasjoner som krever innsyn. Utkast til forskrift om rett til allmenngjøring § 5 krever at de opplysninger det kreves innsyn i skal dokumenteres ved kopi av arbeidskontrakt eller annen skriftlig dokumentasjon som inneholder de opplysninger det begjæres innsyn i. Det er ikke noe krav at dokumentene til enhver tid finnes i Norge, et krav som antageligvis ville ha gått for langt på bakgrunn av EF-domstolens avgjørelse i sakene 369/96 og C-376/96 *Arblade*, Sml. 1999 side I-8453. Det er uklart der gjelder en frist for utlevering av opplysninger. EF-domstolen synes i sakene 369/96 og C-376/96 *Arblade*, Sml. 1999 side I-8453 å stille krav om at det settes en rimelig frist.⁴⁴

I forhold til de dokumenter som utleveres på bakgrunn av en innsynsbegjæring vil det antageligvis ikke kunne kreves at de oversettes til Norsk eller på annen måte bearbeides på en måte som gjør at de i form fremstår som tilsvarende dokumenter i Norge, jf. Ovenfor om Kommisjonens syn i stevning i sak C-490/04.

For det andre stiller proporsjonalitetskravet etter vår oppfatning krav til behandlingen av de opplysninger som det gis innsyn i. Dette er opplysninger som vil være underlagt taushetsplikt etter forvaltningslovens § 13 dersom de utlevers til et offentlig organ. Dersom private aktører gis en rett til å kreve innsyn må opplysningene underlegges tilsvarende krav til taushetsplikt for at innsynsretten ikke skal representere et uproporsjonalt kontrollinngrep. Etter utkastets § 6 kan opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår som det er gitt innsyn i kun benyttes for å avdekke om det er grunnlag for å iverksette boikott etter allmenngjøringsloven § 5. Utkastet til forskrift § 7 pålegger taushetsplikt om opplysninger det gis innsyn i, og krever at de personer som skal få eller kan få tilgang til opplysningene underskriver en erklæring om taushetsplikt. Etter utkastets § 9 kan brudd på taushetsplikten straffesanksjonerer. En slik taushetsplikt vil kunne gi tilstrekkelig beskyttelse mot uberettiget spredning til at virkemiddelet er proporsjonalt, forutsatt at kretsen av personer som gis tilgang til opplysningene er begrenset. Det fremgår ikke av forskriften at det er en noen begrensninger på hvem som kan gis innsyn i en arbeidstager- eller arbeidsgiverorganisasjon.

For det tredje vil en rett til innsyn i lønns- og arbeidsvilkår hos foretak som er omfattet av en allmenngjøringsforskrift føre til dobbelt kontroll. Innsynsretten vil være et "etterforskningsmiddel" for arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjonene som kommer i tillegg til den opplysningsplikt som foretakene har i forhold til Arbeidstilsynet eller Petroleumsstilsynet etter allmenngjøringslovens § 7. En begjæring om innsyn fra arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjonene vil m.a.o. påføre foretakene utgifter i tillegg til de utgifter de vil ha i forbindelse med oppfyllelsen av opplysningsplikten etter § 7. Dersom tillitsvalgte eller fagorganisasjoner gis en tilsvarende adgang til å be om opplysninger fra arbeidsgivere et vedtak om allmenngjøring er rettet mot, vil dette antageligvis resultere i en noe mer intensiv kontroll av om allmenngjøringsvedtak følges. Det kan allikevel ikke ses at kontrollen med oppfyllelsen av vedtak om allmenngjøring vil bli mer effektiv som følge av dette, forutsatt at det kompetente tilsyn vil foreta de kontroller som er nødvendige for å sikre etterlevelsen av vedtak fra Tariffnemnda og går

⁴⁴ Premiss 65.

til anmeldelse av de brudd som finnes etter § 9. En ordning med dobbelt kontroll vil derfor antageligvis ikke tilfredsstille proporsjonalitetskravet.

7. Innsynsrett og konkurransereglene

En bedrift priser sine varer og tjenester på bakgrunn av de kostnader bedriften har ved produksjonen av de aktuelle varer eller tjenester. Litt forenklet kan det sies at en bedrift ved prisingen av et produkt tar utgangspunkt i kostnaden ved å produsere dette produktet, og legger på en profittmargin som gir bedriften en akseptabel avkastning på investert kapital i produksjonsutstyr m.v.

Lønnskostnader er en betydelig kostnad ved de fleste typer produksjon. Ved ytelsen av tjenester vil lønnskostnadene ofte representere den vesentligste kostnaden. Dersom et foretak får innsikt i lønnskostnader og øvrige kostnader hos en konkurrent, vil dette gi foretaket en god mulighet til å forutberegne konkurrentens prispolitikk. Gis tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjoner en innsynsrett i lønns- og arbeidsvilkår hos utenlandske tjenesteytere vil de tillitsvalgte ha tilgang til konkurransesensitiv informasjon. Dersom tillitsvalgte kan få innsyn i informasjon om lønns- og arbeidsforhold hos utenlandske konkurrenter, vil de tillitsvalgte kunne ha en interesse i å bringe informasjonen inn i egen bedrift. I så fall vil en innsynsrett for arbeidstagerorganisasjonene og deres tillitsvalgte kunne påvirke konkurransen mellom norske og utenlandske tjenesteytere.

Samarbeid mellom to eller flere konkurrerende produsenter om å utveksle informasjon om forhold som direkte eller indirekte har betydning for konkurransen dem imellom vil kunne være eksponert i forhold til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS art 53(1). Utveksling av konkurransesensitiv informasjon vil også kunne rammes av det likelydende forbudet i konkurranseloven § 10(1). Dersom en innsynsrett fører til at konkurransesensitiv informasjon spres mellom konkurrenter reiser spørsmålet seg om dette vil rammes av konkurransereglene.

EFTA-domstolen drøftet i sak 8/00 *KLP* om konkurransebegrensninger knyttet til tariffavtaler mellom arbeidsgivere og arbeidstakere omfattes av EØS-avtalens artikkel 53(1). Domstolen slo fast at

”Det følger av en tolkning av bestemmelsene i EF-traktaten som helhet at avtaler inngått i forbindelse med kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere med sikte på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, etter deres art og formål må anses å falle utenfor anvendelsesområdet for artikkel 81(1) EF”.⁴⁵

EFTA-domstolen fant at de kriterier som EF-domstolen har anvendt for å definere anvendelsesområdet for EF art 81(1) må anvendes på tilsvarende måte ved vurderingen av anvendelsesområdet for EØS art 53(1), og konkluderte med at

⁴⁵ Avsnitt 36.

"Avtaler som er inngått etter kollektive forhandlinger mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, og som søker å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår må, etter sin art og sitt formål, anses å falle utenfor anvendelsesområdet for forbudet i artikkel 53(1) EØS".⁴⁶

For konkurranselovens del fremgår det uttrykkelig at loven ikke gjelder for arbeids- og ansettelsesvilkår.⁴⁷

En innsynsrett vil ikke være forankret i tariffavtaler, men eventuelle negative virkninger for konkurransen av en innsynsrett vil være et resultat av en ordning som skal forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Selv om en generell innsynsrett skulle ha negative virkninger på konkurransen vil den økte transparens gjennom tillitsvalgte i utgangspunktet ikke omfattes av konkurransereglene.

En annen sak er at det i forhold til spredningen av konkurransesensitiv informasjon kan være vanskelig å skille mellom tillitsvalgtes rolle som representanter for en arbeidstakerorganisasjon, og tillitsvalgte som representanter for de virksomheter de er ansatt i. Som et klart utgangspunkt kan tillitsvalgte ikke utveksle konkurransesensitiv informasjon i ly av at de foretar undersøkelser for å avdekke om utenlandske arbeidsgivere tilbyr sine ansatte "påviselig dårligere" lønns- og arbeidsvilkår. Ivaretar tillitsvalgte sitt eget eller andre foretaks interesser i informasjonsinnhenting, må de anses å handle på vegne av disse foretakene. Informasjonsutvekslingen vil da skje mellom foretak, og rammes av EØS art 53 og konkurranseloven § 10.

Selv om en spredning av informasjon mellom tillitsvalgte ikke rammes direkte av konkurranseloven, vil en slik informasjonsspredning kunne ha negativ innvirkning på konkurransen. Hensynet til en effektiv konkurranse er et generelt hensyn som ved innføringen av en innsynsrett eventuelt bør veies mot hensynet til at tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjonene skal gis en mer aktiv rolle som håndhevere av allmenngjøringsloven. Eventuelle virkninger på konkurransen av en generell innsynsrett bør derfor kartlegges. Dersom konkurransen påvirkes negativt av en større transparens som følge av en generell innsynsrett for tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjoner bør en slik virkning søkes unngått.

I analysene av informasjonsutveksling mellom konkurrenter i forhold til EØS art 53(1), jf. konkurranselovens § 10(1), er et sentralt spørsmål hvilken type informasjon som er gjenstand for utveksling.⁴⁸ Kommisjonen har lagt til grunn at en informasjonsutveksling mellom konkurrenter vil være eksponert i forhold til EF art 81(1) dersom den gjelder konfidensiell informasjon.

Hvilke kostnader et foretak har er normalt ikke informasjon som er offentlig tilgjengelig. Tvert imot ser foretakene det som viktig å holde egne kostnader hemmelig. Dersom et foretak får innsyn i konkurrentenes produksjonskostnader vil dette redusere usikkerheten

⁴⁶ Avsnitt 44.

⁴⁷ Dette vil antageligvis følge også av en tolkning av § 10(1) på bakgrunn av tolkningen av EØS art 53(1), jf. § 81(1).

⁴⁸ Jf. Whish: *Competition law* s. 492-493.

for foretaket m.h.t. hvilke priser konkurrentene kan forventes å operere med. Dersom de sentrale tilbyderne innenfor en bransje kjenner til hverandres priser vil dette føre til en tilnærming av prisene og redusert priskonkurranse.

En generell innsynsrett vil ikke føre til en generell transparens i markedet. En innsynsrett vil eventuelt føre til at norske tilbydere får kjennskap til kostnadene til utenlandske konkurrenter. Dersom de utenlandske konkurrentene gjennomgående har lavere kostnader vil de norske tilbyderne måtte tilby like gode eller bedre vilkår som de utenlandske tilbyderne. En redusert usikkerhet om hvilke priser utenlandske aktører kan forventes å operere med vil allikevel kunne få betydning for konkurransen, dersom dette fører til at norske tilbydere ikke setter ned prisene så mye som de hadde sett seg tvunget til dersom de ikke hadde kunnet forutse de utenlandske tilbydernes prisnivå. Norske aktører vil i så fall kunne ta markedsandeler fra utenlandske foretak ved å legge seg like under deres priser. På kort sikt vil dette gi kundene lavere priser. På lengre sikt vil det norske markedet kunne oppfattes som mindre interessant for utenlandske tilbydere med redusert konkurranse til følge.

Dersom en generell innsynsrett gir norske tilbydere innsyn i utenlandske konkurrenters kostnader, kan det således ikke utelukkes at dette vil påvirke konkurransen negativt på lengre sikt. En generell innsynsrett bør derfor eventuelt utformes slik at den informasjon som tillitsvalgte og arbeidstagerorganisasjonene får innsyn i ikke spres til de foretak de tillitsvalgte er ansatt i.

8. Vil en innsynsrett for tillitsvalgte i lønns- og arbeidsvilkår støtte mot personvern hensyn?

Opplysninger om lønns- og arbeidsforhold er opplysninger som mange betrakter som sensitive opplysninger av privat karakter. Behandling av personopplysninger reguleres av lov om behandling av personopplysninger av 14.4.2000 nr. 31 (personopplysningsloven). Loven har til formål "å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger", jf. § 1, 1. ledd. "Personopplysning" defineres i § 2 nr. 1 som "opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson". Da en innsynsrett må innebære at tillitsvalgte gis en rett til innsyn i en arbeidsgivers opplysninger om ansatte, vil en innsynsrett måtte innrettes på en slik måte at tillitsvalgte får tilgang til opplysninger om arbeidsavtalene til den enkelte ansatte. Det er ikke tvil om at dette er opplysninger som kan knyttes til enkeltpersoner, og således være å betrakte som personopplysninger etter § 2 nr. 1. Behandlingen av personopplysningene i forbindelse med en innsynsrett må derfor tilfredsstillende personopplysningslovens krav.

En annen sak er at en opplysningsplikt for arbeidsgiveren vil kunne objektiviseres, slik at det ikke er mulig å identifisere opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår for den enkelte arbeidstager. Hos arbeidstager med svært få ansatte vil det allikevel ikke være mulig å objektivisere opplysningene på en slik måte at det ikke gis informasjon om enkeltansattes vilkår. En innsynsrett vil uansett forutsette et innsyn i ubearbeidede opplysninger, m.a.o. i opplysninger knyttet til enkeltpersoner.

Etter personopplysningslovens § 6 begrenser ikke loven "lovbestemt rett til innsyn i personopplysninger". Personopplysningsloven er således ikke til hinder for at tillitsvalgte

gis en innsynsrett i personopplysninger etter allmenngjøringsloven. Derimot vil Europaparlaments- og Rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (personverndirektivet) kunne komme til anvendelse. Direktivet er en del av EØS-avtalen.⁴⁹ Personopplysningsloven tjener til gjennomføringen av personverndirektivet i norsk rett. Lovens § 6 kan imidlertid ikke fritta annen lovgivning fra de krav som stilles etter personverndirektivet. I det videre vil vi drøfte om det vil være i overensstemmelse med personverndirektivet å gi tillitsvalgte innsyn i personopplysninger relatert til lønns- og arbeidsforhold.

Definisjonen av "personopplysninger" i direktivets artikkel 2(a) omfatter, på samme måte som den tilsvarende definisjon i personopplysningsloven, opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår. At opplysninger om lønnsvilkår er å betrakte som personopplysninger ble også slått fast av EF-domstolen i sakene C-465/00, C-138/01 og C-139/01 *Rechnungshof mot Österreichischer Rundfunk*, som gjaldt den østerrikske riksrevisjonens rett til innsyn i lønnsvilkårene til ansatte hos institusjoner underlagt riskrevisjonens revisjon som tjente over et visst beløp i året.⁵⁰ Det samme må gjelde andre ansettelsesvilkår.

Personverndirektivet kommer til anvendelse på behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler og "annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inngå i et personregister", jf. artikkel 3(1). "Register med personopplysninger" defineres i artikkel 2(c) som "enhver strukturert samling af personopplysninger, der er tilgængelige efter bestemte kriterier, hvad enten denne samling er placeret centralt, decentralt eller er fordelt på et funktionsbestemt eller geografisk grundlag". Arbeidsgiveres system for oppbevaring av ansettelseskontrakter, lønningssystem m.v. vil omfattes av definisjonen av personregister.

Det følger av personverndirektivet at enhver behandling av personopplysninger skal foregå i overensstemmelse med de i artikkel 6 fastlagte "prinsipper vedrørende opplysningernes pålidelighet" og de i artikkel 7 fastlagte "prinsipper vedrørende grundlaget for behandling av opplysninger".

Artikkel 6(b) krever at medlemsstatenes lovgivning sikrer at personopplysninger kun "skal innsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål, samt at senere behandling heraf ikke må være uforenelig med disse formål". Det er videre et krav etter artikkel 6(c) at opplysningene "skal være relevante og tilstrækkelige og ikke omfatte mere end, hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil de innsamles, og til de formål, hvortil de senere behandles". I dette ligger et proporsjonalitetskrav, som innebærer at de bakenforliggende formål må kunne rettferdiggjøre en innsamling av personopplysninger, og at innsamlingen av personopplysninger må være et egnet virkemiddel for dette. Proporsjonaliteskravet i artikkel 6 utfylles av artikkel 7(c) og (e). Etter artikkel 7(c) er en innsamling av personopplysninger kun lovlig dersom "behandlingen er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som gælder for den registeransvarlige". Det er videre et krav etter artikkel 7(e) at "behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelsen af en

⁴⁹ EØS-komiteens beslutning nr. 83/1999 om endring av EØS-avtalens protokoll 37 og vedlegg XI.

⁵⁰ Premiss 64.

oppgave i samfundets interesse eller henhørende under offentlig myndighedsudøvelse, som den registeransvarlige eller en tredjemand, til hvem opplysningerne videregives, har fået pålagt”.

Direktivets artikkel 13 inneholder unntaksregler som åpner for at artikkel 6 kan fravikes. Det kan reises spørsmål om unntaksbestemmelsen i artikkel 13(1)(d) kommer til anvendelse, som åpner for unntak i forbindelse med ”en kontrol-, tilsyns- eller reguleringsoppgave, selv af midlertidig karakter, der er et led i den offentlige myndighedsudøvelse”. En innsynsrett for arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjoner vil være et virkemiddel for organisasjonene til å ivareta deres interesser i å kreve allmenngjøring. Organisasjonenes adgang til å fremsette krav om allmenngjøring er ikke en del av den offentlige myndighetsutøvelse. Organisasjonenes kontroll eller ”etterforskning” i forbindelse med fremsettelse av krav om allmenngjøring vil derfor ikke omfattes av unntaket i bokstav d. Det er videre tvilsomt om de hensyn som begrunner allmenngjøringsinstituttet er hensyn som kan berettigede unntak etter artikkel 13(1) bokstav a-c.

Spørsmålet blir etter dette om det inngrep i den enkeltes privatsfære som en innsynsrett vil representere, er i overensstemmelse med personverndirektivets artikkel 6(b) og (c) og artikkel 7(c) og (e).

EF-domstolen uttalte i sakene C-465/00, C-138/01 og C-139/01 *Rechnungshof mot Österreichischer Rundfunk*, Sml. 2003 s. I-4989 at artikkel 6 og 7, for så vidt gjaldt inngrep ”de grunnleggende frihedsrettigheder og navnlig privatlivets fred” måtte tolkes på bakgrunn av den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), nærmere bestemt artikkel 8. Dette følger av EU-traktatens artikkel 6(2), som har følgende ordlyd:

”Unionen respekterer de grunnleggende rettigheder, således som de garanteres ved [EMK], og således som de følgende af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten”.

Det følger også av formålsbetsemmelsen i personverndirektivets artikkel 1 at det skal tas hensyn til de grunnleggende menneskerettigheter:

”Medlemsstaterne sikrer i overensstemmelse med dette direktiv beskyttelsen af fysiske personers grunnleggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger”.

Selv om EØS-avtalen ikke inneholder en henvisning til de grunnleggende menneskerettigheter slik EU-traktaten gjør, synes det ukontroversielt at personverndirektivet også i EØS-retten må tolkes på bakgrunn av EMK. Avtalepartene i EØS tillegger EMK den samme betydning som medlemsstatene i EU. I norsk rett er EMK gitt gjennomslag i forhold til nasjonal rett, jf. lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.5.1999 nr 30 (menneskerettsloven) § 2 som foreskriver at EMK skal gjelde som norsk rett. Etter lovens § 3 skal bestemmelser i EMK gå foran bestemmelser i annen lovgivning ved motstrid. Dette tilsier at personopplysningsdirektivet tolkes i overensstemmelse med EMK.

EMK artikkel 8 har følgende ordlyd:

“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”.

EF-domstolen fant i sin avgjørelse i sakene C-465/00, C-138/01 og C-139/01 *Rechnungshof mot Österreichischer Rundfunk* at opplysninger om ansattes lønninger gjelder en persons ”private ... life”.⁵¹ Det samme må gjelde opplysninger om andre arbeidsvilkår.

EF-domstolen la til grunn at arbeidsgiverens lagring av lønnsopplysninger ikke i seg selv utgjør et inngrep i privatlivet. Det er videreformidlingen av opplysningene til tredjemann som eventuelt utgjør et inngrep i privatlivet som vil kunne være uforenlig med EMK artikkel 8.

Et inngrep i privatlivet er uforenlig med EMK med mindre det er “in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country”, jf. Artikkel 8(2). I følge EMDs dom av 24.11.1986 *Gillow* er et inngrep “necessary” dersom det kan begrunnes i et tvingende sosialt hensyn og står i et rimelig forhold til det legitime formål som ivaretas:

“As to the principles relevant to the assessment of the “necessity” of a given measure “in a democratic society”, reference should be made to the Court’s case-law (see, notably, the Lingens judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, pp. 25-26, paras. 39-40). The notion of necessity implies a pressing social need; in particular, the measure employed must be proportionate to the legitimate aim pursued”.⁵²

I proporsjonalitetsvurderingen må det foretas en avveining mellom de legitime samfunnshensyn og personers ”personal security and well-being”.⁵³ I vurderingen av om et innsyn er ”necessary” må det tas i betraktning at de nasjonale myndigheter har et skjønn, men dette vil avhenge av hvor alvorlig inngrepet er:

”[T]he Court recognises that the national authorities enjoy a margin of appreciation, the scope of which will depend not only on the nature of the legitimate aim pursued but also on the particular nature of the interference involved”.⁵⁴

Minstelønnsordninger som skal ivareta arbeidstagernes sosiale beskyttelse vil være begrunnet i hensyn som vil kunne rettferdiggjøre et inngrep i privatlivets fred etter EMK artikkel 8. I forhold til innføringen av en regel om innsyn for tillitsvalgte i allmenngjøringsloven vil hensyn som går lenger enn en ivaretagelse av sosiale hensyn ikke kunne begrunne inngrep i privatlivets fred i forhold til EMK artikkel 8. Det vises til vurderingen av allmenngjøringsinstituttets begrunnelse i avsnitt 3.2.3.

⁵¹ Premiss 73.

⁵² EMD dom av 24.11.1986 *Gillow*, Series A, nr. 109 § 55.

⁵³ Op.cit.

⁵⁴ EMDs dom av 26.3.1987 *Leander*, Series A, nr 116 § 59.

Det kan vanskelig sies å være nødvendig å gi private aktører en rett til å kreve innsyn i tillegg til den mulighet Tariffnemnda har til å kreve opplysninger etter allmenngjøringslovens § 7. Innkreving av opplysninger med det formål å vedta offentlige reguleringer vil offentlige myndigheter kunne ivareta alene. At Tariffnemnda ikke er gitt tilstrekkelige administrative ressurser til å foreta grundige undersøkelser knyttet til den enkelte sak er ikke noe som kan gjøre private organsisasjoners innsynsrett i personopplysninger "necessary".

I forhold til innkreving av opplysninger for å undersøke om vedtak om allmenngjøring overholdes kan det heller ikke sies å være "necessary" å gi private organisasjoner denne oppgaven ved siden av den kompetanse h.h.v. Arbeidstilsynet og Petroleumsstilsynet er gitt etter allmenngjøringslovens § 8.

Etter vår oppfatning vil det således en innsynsrett for tillitsvalgte i lønns- og arbeidsvilkår være et inngrep i privatlivets fred som ikke tilfredsstiller kravene til proporsjonalitet i personopplysningsdirektivets artikkel 6 og 7, jf. EMK artikkel 8.

9. Innsynsrett i forretningshemmeligheter – brudd med etablerte prinsipper for prosessen

Tariffnemnda er etter allmenngjøringslovens § 3 gitt offentligrettslig kompetanse til å treffe vedtak om allmenngjøring. Vedtak treffes i form av forskriftsvedtak. Fremgangsmåten ved fastsettelsen av forskrifter skiller seg fra den saksbehandling man vanligvis finner i forvaltningen ved fastsettelsen av forskrifter. Vedtak treffes i nemnda ved flertallsvedtak. Nemnda er ikke sammensatt som et nøytralt organ, jf. § 2. Fire av nemndas syv medlemmer representerer arbeidstagerinteresser (2) og arbeidsgiverinteresser (2). Nemnda har eget sekretariat, men ikke tilstrekkelig ressurser til å på egen hånd sørge for sakens opplysning. I praksis har den dokumentasjon som følger med krav om allmenngjøring vært sentralt for sakens opplysning.

Allmenngjøringsordningen innebærer at en offentlig oppnevnt nemnd vil regulere lønningene innenfor bransjer hvor lovens vilkår om vedtak om allmenngjøring er oppfylt. I Ot. prp. nr. 77 (2003-2004) påpekes det at allmenngjøringsordningen er et brudd på prinsippet om at lønnsfastsettelsen er partenes ansvar. På den annen side påpekes det at allmenngjøringsinstituttet er utformet slik at partenes interesser ivaretas:

"Slik den norske allmenngjøringsordningen er utformet, kan den likevel sies å være partenes virkemiddel; et krav om allmenngjøring må som hovedregel komme fra en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon, partene er representert i Tariffnemnda og lønns- og arbeidsvilkår i allmenngjøringsvedtak kan ha sitt grunnlag i tariffavtale".⁵⁵

Uttalelsen viser den spenning det er mellom Tariffnemndas virke som en utøver av offentlig myndighet, og nemnda som et virkemiddel for partene i lønnsdannelsen og lønnskampen. Dette spenningsforholdet forsterkes av at partene vil fremme krav om

⁵⁵ S. 18.

allmenngjøring ut fra egne partsinteresser, og at nemnda fremstår som et partssammensatt organ.

Ved vurderingen av om tillitsvalgte og/eller arbeidstagerorganisasjoner skal gis en innsynsrett i de lønns- og arbeidsvilkår utenlandske arbeidstagere er underlagt, må det skilles klart mellom allmenngjøring som et virkemiddel i lønnskampen og allmenngjøring som et offentlig inngrep i lønnsdannelsen. Allmenngjøring som virkemiddel for en arbeidstager- eller arbeidsgiverorganisasjon ivaretas og begrenses til den rett slike organisasjoner er gitt til å kreve allmenngjøring. Tariffnemnda er ikke et tvisteløsningsorgan for partene, men er et offentlig organ som er gitt forskriftskompetanse. Dersom det treffes et vedtak om allmenngjøring er det et offentligrettslig inngrep som skal sikre akseptable lønnsvilkår i Norge ut fra et videre sett av samfunnshensyn.

Det følger av allmenngjøringslovens § 6 at forvaltningsloven gjelder for Tariffnemndas behandling av saker etter allmenngjøringsloven. Forvaltningsloven gjelder også selve utøvelsen av vedtakskompetansen. Dette fremgår indirekte av § 3, 4. ledd, som stiller krav til hvilke opplysninger nemndas vedtak skal inneholde utover de krav som følger av forvaltningslovens § 38, 1. ledd, bokstav a og b. Selv om de øvrige regler i forvaltningsloven ikke uttrykkelig er gitt anvendelse, må Tariffnemnda rette seg etter allmennlige forvaltningsrettslige prinsipper ved utøvelsen av sin forskriftskompetanse.

Arbeidsgivere er i allmenngjøringsloven § 7 pålagt å gi Tariffnemnda opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår. Dette gjelder uavhengig av om arbeidsgiver er underlagt en taushetsplikt i forhold til sine ansatte. Tariffnemndas behandling av opplysningene må tilfredsstille forvaltningslovens krav. Det enkelte foretaks produksjonskostnader, derunder kostnader til lønn, vil kunne klassifiseres som forretningshemmeligheter. Det er et generelt prinsipp at forretningshemmeligheter er undergitt taushetsplikt dersom man må gi fra seg slike opplysninger til bruk i offentlig saksbehandling. Tariffnemnda og dens medlemmer er etter forvaltningslovens § 13, 1. ledd, nr. 2 underlagt taushetsplikt om forhold som er forretningshemmeligheter. Etter forvaltningsloven § 19, 1. ledd, bokstav b kan heller ikke en part begjære innsyn i opplysninger om forretningshemmeligheter. Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår som gis Tariffnemnda vil derfor være underlagt taushetsplikt.

Det er særlig fire forhold som er av betydning for en opplysning skal betraktes som forretningshemmelighet.⁵⁶ For det første stilles det ingen krav til at informasjonen skal være av en bestemt

⁵⁶ Det foreligger ingen definisjon av "forretningshemmeligheter" selv om forretningshemmeligheter gis en beskyttelse i lovgivningen, se for eksempel forvaltningslovens § 13, 1. ledd nr. 2. Den svenske lag om skydd för företagshemligheter i § 1 en definisjon av forretningshemmeligheter som er i god overensstemmelse med den definisjon som kan oppstilles i Norge:

"1 § Med företagshemlighet avses i denna lag sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.

Med information förstås både sådana uppgifter som har dokumenterats i någon form, inbegripet ritningar, modeller och andra liknande tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte har dokumenterats på något särskilt sätt."

art, at det skal gjelde "tekniske forhold" e.l. Opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår kan altså i prinsippet være en bedriftshemmelighet. For det andre må informasjonen ikke være allment kjent eller lett tilgjengelig for enhver. For det tredje må informasjonen søkes holdt hemmelig av det aktuelle foretak. Som nevnt ovenfor er opplysninger om lønnsutgifter normalt ikke opplysninger et foretak offentliggjør, men tvert i mot holder hemmelig. For det fjerde må det kunne påføre det aktuelle foretak en skade i konkurransen dersom informasjonen blir kjent. Dersom forhold av betydning for et foretaks prissetting blir kjent av en konkurrent vil denne kunne legge seg like under foretakets forventede priser og således ta foretakets kunder uten å måtte gå inn i en egentlig konkurranse om disse. Opplysninger om lønnskostnader er således forretningshemmeligheter.⁵⁷

Gis tillitsvalgte en innsynsrett i lønns- og arbeidsvilkår hos utenlandske tjenesteytere som opererer i Norge, vil ikke behandlingen av opplysningene være underkastet de samme rettssikkerhetsgarantier som de forvaltningsloven oppstiller for Tariffnemndas saksbehandling. Dersom tillitsvalgte som gis innsyn i lønns- og arbeidsvilkår pålegges en taushetsplikt i forhold til de opplysninger de gis gjennom innsynsretten vil arbeidsgiverne gis et vern mot at forretningshemmeligheter spres. En forutsetning for dette synes å være at innsynsretten begrenses, for eksempel til den arbeidstagerorganisasjon som vil ha rett til å utnevnes som et medlem i en konkret sak for tariffnemnda etter § 2. For at spredning av informasjonen skal forhindres må den videre bruk av opplysningene begrenses, for eksempel gjennom regler om sanksjoner for brudd på taushetsplikten. I praksis synes det allikevel vanskelig å kombinere en generell rett til innsyn med taushetsplikt som gir et effektivt vern for forretningshemmeligheter.

Så langt vi kjenner til finnes det i norsk rett kun et eksempel på lovgivning av offentligrettslig karakter som gir private aktører rett til å kreve opplysninger fra foretak vedrørende deres virksomhet. I miljøinformasjonsloven av 9. mai 2003 nr. 31 § 16 er "enhver" gitt en rett til å kreve innsyn i miljøinformasjon fra foretak, derunder private foretak. Ved å sikre allmennheten tilgang til miljøinformasjon skal loven gjøre det lettere for den enkelte å bidra til vern av miljøet, å verne seg selv mot helse- og miljøskade og påvirke offentlige og private beslutningstagere i miljøspørsmål, jf. § 1. Selv om loven gir en svært vid adgang for den enkelte til å be om informasjon også fra private foretak, gjør loven unntak for informasjon om "forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår", jf. § 17. Dette vil gjennomgående være informasjon som representerer forretningshemmeligheter. Dette viser at forretningshemmeligheter som kan ha betydning for konkurransen er underlagt et strengt vern mot spredning også der private aktører gis en rett til å forfølge sine interesser i lovgivning av offentligrettslig karakter.

En innsynsrett for tillitsvalgte og arbeidstakeorganisasjoner i lønns- og arbeidsvilkår vil etter dette innebærer et brudd med prinsippene for beskyttelse av forretningshemmeligheter og taushetsbelagt informasjon gis i forvaltningsprosessen.

Tariffnemnda kan gi assosiasjoner til et tvisteløsningsorgan, selv om det som presisert ovenfor er et forvaltningsorgan. Foretas allikevel en sammenligning med

⁵⁷ Også de ansatte kan ha interesse av at deres lønninger holdes hemmelig, og reglene for personvern kan sette begrensninger for adgangen til å la andre få innsyn i arbeidstageres lønns- og arbeidsvilkår, jf. drøftelsen i avsnitt 5.

tvisteløsningsprosessen for ordinære domstoler vil en løsning der den ene part gis fullt innsyn i den annens forretningshemmeligheter innebære at man fraviker etablerte prinsipper for prosessen. I denne forbindelse vises det til bestemmelsen i tvml. § 209 om bevisforbud. Bestemmelsen åpner for at slike opplysninger likevel kan gis for domstolen mot pålegg av taushetsplikt. Denne adgangen kan imidlertid ikke sammenlignes med en generell innsynsrett for arbeidstagerorganisasjonene. Denne bærer langt mer preg av "privat etterforskning". I denne forbindelse minnes det om at Tvistelovutvalget eksplisitt avviste å ta inn bestemmelser om såkalt "discovery" i den nye tvisteloven.⁵⁸ Sammenlignes innsynsretten under allmenngjøringsinstituttet med en partsdrevet domstolsprosess, vil en innsynsrett således utfordre etablerte prinsipper om behandling av forretningshemmeligheter og taushetsbelagt informasjon.

⁵⁸ NOU 2001:32 s. 460 ff.