



Fellesforbundet
Styrke og troverdighet

Kjell Asbjørn Skjærvø

Trenger vi et alternativ eller supplement til dagens allmenngjøringsordning?

Rapport til Fellesforbundet mai 2009



Kjell Asbjørn Skjærvø

Trenger vi et alternativ eller supplement til dagens
allmenngjøringsordning?

Rapport til Fellesforbundet mai 2009

Innhold

Forord s. 5

Innledning s. 6

- 1 Hvilke lønns- og arbeidsvilkår har arbeidere som arbeider på tvers av landegrensene i Europa egentlig krav på? s. 9
 - 1.1 Innledning s. 9
 - 1.2 Arbeidsstaten kan kreve at utenlandske foretak skal etterleve de lønns- og arbeidsvilkårene som gjelder i arbeidsstaten: Seco og Rush Portuguesa s. 10
 - 1.3. Men arbeidsstaten har ingen uinnskrenka adgang til å kreve sine lønns- og arbeidsvilkår etterlevd: Vander Elst og Guiot s. 13
 - 1.4 Utstasjoneringsdirektivet (1996) s. 15
 - 1.5 To "belgiske" dommer som dreide seg om lønn: Arblade og Mazzoleni s. 16
 - 1.6 Allmenngjøring "på tysk": Arbeitnehmer-Entsendegesetz og de tyske sakene s. 21
 - 1.7 Tjenestedirektivet (2006) s. 29
 - 1.8 "Arblade-testen" nok en gang s. 30
 - 1.9 Laval, Rüffert og Luxemburg – utstasjoneringsdirektivet som maksimumsdirektiv s. 32
 - 2 Allmenngjøring "på norsk" s. 40
 - 2.1 Hvordan er allmenngjøringsloven blitt til? s. 38
 - 2.1 Den norske implementeringa av utstasjoneringsdirektivet s. 45
 - 2.3 Tariffnemnda og "dokumentasjonskravet" s. 46
 - 2.4 Allmenngjøring sett fra arbeidsgivernes side s. 50
 - 3 Trenger vi et alternativ eller supplement til dagens allmenngjøringsordning? s. 64
 - 3.1 Forslaget om ei "minstelønnsordning" er ikke nytt s. 65
 - 3.2 Hva er egentlig allmenngjøring av tariffavtaler? s. 65
 - 3.3 Har den norske allmenngjøringsordninga egentlig vært særlig vellykka? s. 68
 - 3.4 Hvilket handlingsrom har vi etter Laval? s. 74
 - 3.5 Alternativer til dagens allmenngjøringsordning s. 78
- Referanser s. 84

Forord

Fellesforbundets landsmøte i 2007 vedtok at forbundet, i tillegg til å arbeide for at det blir enklere å be om allmenngjøring, skal vurdere behovet for et alternativ eller supplement til dagens allmenngjøringsordning, f. eks. lovfesta rett for partene til å gjøre minstelønnsbestemmelser gjeldende for enkeltbransjer.

Erfaringene fra de sakene som har vært til behandling i tariffnemnda etter landsmøtet har aktualisert behovet for ei sånn vurdering. Det samme har EF-domstolens domsavsigelser i sakene *Laval*, *Rüffert* og *Kommisjonen mot Luxemburg* gjort. Det er på høy tid at denne vurderinga nå blir foretatt.

Denne rapporten er skrevet på oppdrag for Fellesforbundet som et bidrag til grunnlaget for ei sånn vurdering.

Gangen i den er som følger. Først gjennomgås hvordan retten til å gjøre arbeidsstatenes lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske tjenesteytere har utvikla seg i EU. Så gjennomgås bakgrunnen for det norske allmenngjøringsinstituttet og hvordan det har endt opp med å bli blokkert av NHO, i hvert fall langt på vei. Til slutt er temaet hvordan ei alternativ ordning kan utformes sånn at den er velfungerende for utenlandske arbeidstakere, mindre omstridt og mer robust i forhold til de forpliktelser Norge har som følge av EØS-avtalen enn dagens ordning.

Andre forhold som kunne vært med (som en gjennomgang av allmenngjøringsloven og erfaringene med allmenngjøring der vi har fått vedtak) har jeg latt ligge, mest av hensyn til tida, men også av hensyn til omfanget. Med respekt for de aktuelle *fagene*, skylder jeg å gjøre oppmerksom på at jeg ikke har noen faglig bakgrunn for å skrive rapporten, og at den også er skrevet på ganske kort tid. Framstillinga blir deretter¹.

4. mai 2009

Kjell Asbjørn Skjærvø

¹ Fotnoter og referanser er heller ikke i den forfatning de egentlig burde ha vært.

Innledning

Denne rapporten legges fram en av de første dagene etter at overgangsordningene i for EØS-utvidelsen i 2004 er ugjenkallelig historie. Norske og utenlandske arbeidsgivere kan fritt ansatte arbeidere fra de nye EØS-landene til sånne lønninger som de er villig til å arbeide for, med mindre arbeidsgiveren er omfatta av tariffavtale eller tariffavtale som er allmenngjort.

Har Norge brukt overgangsperioden fornuftig? Har vi gjort det vi skal? Svaret er: både og. Myndighetene har gjort mye fornuftig. Det er nå kjent at regjeringa vil innføre ei ordning med solidaransvar for lønn. Om det blir ei ordning som vi kan bruke til noe, gjenstår å se. Men om det blir det, og utenlandske arbeidere får mulighet til virkelig å få den minstelønna de har krav på etter allmenngjøringsvedtak, så har regjeringa svært langt på vei gjort det den skal.

Men hva skal vi si om fagbevegelsen? Har vi brukt tida godt? Har vi gjort det vi skal? Svaret er fortsatt: både og. Fellesforbundet har allmenngjort Fellesoverenskomsten for byggfag for hele overenskomstens område. Forbundet har allmenngjort Verkstedoverenskomsten (VO) for skips- og verftsindustrien. Begge overenskomster er allmenngjort for petrokjemianlegg på land. Forbundet har nylig krevd allmenngjort Landbruks- og gartnerioverenskomsten for grønn sektor. Ellers er det bare EL & IT-forbundet som har allmenngjort noe.

Jeg mener ikke at ingen andre forbund har gjort noe. Mange forbund har gjort noe. Det veit jeg jo godt. Men det er bare Fellesforbundet og EL & IT-forbundet som har gjort noe *for å skaffe utenlandske arbeidere som ikke er omfatta av tariffavtale ei minstelønn.*

Og om de ikke har krav på ei minstelønn, blir virkninga av andre tiltak mot såkalt sosial dumping i kjølvannet av EØS-utvidelsen nokså begrensa. Samla sett kan vi kanskje si at vi som fagbevegelse er "litt på hæla". Vi har i byggenæringa hatt svært gode erfaringer med å *allmenngjøre tariffavtalen og organisere folka*. Det har fungert svært bra. Vi har ingen erfaringer med å allmenngjøre tariffavtalen og *ikke organisere folka*. Om det vil fungere like bra, veit vi ikke noe om, men det er ikke sikkert.

EF-domstolen har brukt tida etter EU-utvidelsen godt til sine formål. Domstolen har foretatt ei omtolking av EUs utstasjoneringdirektiv fra å være et minimumsdirektiv, der medlemsstatene har hatt en forholdsvis vid adgang til å kreve sine lønns- og

arbeidsvilkår etterlevd av utenlandske foretak, til også å være et maksimumsdirektiv, som gir en langt mer begrensa adgang til dette. Grunnen til at vi har fått Laval-dommen, er ikke at vi har fått noen østeuropeiske dommere som har lurt med seg de andre dommerne ved EF-domstolen.

Utvidelsen av EØS østover er ei djuptgripende endring i det såkalte "indre markedet" og i den europeiske kapitalistiske økonomien. Den har i ett slag gjort det vesteuropeiske tjenestemarkedet tilgjengelig for tusenvis av arbeidsgivere i øst som kan konkurrere med utgangspunkt i lavere kostnader i den staten de er etablert i. De vil gjerne bruke denne konkurransefordelen. Samtidig har det gitt arbeidsgiverne i vest en foreløpig ubegrensa adgang til såkalt "lavkostarbeidskraft" fra de nye EØS-statene. De vil gjerne ha all denne billige arbeidskrafta.

Men det går ikke uten videre an. EUs utstasjoneringdirektiv, som gir arbeidsstaten både rett og plikt til å gjøre en del av sine arbeidsvilkår gjeldende for arbeidere fra andre medlemsstater, er til hinder for det. I EU-kommisjonen, som for lengst har gått over til den nyliberalistiske leiren, blir direktivet sett på som en raritet. Østutvidelsen har satt utstasjoneringdirektivet under sterkt press. EF-domstolens virksomhet bør ses i denne sammenhengen. Den kan best forstås som et uttrykk for økonomiske og politiske endringer i Europa i kjølvannet av østutvidelsen.

Hvordan vi møter denne utviklinga i europeisk sammenheng er ei sak for seg. Det ligger utafor formålet her. Men utviklinga er alvorlig, og vi har etter mi mening ikke sett slutten på den.

I Norge har NHO brukt tida godt. Vi har i Norge en hovedorganisasjon på arbeidsgiversida som er for sosial dumping, som vil at norske bedrifter skal kunne bruke all den billige arbeidskrafta som er blitt tilgjengelig i kjølvannet på EØS-utvidelsen, og som har holdninger som til dels ligger langt til høyre for EU-kommisjonen.

NHO har ved si medlemsforening Norsk Teknologi klaga hele allmenngjøringsloven inn for ESA, og NHO har saksøkt Tariffnemnda med påstand om at allmenngjøringsforskriften for skips- og verftsindustrien er ugyldig. NHO mener at det i strid med EØS-avtalen å kreve minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalene gjort gjeldende for utenlandske utsendte arbeidstakere er. Grunnen er *at de kan klare seg med mindre*. NHO har om ikke blokkert, så i hvert fall obstruert tariffnemndas arbeid i så stor grad at det forbyr seg sjøl at vi fortsatt skal holde på med denne formen for

allmenngjøring. Det er på tide at vi begynner å se oss om etter et alternativ eller supplement til dagens allmenngjøringsordning.

Her skal jeg gå gjennom EØS-retten på området, særlig med tanke på virkninger av EF- dommene for utstasjoneringdirektivet og for mulighetene våre til å gjøre lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Dessuten stilles spørsmålet om hvorvidt direktivet, eventuelt rettspraksis, setter grenser for mulighetene til å ha et minstelønnsregime som nevnt over, eventuelt for innholdet i og utformingen av det.

Erfaringene fra Tyskland er gitt forholdsvis stor plass. Grunnen er delvis at den norske allmenngjøringsordninga i si tid visstnok var inspirert av den tyske ordninga, men særlig at den tyske allmenngjøringsordninga på nittitallet ble blokkert av den tyske arbeidsgiverorganisasjonen under omstendigheter som ligner på de vi opplever i Norge i dag.

Jeg skal ta for meg hvordan den norske allmenngjøringsordninga har blitt til og hvorvidt den har vært vellykka etter forutsetningene. Det mener jeg at den ikke har vært.

Jeg mener også at erfaringene våre sida 2004 tilsier ei helt anna tilnærming til allmenngjøring enn den Fellesforbundet sto for i 1992 og 1993. Det er ikke nødvendig av hensyn til de østeuropeiske arbeiderne at vi allmenngjør alt i tariffavtalene. Det som er viktig er at vi sikrer dem retten til ei minstelønn. Vil de ha bedre vilkår, får de organisere seg og kreve tariffavtale.

Jeg skal gjennomgå NHOs holdninger til allmenngjøringsinstituttet. Jeg gjør oppmerksom på at NHOs holdning ikke er enerådende på arbeidsgiversida. Særlig bygghåndverksforeningene i Byggenæringens Landsforening (BNL) har inntatt ei anna og mer moderne holdning.

Jeg ender da opp med et spørsmål om hvordan ei ordning kan utformes sånn at den er velfungerende for utenlandske arbeidstakere, mindre omstridt enn dagens ordning og mer robust i forhold til de forpliktelser Norge har som følge av EØS-avtalen.

Her tar jeg for meg tre alternative muligheter til å sikre utenlandske arbeidere som arbeider i Norge ei minstelønn: bransjevis minstelønnsbestemmelser mer eller mindre uavhengig av minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalen, allmenngjøring av minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalene, eventuelt *med nogo attåt*, eller etablering av bransjevis minstelønnsregime gjennom tariffavtalenes omfangsbestemmelser.

1 Hvilke lønns- og arbeidsvilkår har arbeidere som arbeider på tvers av landegrensene i Europa egentlig krav på?

1.1 Innledning

Når vi har allmenngjort tariffavtalene våre, så har det vært for å sikre utenlandske arbeidstakere ei minstelønn og en del andre vilkår. Dette er ikke tomme ord. Det har faktisk vært sånn. Det framgår svært klart av omstendighetene rundt begjæringene om allmenngjøring for byggenæringen og for skips- og verftsindustrien (men kanskje ikke like klart av omstendighetene rundt den første begjæringa for petrokjemianlegg på land).

Hvilke lønns- og arbeidsvilkår har egentlig arbeidere som arbeider på tvers av landegrensene i Europa krav på? I utgangspunktet har de krav på de vilkårene som gjelder i arbeidsstaten². Men fullt så enkelt er det ikke. Om arbeidsstaten vil sikre utenlandske arbeidere ei minstelønn, er opp til den. Om det fra og med mai 2009 er tillatt å lønne utenlandske arbeidere som arbeider i Norge med den lønna de er villige til å arbeide for, så er det i den grad vi ikke har allmenngjort tariffavtalene våre.

I EU skal det råde frihet til å yte tjenester på tvers av landegrensene. Det er nedfelt i EU-traktaten. En tjenesteyter i en medlemsstat kan fritt ta på seg et oppdrag i en annen medlemsstat, ta med seg arbeiderne sine hit og gjøre jobben med sine egne ansatte. Restriksjoner på friheten til å yte tjenester er forbudt.³ Men han kan ikke uten videre "ta med seg" hjemlandets lønns- og arbeidsvilkår til arbeidsstaten.

Friheten hans til å yte tjenester er begrensa ved at arbeidsstaten har en rett, og også en viss plikt, til å gjøre de lønns- og arbeidsvilkårene som gjelder i arbeidsstaten gjeldende for arbeiderne hans mens de arbeider her. Men arbeidsstaten har heller ikke noen ubegrensa rett til å gjøre sine lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utstasjonerte arbeidstakere.

2 Det er vanlig å snakke om "vertsstaten" på den ene sida og "hjemstaten" eller "opprinnelsesstaten" på den andre sida. Denne språkbruken er bedrager. Her brukes konsekvent arbeidsstaten om det landet arbeidet utføres i og etableringsstaten om den staten der tjenesteyteren er registrert.

3 Det samme gjelder innafor EØS. Restriksjonsforbudet er nedfelt i EU-traktatens artikkel 49 og EØS-avtalens artikkel 36.

Denne gjennomgangen har som formål å ta rede på hvilke lønns- og arbeidsvilkår vi egentlig har mulighet til å sikre for arbeidstakere som er utstasjonert til Norge i forbindelse med tjenesteyting. Det er avhengig av svaret på ett annet spørsmål: Hvilken adgang har Norge til å stille krav om at utenlandske foretak som påtar seg oppdrag i Norge skal etterleve de lønns- og arbeidsvilkårene som gjelder i Norge?

En rekke dommer ved EF-domstolen blir gjennomgått. Det betyr ikke at EF-domstolen nødvendigvis representerer verken sannheten, fornuften eller framskrittet. Det kan like gjerne hevdes at skjebnen til arbeidere som arbeider på tvers av landegrensene i Europa ligger i henda på noen jurister som har pissa opp et revir i Luxemburg. Men ingen av delene er særlig nyttig. Mer nyttig kan være å se på det domstolen holder på med som en virksomhet som har til formål å støtte opp under produksjons- og markedsforhold som er i forandring.

De EF-dommene og direktivene som regulerer dette området både bygger på og modifierer hverandre. Det kan være nyttig å se dem i sammenheng med de konkrete sakene de gjaldt og i sammenheng med hverandre. Begge deler er forsøkt gjort her.

1.2 Arbeidsstaten kan kreve at utenlandske foretak skal etterleve de lønns- og arbeidsvilkårene som gjelder i arbeidsstaten: Seco og Rush Portuguesa

EU-retten er ikke til hinder for at arbeidsstaten kan gjøre sine lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Det ble knesatt av EF-domstolen i to saker som begge hadde med jernbanearbeid, men ikke noe med lønns- og arbeidsvilkår å gjøre.

Seco (1982)

Seco SA og et annet fransk byggefirma, Dequenne & Giral SA, utførte i 1974 og 1977 vedlikeholdsarbeid på jernbanenettet i Luxemburg. Til å gjøre jobben brukte de arbeidere som ikke kom fra noe EU-land, såkalte "tredjelandsborgere", antakelig marokkanske arbeidere.

Saka gjaldt om Seco og Dequenne var nødt til å betale arbeidsgiverandel til trygdeordninger i Luxemburg, sjøl om arbeiderne var omfatta av tilsvarende ordninger i Frankrike og ikke hadde noen nytte av ordningene i Luxemburg. Et spørsmål for seg var om dette kunne rettferdiggjøres av hensyn til å oppveie den fordelene utenlandske

arbeidsgivere måtte ha av at de ikke behøvde å etterleve minstelønnslovgivningen i arbeidslandet. Saka havna for EF-domstolen.

Myndighetene i Luxemburg var altså ikke opptatt av lønna til de utenlandske arbeiderne. De var opptatt av at de franske firmaene ikke skulle ha noen konkurransefordel av de underbetalte arbeiderne sine. Generaladvokat VerLoren van Theemat svarte nei på spørsmålene fra den foreleggende rett. Han begrunna svaret sitt som følger:

Det er et av de grunnleggende trekk ved fellesmarkedet, som skal oppnås *inter alia* ved friheten til å yte tjenester, at en hvilken som helst arbeidsgiver som yter tjenester i en annen medlemsstat i prinsippet må kunne gjøre seg nytte av de kostnadsfordelene som fins i landet hans, *innbefattet lavere lønnskostnader*, under vilkår av ikke-konkurransevridning, som er et annet mål for Traktaten.⁴

Men EF-domstolen hørte ikke på det øret. Den inntok et helt annet standpunkt:

Det er vel etablert at fellesskapsretten ikke hindrer medlemsstater fra å anvende sin lovgivning, eller tariffavtaler som er inngått av begge parter i arbeidslivet hva angår minstelønninger, overfor enhver person som er ansatt, også midlertidig, på deres territorium, uansett hvilket land arbeidsgiveren er etablert i, på samme måte som fellesskapsretten ikke hindrer medlemsstater i å håndheve disse reglene med hensiktsmessige midler.⁵

EF-domstolen satte til side generaladvokatens oppfatning om at en utenlandsk tjenesteyter måtte ha anledning til å konkurrere i en annen medlemsstat med utgangspunkt i lavere lønnskostnader i den staten han var etablert i.⁶ I stedet etablerte den som "veletablert", uten at det egentlig var etablert på den tida, og uten at det hadde noen betydning for utfallet av saka, at fellesskapsretten ikke er til hinder for at

4 Uthevinger i sitater som er hentet fra dommer er gjort her. Domstolen uthever aldri noe sjøl.

5 Seco (1982) punkt 14.

6 I Rüffert (2008) anførte den foreleggende tyske domstolen (Oberlandesgericht Celle) i sin henvendelse til EF-domstolen at om utenlandske tjenesteytere er nødt til å tilpasse lønningene sine til det høyere lønnsnivået der arbeidet utføres, så vil de miste den konkurransefordelen de nyter godt av som følge av lavere lønnskostnader i hjemlandet. Men heller ikke denne gangen hørte EF-domstolen på det øret.

arbeidsstaten kan kreve etterlevd ei bestemt minstelønn, også av et utenlandsk foretak, og også om denne minstelønna er fastsatt ved tariffavtale.

Rush Portuguesa (1990)

I *Rush Portuguesa* ble adgangen fra *Seco* til å gjøre arbeidsstatens lønns- og arbeidsvilkår utvida.

Dommen hadde bakgrunn i en tvist mellom et portugisisk selskap, *Rush Portuguesa Lda*, og franske immigrasjonsmyndigheter. *Rush Portuguesa* utførte arbeid i forbindelse med jernbaneutbygging i vest-Frankrike i underentreprise for et fransk selskap. Immigrasjonsmyndighetene mente at franske overgangsregler gjaldt for selskapet. Saka havna for EF-domstolen, som avsa dom for at det portugisiske selskapet fritt kunne påta seg oppdrag i en annen medlemsstat og gjøre jobben med sine portugisiske arbeidere, uten krav til arbeidstillatelse.

Saka gjaldt altså ikke lønn. Men den franske regjeringa må ha uttrykt bekymring i så henseende, for avslutningsvis i dommen heter det:

Endelig bemerkes i anledning av det den franske regjeringen har anført, at fellesskapsretten *ikke hindrer medlemsstater fra å anvende sin lovgivning, eller tariffavtaler som er inngått av begge parter i arbeidsmarkedet*, overfor enhver person som er ansatt, også midlertidig, på deres territorium, uansett hvilket land arbeidsgiveren er etablert i, på samme måte som fellesskapsretten ikke hindrer medlemsstater i å håndheve disse reglene med hensiktsmessige midler.⁷

EF-domstolen gjentok altså ordlyden fra *Seco*, men uten noen begrensing til minstelønn. Med det fastslo domstolen, uten noe om og men, og nok en gang uten at det hadde noen betydning for utfallet av saka, at fellesskapsretten ikke er til hinder for at medlemsstater har adgang til å kreve sine lønns- og arbeidsvilkår etterlevd av utenlandske tjenesteytere, hva enten de er fastlagt ved lov eller i tariffavtale.

Dommen ble lagt merke til i europeisk fagbevegelse, og ordlyden fra *Rush Portuguesa* ble seinere inntatt i fortalen til utstasjoneringdirektivet.

⁷ *Rush Portuguesa (1990)*, punkt18.

2.3 Men arbeidsstaten har ingen uinnskrenka adgang til å kreve sine lønns- og arbeidsvilkår etterlevd: Vander Elst og Guiot

At et foretak ikke kan konkurrere med utgangspunkt i lønns- og arbeidsvilkår i etableringsstaten, vil kunne oppleves som et ikke ubetydelig inngrep i friheten til å yte tjenester i en annen medlemsstat. Seinere dommer på området har også begrenset adgangen til å gripe inn i friheten til å yte tjenester ved å kreve arbeidslanets arbeidsvilkår etterlevd. Seinere dommer begrenser virkningene av *Seco og Rush Portuguesa*. *Vander Elst* kan ses som innledning til ei sånn utvikling.

Vander Elst (1994)

Vander Elst var nok ei sak som gjaldt om franske immigrasjonsmyndigheter kunne kreve at arbeidere som arbeidet i Frankrike som ansatte i et foretak i et annet EU-land skulle ha arbeidstillatelse.

Vander Elst var et belgisk rivingsfirma som i 1989 utførte rivingsarbeid på byggeplassen Château Lanson i Reims i Frankrike. *Vander Elst* brukte vanligvis marokkanske rivingsarbeidere. Så også på denne jobben, som var en jobb på en måned. Her brukte han fire belgiske arbeidere og fire marokkanske arbeidere med gyldig arbeidstillatelse i Belgia.

Ved en inspeksjon på byggeplassen i april 1989 konstaterte arbeidstilsynet at de marokkanske arbeiderne ikke hadde franske arbeidstillatelser. *Vander Elst* ble ilagt ei bot på 121 520 franske franc, som seinere ble redusert til 30 380 franc. *Vander Elst* klagde uansett saka inn for Tribunal Administratif i Châlons-sur-Marne med påstand om at den franske lovgivinga hindra han i å yte tjenester i Frankrike. Den franske domstolen forela saka for EF-domstolen.

EF-domstolen avsa dom i august 1994 for at det var i strid med forbudet mot restriksjoner på friheten til å yte tjenester å avkreve tredjelandborgere arbeidstillatelse, når de var ansatt i et firma i en annen medlemsstat som utførte midlertidig tjenesteoppdrag i arbeidsstaten. *Vander Elst* vant altså saka fullt og helt.

EF-domstolen tar denne gangen utgangspunkt i restriksjonsforbudet. Traktaten krever ikke bare avskaffing av all diskriminering, heter det, men også avskaffing av enhver restriksjon som er egnet til å forby eller på annen måte hindre virksomheten til en

tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat, uansett om den anvendes uten forskjell på nasjonale tjenesteytere.⁸

Videre knesetter dommen at for at en sånn restriksjon skal kunne tillates, må den være begrunna i et tvingende allment hensyn og anvendes på alle personer og foretak som driver virksomhet i medlemsstaten, i den grad dette hensynet ikke er ivaretatt av de reglene tjenesteyteren er underlagt i den staten han er etablert i.

Deretter gjentas adgangen til å gjøre lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske tjenesteytere (i ordlyden fra *Seco*, men med henvisning til *Rush Portuguesa*)⁹.

Dette kan ses som ei innskrenking av den svært frie adgangen til å gjøre arbeidsstatens lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske tjenesteytere som var nedfelt i *Rush Portuguesa*.

Guiot (1996)

Denne utlegninga av restriksjonsforbudet i traktaten er gjentatt i alle seinere dommer på området, første gang i *Guiot*.

Saka gjaldt at et byggefirma Climatec SA fra Luxemburg fra mars 1992 til mars 1993 ikke hadde betalt såkalte *timbres-fidlit* og *timbres-intempries*, direkte oversatt "lojalitetsmerker" og "dårlig vr-merker", for fire arbeidere på en byggeplass i Arlon i Belgia. Unnltelsen var på til sammen 98 153 belgiske franc. Det ble tatt ut påtale mot selskapet og mot daglig leder Michel Guiot. Saka ble forelagt EF-domstolen av tingretten i Arlon i september 1994, og dom ble avsagt mars 1996.

Ifølge belgisk tariffavtale for byggenæringa skulle belgiske arbeidsgiver betale ni prosent av brutto lønn til ei fondsordning til dekning av "lojalitets-merker". De skulle dessuten betale to prosent av brutto lønn til det samme fondet for "dårlig vr-merker". Begge bestemmelser var allmenngjort og gjort gjeldende for utenlandske arbeidsgivere med oppdrag i Belgia fra 1988.

Luxemburg hadde ei litt anna ordning. Etter forskrift om allmenngjøring av to bilag til tariffavtalen for byggenæringa med virkning fra 1. januar 1989 skulle alle arbeidsgivere betale en bonus på 3 prosent (forhøya til 4 prosent fra 1. januar 1993) til arbeidere som

⁸ Ordlyden er henta fra Saeger (1991) punkt 16.

⁹ Vander Elst (1994) punkt 23.

på utbetalingstidspunktet hadde vært i firmaet i ett år. Bonusen skulle utbetales på desemberlønna. Etter Luxemburgs lovgiving var bygningsarbeidere dessuten berettiga til ei kompensasjonslønn på 80 prosent av normal brutto timelønn til dekning av bortfall av inntekt som følge av stopp på grunn av dårlig vær i vintermånedene (fra 16. november til 31. mars).

EF-domstolen foretok her ei avveining av retten til å gjøre arbeidslandets arbeidsvilkår gjeldende i ordlyden fra *Rush Portuguesa* opp mot restriksjonsforbudet sånn som det er utlagt i *Vander Elst*, men med et tillegg: traktaten krever avskaffing av enhver restriksjon som er egnet til å forby, hindre *eller gjøre mindre fordelaktig* virksomheten til en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat.

Dommen innførte dessuten et nytt moment: Det måtte ikke bare avklares hvorvidt de belgiske kravene innskrenket friheten til å yte tjenester, og om det i tilfelle fantes tvingende allmenne hensyn som kunne rettferdiggjøre dem, men også *hvorvidt samme resultat kan oppnås med mindre inngripende tiltak*.¹⁰

Dommen innførte dessuten at vern av bygningsarbeidere kan utgjøre et tvingende allment hensyn som kan begrense friheten til å yte tjenester.

Utfallet av saka var at Belgia ikke kunne kreve at et selskap som var etablert i en annen medlemsstat, skulle betale merker til den belgiske fondsordninga, så lenge arbeiderne hadde samme beskyttelse i den staten selskapet var etablert i.

1.4 Utstasjoneringsdirektivet (1996)

Både *Vander Elst* og *Guiot* ble avsagt før utstasjoneringsdirektivet ble vedtatt, uten at dommene satte spor etter seg i ordlyden i direktivet. Derimot ble medlemsstatenes adgang til å kreve sine lønns- og arbeidsvilkår etterlevd gjentatt i fortalen til utstasjoneringsdirektivet i den vide ordlyden fra *Rush Portuguesa*.¹¹

Utsstasjoneringsdirektivet gir ikke bare medlemsstatene adgang til å gjøre sine lønns- og arbeidsvilkår gjeldende. Det pålegger dem også en *plikt* til dette. Det gjøres i sterke ordelag: Medlemsstatene skal *sikre* at foretak som er etablert i en medlemsstat og som sender ut arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting til en annen medlemsstat

10 Guiot (1996) punkt 13.

11 Direktiv 96/71/EF. Merknad 12.

garanterer arbeidere som er utsendt til deres territorium de arbeids- og ansettelsesvilkårene som er fastsatt i medlemsstaten der arbeidet utføres.¹²

Det gjelder riktig nok ikke alle arbeids- og ansettelsesvilkår. Det gjelder ei *hard kjerne av vilkår* som er fastlagt i direktivet, deriblant minstelønn, herunder overtidsbetaling, lengste arbeidstid og korteste hviletid og minste antall feriedager med lønn per år. Det er ei forutsetning at de vilkårene det gjelder er fastsatt ved lov, forskrift og/eller tariffavtaler som er allmenngjort.

Direktivet innfører ikke noen plikt til å ha ei lovfesta minstelønn. Men om det fins ei lovfesta minstelønn, så skal den gjelde for utstasjonerte arbeidstakere. Det innfører heller ikke noen plikt til å ha ei ordning for å allmenngjøre tariffavtaler. Om en har ei sånn ordning, behøver en heller ikke bruke den.¹³ Men om en har ei sånn ordning, og den tas i bruk, så skal arbeidsvilkår som er allmenngjort gjelde for utstasjonerte arbeidstakere som utfører bygningsarbeid. Bygningsarbeid har en særstilling i direktivet.

Ut over det stiller direktivet arbeidsstatene forholdsvis fritt. Direktivet er ikke til hinder for at en gjør gjeldende arbeidsvilkår som er *gunstigere for arbeidstakerne*.¹⁴ Det er ikke til hinder for at en gjør gjeldende *andre arbeidsvilkår enn de som er fastlagt i den harde kjerna i direktivet*. Direktivet innfører riktig nok et vilkår, nemlig at det dreier seg om regler som gjelder "offentlig orden" (public policy). (Det kommer vi tilbake til under avsnittet om *Laval* og *Rüffert*.) Og det er heller ikke til hinder for at arbeidsvilkår som er fastsatt i tariffavtaler som er allmenngjort gjøres gjeldende for *annet arbeid enn bygningsarbeid*.¹⁵

1.5 To "belgiske" dommer som dreide seg om lønn: *Arblade* og *Mazzoleni*

Utstasjoneringsdirektivet ble vedtatt 16. desember 1996 med gjennomføringsfrist innen 16. desember 1999. Det tok nesten åtte år fra direktivet ble vedtatt og til den første dommen som gjelder forhold som var oppstått etter at direktivet trådte i kraft, ble avsagt ved EF-domstolen. Det er ikke dermed sagt at EF-domstolen lå på latsida. Før

¹² Direktiv 96/71/EF. Artikkel 3(1).

¹³ Rådsdokument nr. 10048/96, SOC 264 CODEC 550, merknad nr. 5.

¹⁴ Direktiv 96/71/EF. Artikkel 3(7).

¹⁵ Direktiv 96/71/EF. Artikkel 3(10).

den tid avsa domstolen dom i to belgiske saker og to tyske saker som dreide seg om lønn og feriepenger for utstasjonerte arbeidere. De to sistnevnte kommer vi tilbake til i neste avsnitt. Her om de to "belgiske" sakene, *Arblade* og *Mazzoleini*, som hadde en nyhet å by på: proporsjonalitetsprinsippet.

Arblade (1999)

I *Arblade* samla EF-domstolen trådene fra *Seco*, *Rush*, *Vander Elst* og *Guiot*. Her er ei sak som dreide seg minstelønn i en tariffavtale som er allmenngjort. Den belgiske ordninga med lojalitets- og dårlig vær-merker var dessuten nok en gang tema. Og ei belgisk lovgiving om at selskaper i byggenæringa skal opprette og holde dokumenter til rådighet for kontrollmyndighetene var dessuten tema.

Saka gjaldt to franske firmaer, *Arblade & Fils SARL* (*Arblade*) og *Sofrage SARL* (her kalt *Leloupe*, etter innehaverne) som i 1992 og 1993 utførte oppdrag i forbindelse med bygging av sukkersiloer på en byggeplass i Wanze i Belgia. Begge selskaper ble stevna for en lokal rett, *Tribunal Correctionel de Huy*, etter at de hadde avslått å legge fram dokumenter som belgiske myndigheter krevde framlagt i forbindelse med en kontroll på byggeplassen i 1993.

Sakene ble forelagt EF-domstolen, som behandla dem som ei sak. De opprinnelige sakene var ikke helt like. Begge gjaldt plikten til å holde dokumenter til rådighet for belgiske myndigheter. Men bare *Arblade* gjaldt lønn.¹⁶

Før den skred til verket sammenfatta EF-domstolen tidlige rettspraksis på området. Dette ble gjort i ei slags *prosedyre* for håndtering av den videre saka. Denne framgangsmåten har seinere vært benytta i ei rekke saker som gjelder grenseoppgang mellom medlemsstatenes adgang til å gjøre sine lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske foretak på den ene sida og friheten til å yte tjenester på den andre sida. Den er sånn:

For det første må det avklares om arbeidsstatens krav innskrenker friheten til å yte tjenester, det vil si om de er egna *til å forby eller hindre tjenesteyters virksomhet eller gjøre den mindre fordelaktig*.¹⁷

¹⁶ *Leloupe* gjaldt dessuten at firmaet skulle ha hindret belgiske myndigheters inspeksjon.

¹⁷ Ordlyden er fra *Guiot*, punkt 10.

For det andre må det avklares om arbeidsstatens krav kan rettferdiggjøres av et tvingende allment hensyn og at de anvendes på alle personer og foretak som driver virksomhet i medlemsstaten. Vern av arbeidere i sin alminnelighet og vern av bygningsarbeidere i særdeleshet er i utgangspunktet tvingende allmenne hensyn som kan innskrenke friheten til å yte tjenester.

For det tredje må det avklares at dette hensynet ikke alt er ivaretatt ved de krav tjenesteyteren er underlagt i hjemlandet.

For det fjerde må det avklares at kravene det gjelder er egna til å oppnå formålet med dem, at de ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå dette formålet. Dette fjerde punktet er nytt i denne sammenhengen.¹⁸ Og det er dette som seinere til vanlig blir omtalt som kravet til proporsjonalitet: bruken av en restriksjon må være forholdsmessig, den må stå i forhold til formålet med den.

Hvordan svarte så domstolen på spørsmålene fra den foreleggende rett?

Hva angår plikten til å betale minstelønn etter tariffavtale som var allmenngjort, gjentok domstolen det den hadde sagt før om at arbeidsstaten har adgang til å gjøre sin lovgiving eller tariffavtaler gjeldende for utenlandske tjenesteytere, hva angår minstelønn (i ordlyden fra *Seco*, med henvisning til *Seco*, *Rush Portuguesa* og *Guiot*). Det følger av dette, fortsatte domstolen, at slike bestemmelser i en medlemsstats lovgiving eller tariffavtaler som garanterer ei minstelønn i prinsippet kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere.¹⁹

Men for at manglende etterlevelse av slike bestemmelser skal kunne forfølges rettslig, må de være *tilstrekkelig presise og tilgjengelige* sånn at det ikke er umulig eller overdrevent vanskelig i praksis for vedkommende tjenesteyter å finne ut hvilke forpliktelser det er krav om at han etterlever.²⁰

Med det overlot EF-domstolen til den nasjonale domstolen å avgjøre hvilke bestemmelser som fikk anvendelse på utenlandske tjenesteytere, og (om formålstjenelig) størrelsen på denne minstelønna. Men ikke helt.

Den belgiske regjeringa hadde hevdet at fordelingen av ordninga med lojalitets- og dårlig vær-merker utgjorde en del av den årlige minstelønna til belgiske bygningsarbeidere.

¹⁸ Sjøl om det ikke er nytt. Ordlyden er henta fra *Säger* (1991), punkt 15.

¹⁹ Arblade, punkt 42.

²⁰ Arblade, punkt 43.

EF-domstolen innvendte at om dette var godtgjørelser som ble beregna *på grunnlag av* brutto minstelønn, så kunne det ikke godt være *en del av* denne minstelønna. De kunne dermed heller ikke tas med ved beregning av den minstelønna Arblade angivelig ikke hadde betalt arbeiderne sine.

Om lojalitets- og dårlig vær-merker gjentok domstolen at sjøl om vern av bygningsarbeidere er et hensyn som kan rettferdiggjøre krav som kan begrense friheten til en utenlandsk arbeidsgiver til å yte tjenester, så er et sånt krav ikke tillatt *om arbeiderne har samme vern i hjemlandet*²¹ og *når dette ikke betyr noen virkelig fordel for arbeiderne*.²²

EF-domstolen sa endelig at arbeidsstaten ikke kunne kreve at en utenlandsk tjenesteyter skulle opprette særskilte dokumenter om det alt fantes sånne dokumenter etter de krav som selskapet var underlagt i etableringsstaten. Derimot kunne en kreve at dokumentene var tilgjengelig på byggeplassen eller annet sted i arbeidsstaten. Men den kunne ikke forlange at selskapet skulle holde dokumentene til rådighet i fem år etter at jobben var slutt. Om myndighetene i arbeidsstaten ville ha dokumentene tilgjengelig etter at jobben var slutt, kunne dette oppnås *med mindre inngripende midler*. De kunne bare be om å få dem tilsendt, og så kunne de gjøre hva de ville med dem.

Mazzoleni (2001)

I 1996 og 1997 utførte det franske vaktsselskapet Inter Surveillance SARL i Mont-Saint-Martin i Frankrike vekteroppdrag på et handlesenter i Messancy i Belgia. Det ble brukt 13 vektere til jobben. Noen av dem arbeidet fulltid i Belgia, mens andre arbeidet i Frankrike en del av tida.

Lønns slipper som ble framlagt for belgiske inspektører i forbindelse med en kontroll på arbeidsplassen i mars 1997, viste at grunnlønnen til en vekter som jobba i Belgia tilsvarte ei timelønn på 237,59 belgiske franc, mens timelønna i belgisk tariffavtale for vektere, som var allmenngjort sida 1995, var 356,68 franc.

ISA og innehaveren André Mazzoleni ble stevna for en lokal rett i Arlon for brudd på allmenngjøringsforskriften, og fem av arbeiderne krevde erstatning.

21 Guiot punkt 16 og 17.

22 Seco punkt 15.

ISA hevda at selskapet ikke måtte betale belgisk minstelønn. For det første arbeidet vekterne i rotasjon, delvis i Frankrike og delvis i Belgia. For det andre hadde de tilsvarende lønn etter franske regler som etter belgiske regler, om en tok fordel av å skatte i Frankrike samt ytelser i forhold til sjukdom, ulykker, arbeidsløshet, pensjon og død med i betraktning.

Den lokale domstolen la saka fram for EF-domstolen med spørsmål om et selskap som var etablert i et grenseområde, og der arbeiderne arbeidet vekselvis på begge sider av grensa, var nødt til å rette seg etter allmenngjort minstelønn i nabostaten.

EF-domstolen konstaterte først at ISA drev med tjenesteyting i traktatens forstand.²³ Domstolen gjentok videre at restriksjonsforbudet i traktaten ikke var til hinder for at arbeidsstaten kunne forlange at en utenlandsk tjenesteyter betalte arbeiderne sine minstelønn etter arbeidsstatens regler. Det kan likevel, fortsetter dommen, være *omstendigheter som gjør at anvendelsen av slike regler verken er nødvendige eller forholdsmessige sett i forhold til formålet å beskytte arbeiderne*. Anvendelsen av sånne regler kunne ifølge domstolen være uforholdsmessig om arbeiderne arbeidet for et selskap som var etablert i et grenseområde, der de en del av tida og for kortere perioder arbeidet i nabostaten. Hvorvidt og i hvilken utstrekning de i denne saka var nødvendig og forholdsmessig for vern av arbeidstakerne, overlot domstolen til belgiske myndigheter å avgjøre.

Domstolen pekte så på at til forskjell fra tidligere saker som hadde dreid seg om bygningsarbeidere som faktisk var utsendt for kortere eller lengre perioder, så gjaldt denne saka arbeidere som var ansatt i et foretak som var etablert i et grenseområde, og som kunne bli nødt til i kortere perioder og en del av tida å arbeide på andre sida av grensa. Og i tilfelle ISA hadde rett i at de franske vekterne, alt tatt i betraktning, ikke var dårligere stilt, og til og med bedre stilt, etter franske regler enn etter belgiske regler, så måtte myndighetene i arbeidsstaten vurdere om anvendelsen av dens regler var nødvendige og forholdsmessige for å beskytte de aktuelle arbeiderne.

I et sånt tilfelle kunne formålet med å beskytte de utsendte arbeiderne anses oppfylt om arbeiderne var i en stilling i etableringslandet som samla sett var likeverdig med det

²³ Deretter rekapitulerte den *Arblade*, for så vidt gjaldt forbudet mot restriksjoner og vilkårene for at en restriksjon er tillatt. Deretter gjentok den at medlemsstatene har adgang til å gjøre sine vilkår gjeldende for utenlandske tjenesteytere hva angår minstelønn.

de var berettiga til i nabolandet, om en tok lønn, skatt og velferdsordninger med i betraktning, ifølge domstolen.

Dessuten anførte domstolen at anvendelse av arbeidslandets regler om minstelønn i dette tilfellet kunne medføre for det første uforholdsmessig administrative byrder med å kalkulere rett lønn time for time, og for det andre at arbeidere som var knytta til samme mønstringssted fikk forskjellig lønn for likt arbeid, noe som kunne føre til spenninger mellom de ansatte og svekke oppslutninga om den hjemlige tariffavtalen.

Det var da opp til myndighetene i arbeidslandet, i dette tilfelle den foreleggende rett, å ta stilling til om anvendelsen av arbeidsstatens regler virkelig var nødvendig og forholdsmessig. Den ble så formanet om at den først måtte vurdere om arbeiderne virkelig var blitt utsendt eller om de fortsatt var knytta til mønstringsstedet i hjemstaten.

Deretter måtte den, for å kunne ta stilling til om arbeiderne hadde en likeverdig beskyttelse i etableringsstaten, foreta ei vurdering av størrelsen på lønna i forhold til opptjeningstid, sosiale ytelser og skattemessige virkninger. Hva som ble utfallet av saka veit jeg ikke.

Den betraktningmåten som her ble anlagt hva angår sammenligning av lønna i hjemlandet og arbeidslandet, er enestående for *Mazzoleni*. Men saka var også nokså spesiell.

1.6 Allmenngjøring "på tysk": Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) og de tyske sakene

Gjenforeninga av Tyskland med påfølgende byggeboom og mangel på innenlandsk arbeidskraft, førte til utstrakt bruk av utenlandsk arbeidskraft som arbeidet på lønninger langt under det tyske bygningsarbeidere hadde. Da oppgangen snudde, opplevde byggenæringa arbeidsløshet sammen med sterkt press nedover på lønningene. Partene i byggenæringa ville allmenngjøre tariffavtalen. Men den tyske arbeidsgiverorganisasjonen BDA²⁴ motsatte seg allmenngjøring, etter sterk press fra arbeidsgiverne i metall- og tekstilsektoren.

24 Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (Konføderasjonen av tyske arbeidsgiverforeninger)

Arbeidsgivernes blokade av allmenngjøringsordninga

Tyskland har ikke bare ei ordning for allmenngjøring av tariffavtaler, de har to ordninger. Den opprinnelige ordninga Tarifvertragesetz (TvG) er fra 1949. Ei anna ordning ble inntatt i den tyske utstasjoneringsloven Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) fra 1996. Begge ordninger fins fortsatt.

Vedtak om allmenngjøring etter den gamle ordninga TvG fattes av myndighetene etter innstilling fra ei tariffnemnd (Tariffausschuss), der hovedorganisasjonene DGB²⁵ og BDA har tre representanter hver. Det er etter denne ordninga bare tariffavtaler som alt har en dekningsgrad på over femti prosent som kan allmenngjøres. Innstilling foretas etter åpen høring av partene i vedkommende avtale og ved flertallsvedtak. Det har ikke hendt at departementet har fattet vedtak i strid med tariffnemndas innstilling. Det gir i praksis arbeidsgiversida vetorett.

Denne vetoretten har BDA brukt til å blokkere vedtak. BDA godtar allmenngjøring av lønn bare i tilfeller der lønnsnivået er særlig lavt. Vetoretten blir også brukt der egne medlemsforbund er for allmenngjøring. Under ti prosent av de tariffavtalene som er allmenngjort etter ordninga gjelder minstelønn.

Arbeitnehmer-Entsendegesetz – "bypass" av arbeidsgivernes blokade

BDAs motstand mot allmenngjøring var sterkt medvirkende til at Tyskland i 1996 fikk ei annen alternativ ordning som i utgangspunktet gjaldt byggenæringa. Den ble nedfelt i den tyske utstasjoneringsloven AEntG. Men forutsetninga for at ordninga skulle virke, var fortsatt at det fantes tariffavtaler som var allmenngjort og som gjaldt lønn.

Det ble av den grunn gjort en ny lovendring som ga arbeidsministeren fullmakt til å fastsette ei forordning om tvingende arbeidsbetingelser i byggenæringa, uten behandling i tariffnemnda. Etter det kan arbeidsministeren ved ei rettsforordning vedta at en tariffavtale innafor byggfagene er allmenngyldig. Det skjer etter åpen høring, men uten behandling i tariffnemnda. Dette er framstilt som følger i kommentarutgaven til den tyske utstasjoneringsloven:

Fullmakten til å fastsette en rettsforordning er en reaksjon på den situasjon som var inntrådt gjentatte ganger i fortida, nemlig at mangelen på allmenngjorte tariffavtaler truet med å tømme AEntG for innhold. BDA hadde brukt sin stilling

²⁵ Deutscher Gewerkschaftsbund (Den tyske fagforeningskonføderasjonen)

som part i behandlingen av allmenngjørings saker til enten å hindre at allmenngjøringsvedtak kom i stand eller til å tvinge gjennom betydelig lavere arbeidsvilkår enn de som var avtalt i tariffavtalen. Formålet med rettsforordningen var å oppheve denne blokademuligheten.²⁶

Fullmakten ble angrepet heftig av arbeidsgiverne. Den førte også til en debatt om den var i strid med grunnloven, særlig den tyske tariffautonomien, koalisjonsfriheten og proporsjonalitetsprinsippet. Tysk forvaltningsdomstol slo seinere fast at fullmakten ikke var i strid med tysk grunnlov.

Partene i byggenæringa inngikk nå en tariffavtale om minstelønninger. Avtaleforholda i Tyskland er en del annerledes enn det vi er vant til. Tyskland har som oss en landsomfattende tariffavtale (Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe). Bestemmelser om ferie og feriepenger fins her. Men denne tariffavtalen har ikke bestemmelser om minstelønn. Lønn blir regulert av særskilte lokale tariffavtaler. Derfor ble det framforhandlet en egen landsomfattende tariffavtale om minstelønninger i byggenæringa, med eneste formål at den skulle allmenngjøres: TV Mindestlohn.²⁷ Denne avtalen har minstelønns satser for faglært og ufaglært arbeider, og den har ulike satser for øst- og vest-arbeidsgivere.²⁸

TV Mindestlohn ble altså allmenngjort ved forskrift (Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe) som er gitt under den tyske utstasjoningsloven AEntG.

Det som kan allmenngjøres under den nye ordninga er bare tariffavtaler eller tariffbestemmelser om minstelønn, ferie- og feriepenger. På den måten omgikk en arbeidsgivernes blokade av det gamle allmenngjøringsinstituttet. Ordninga gjaldt i utgangspunktet bare bygningsarbeid. I 2007 ble ordninga utvida til også å omfatte byggrensjøring og monteringsarbeid, samt arbeidstakere i postvesenet.

Den tyske ordninga for allmenngjøring AEntG har vært gjenstand for stor oppmerksomhet fra EU-kommisjonen og EF-domstolen, og den har bestått prøven. I

²⁶ Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar. Koberski, Asshoff og Hold 2002.

²⁷ Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland

²⁸ Øst-arbeidsgiverne krevde under forhandlingene i 2007 at satsen for faglært arbeider for øst-arbeidsgivere skulle utgå, sånn at det gjensto bare en felles sats for både faglært og ufaglært arbeider, uten at de nådde fram. Jfr. BNLs krav i høringa om fortsatt allmenngjøring av FOB 2008.

det videre skal vi se på fire saker som gjelder hvilke plikter utenlandske tjenesteytere som hadde oppdrag i Tyskland kunne pålegges å etterleve etter AEntG.

Finalarte (2001)

I februar 1998 fikk EF-domstolen seg forelagt ei sak, eller rettere sagt ni saker, av arbeidsretten i Wiesbaden i Tyskland. De gjaldt åtte portugisiske selskaper, deriblant Finalarte Sociedade de Construção Civil SA, og et engelsk selskap, som i 1997 utførte bygningsarbeid i Tyskland, og som hadde havnet i klammeri med den tyske feriekassa for byggenæringa (ULAK)²⁹. Felles for sakene var at de gjaldt krav om innbetalinger eller manglende innbetalinger til feriefondet.

I tysk byggenæring betaler arbeidsgiverne bidrag til feriefondet (den gang på 14,45 % av brutto lønn). Til gjengjeld får de refundert utbetalinger av feriepengene til arbeiderne sine. På den måten kan arbeiderne få alle feriepengene utbetalt av den som til enhver tid er arbeidsgiver, uansett om de er opptjent i arbeid for en annen arbeidsgiver.

Utenlandske arbeidsgivere har en tilsvarende plikt til å betale inn til fondet, men de får ikke refusjon. Arbeiderne deres får feriepengene direkte utbetalt fra fondet. Fordelen med det er jo lett å se. Arbeidsgiverne har både en innberetnings- og innbetalingsplikt, og utenlandske arbeidsgivere har en mer omfattende innberetningsplikt enn tyske arbeidsgivere. Bygningsarbeidere i Tyskland hadde på den tida sakene oppsto rett til 30 dagers ferie, som er lenger enn lovfesta ferie i Tyskland.

Det første spørsmålet til EF-domstolen var om Tyskland kunne gjøre en allmenngjort tariffavtale om innbetaling til et feriefond og utbetaling av feriepengene gjeldende for utenlandske foretak med byggeoppdrag i Tyskland.

Domstolen rekapitulerte her først *Arblade* og *Mazzoleni* så langt som til at dette var tillatt, om det var begrunnet i hensynet til vern av arbeidstakerne.

Deretter tok domstolen for seg en anførsel fra den tyske arbeidsretten om at formålet med den tyske utstasjoningsloven AEntG etter forarbeidene er å beskytte tyske foretak i byggenæringa mot konkurranse fra utenlandske foretak, noe som ikke er et lovlig hensyn. Dette var ikke avgjørende ifølge domstolen. Tvert om er det opp til den nasjonale domstolen å undersøke om de tyske reglene *objektivt sett* fremmet vern av

²⁹ Urlaubs- und Lohnausgleichkasse des Bauwirtschaft.

utsendte arbeidstakere (punkt 41). Den måtte derfor undersøke om de tyske reglene gir arbeiderne det gjelder *en virkelig fordel som gir dem et betydelig økt vern* (punkt 42). Dette var nytt i Finalarte.

Videre måtte den, om den mente at de tyske reglene ga et sånt vern, gå videre og bedømme om disse reglene var forholdsmessige i forhold til dette formålet. I den forbindelse måtte retten *veie de administrative og økonomiske byrdene reglene påa tjenesteyteren mot det økte sosiale vern som de ga arbeiderne sammenlignet med hva de var garantert gjennom lovgivingen i arbeidsgiverens hjemstat*. Dette var også nytt i Finalarte.

Konklusjonen var at det ikke var i strid med restriksjonsforbudet når Tyskland gjorde feriebestemmelser i en allmenngjort tariffavtale gjeldende for utenlandske tjenesteytere, forutsatt at de utsendte arbeidstakerne ikke hadde samme beskyttelse under hjemlandets regler, og at de tyske reglene betydde en virkelig fordel som ga dem betydelig økt sosialt vern, og at anvendelsen av bestemmelsene sto i forhold til formålet med dem.

Et annet spørsmål gjaldt om Tyskland kunne gjøre sine regler om feriens lengde gjeldende for utstasjonerte bygningsarbeidere. Disse reglene foreskrev lengre ferie enn det som fulgte av EUs minimumsdirektiv på området. Domstolen svarte her at friheten til å yte tjenester ikke var til hinder for dette.

Et tredje spørsmål gjaldt om Tyskland hadde lov til å gjøre gjeldende ei ordning der tyske arbeidsgivere fikk refusjon fra feriefondet, mens utenlandske arbeidsgivere ikke fikk det. Ifølge EF-domstolen var det ingenting til hinder for dette heller.

Et fjerde spørsmål var om Tyskland kunne pålegge utenlandske foretak en mer omfattende innberetningsplikt enn det tyske foretak hadde. Ifølge EF-domstolen var det opp til den tyske domstolen å ta stilling til hva som trengtes her.

Portugaia (2002)

Ett annet selskap som var involvert i *Finalarte*, var Portugaia Construções Lda. Det portugisiske selskapet hadde i 1997 et byggeoppdrag i Tauberbischofsheim i Tyskland. Det lokale arbeidstilsynet avdekket at selskapet betalte arbeiderne sine under minstelønna i tariffavtalen. Tariffavtalen det gjaldt var TV Mindestlohn, som var inngått i september 1996, som hadde minstelønnsbestemmelser, som var allmenngjort, og som i henhold til AEntG gjaldt for utenlandske tjenesteytere som tok oppdrag i

byggenæringa i Tyskland. Saka gjaldt altså etterbetaling av minstelønn etter en tariffavtale som var allmenngjort.

Selskapet ble pålagt å etterbetale utestående lønn med til sammen DM 138018,52. Portugaia klaga pålegget inn for en lokal domstol.

Grunnlaget for klagen var delvis, som i *Finalarte*, at den tyske utstasjoneringsloven AEntG har som et formål å beskytte det tyske arbeidsmarkedet. Dessuten påberopte selskapet seg at utenlandske selskap ikke hadde den samme muligheten som tyske selskaper til å inngå tariffavtaler for å omgå allmenngjorte tariffavtaler. Den tyske regjeringa protesterte mot det siste klagepunktet. Den påpekte at det ikke var noen realitet i det og forlangte at det skulle avvises, noe domstolen ikke tok til følge.

Domstolen tok utgangspunkt i restriksjonsforbudet i traktaten sånn som det var tolka i *Mazzoleni*, for så å konstatere at felleskapsretten ikke var til hinder for at medlemsstatene krever at en utenlandsk tjenesteyter skal etterleve minstelønna i arbeidsstaten. Det må med andre ord erkjennes, fortsetter domstolen, at det at arbeidsstaten gjør si minstelønnslovgiving gjeldende overfor en utenlandsk tjenesteyter i prinsippet ivaretar et tvingende allment hensyn, nemlig vern av arbeidstakere. Så gjentok domstolen at det kan være omstendigheter der dette likevel er i strid med restriksjonsforbudet, med henvisning til *Mazzoleni*. Om det ivaretar et sånt hensyn er opp til de nasjonale myndighetene å ta stilling til.

Deretter behandlet domstolen klagen om at den tyske utstasjoneringsloven har et ulovlig formål. Her gjentok den det den sa i *Finalarte*, om at det ikke er det uttalte formålet med loven som er avgjørende.³⁰ Så behandlet den klagepunktet om at utenlandske selskaper ikke hadde den samme muligheten som tyske selskaper til å inngå tariffavtaler for å omgå allmenngjorte tariffavtaler. Her fikk Portugaia medhold av EF-domstolen i at det faktisk at en innenlandsk tjenesteyter kunne betale lavere lønninger enn allmenngjort minstelønn, mens en utenlandsk tjenesteyter ikke kunne det, var en ulovlig restriksjon på friheten til å yte tjenester, uten at det egentlig var påvist noe sånt faktum.

³⁰ Ikke desto mindre kan det være en indikasjon på hvilket formål loven ivaretar.

Wolff & Müller (2004)

Vi skal til Berlin 2000, der José Filipe Pereira Félix arbeidet som murer for en portugisisk underentreprenør som utførte betongarbeider for det tyske entreprenørselskapet Wolff & Müller. Han arbeidet på byggeplassen fra 21. februar til 15. mai 2000.

I september 2000 gikk Félix til arbeidsretten i Berlin med et krav om tilgodehavende lønn på DM 4 019,23. Kravet retta han både mot arbeidsgiveren (som ikke er nevnt ved navn noe sted i saken) og mot hovedentreprenøren Wolff & Müller. Félix holdt Wolff & Müller solidarisk ansvarlig for den lønna han ikke hadde fått av arbeidsgiveren sin, og han krevde arbeidsgiveren og entreprenøren samtidig.

Dette gjorde han under henvisning til at den tyske utstasjoneringsloven AEntG har en bestemmelse om at et foretak som benytter et annet foretak til å utføre bygningsarbeid, er solidarisk ansvarlig for forpliktelsene til dette foretaket og alle underentreprenører og utleiefirma det benytter, til å betale minstelønn etter tariffavtalen.³¹

Tyskland hadde som før nevnt en landsomfattende tariffavtale med minstelønnsbestemmelser for byggenæringa, TV Mindestlohn, og som var allmenngjort. Det var denne minstelønna Félix ikke hadde fått, og som han holdt Wolff & Müller solidarisk ansvarlig for.

Wolff & Müller er den første dommen som ble avsagt ved EF-domstolen på bakgrunn av utstasjoneringsdirektivet. Dommen koblet en sterk aksling mellom to kjerneområder i direktivet, artikkel 3(1) og artikkel 5. Etter artikkel 3(1) skal arbeidslandets minstelønnsregler gjelde for utsendte arbeidere. Etter artikkel 5 ligger det på medlemsstatene særlig å påse at arbeidstakere og/eller deres representanter har egnede ordninger til rådighet med henblikk på overholdelse av de forpliktelsene som er fastsatt i direktivet. Det følger av det, ifølge EF-domstolen, at medlemsstatene særlig må sikre *at utsendte arbeidere har tilstrekkelige ordninger til rådighet til at de virkelig får den minstelønna de har krav på.*³²

Saka er nærmere gjennomgått i *Hvitbok om solidaransvar for lønn*³³. Her skal det bare knyttes to bemerkninger til saka.

³¹ AEntG § 1(a).

³² Avsnitt 29.

³³ Hvitbok om solidaransvar for lønn. Oslofjordkonferansen november 2008.

Den første gjelder at EF-domstolen ikke stilte noe spørsmålstegn ved *størrelsen på den minstelønna* som var fastsatt i TV Mindestlohn og som Felix gjorde krav på.

Den andre gjelder at formålet med den tyske utstasjoneringsloven nok en gang var tema. Da Bundesarbeitsgericht forela saka for EF-domstolen, viste retten til et forklarende memorandum til loven der det heter at formålet er "å gjøre det vanskeligere å tildele kontrakter til underentreprenører fra såkalte lavkostland, dette for å stimulere det tyske arbeidsmarkedet i byggenæringa, beskytte det økonomiske grunnlaget for små og mellomstore bedrifter som er etablert i Tyskland og bekjempe arbeidsløshet i Tyskland." Dette var dessuten hovedformålet med lovbestemmelsen, ifølge den foreleggende rett.

Til det sa EF-domstolen at det ikke nødvendigvis er noen motsetning mellom rettferdig konkurranse på den ene sida og beskyttelse av arbeiderne på den andre sida.

Domstolen gjentok det den hadde sagt før i *Finalarte*, at det avgjørende ikke er hvilket formål loven har, men hvilken beskyttelse loven gir utsendte arbeidere. Og sjøl om den tyske lovgivingen har til formål å beskytte det tyske arbeidsmarkedet, så er det opp til den nasjonale domstolen å ta stilling til om den objektivt sett sikrer utsendte arbeidere bedre beskyttelse, ifølge EF-domstolen.

Kommisjonen mot Tyskland (2005)

Denne saka gjelder også minstelønn for bygningsarbeidere. Saka ble anlagt av EU-kommisjonen. Kommisjonen mente at Tyskland krevde at utenlandske byggefirmaer skulle betale mer enn allmenngjort minstelønn. Grunnen var at en ikke tok med alle ytelser som utenlandske arbeidsgivere betalte arbeiderne sine ved beregninga om de oppfylte forpliktelsen til å betale minstelønn etter tyske regler. *Kommisjonen mente at alle ytelser måtte tas med i regninga. Det fikk den ikke medhold i.* Derimot fikk den medhold i at Tyskland måtte ta med i regninga sånne lønns-elementer som "ikke endret forholdet mellom arbeidet som utføres og godtgjørelsen arbeiderne mottar". Hva det betyr, er forsøkt forklart seinere.

Domstolen viste så til at hva som er minstelønn er opp til medlemsstatene å bestemme ut fra nasjonal lovgiving og praksis. Dette er fastslått i utstasjoneringsdirektivet.

Deretter kaster domstolen seg med liv og lyst inn i diskusjonen om hva som skal regnes med i minstelønna og hva som ikke skal regnes med. Å bestemme hva som er minstelønn, var altså ikke helt opp til medlemsstatene likevel. Hvordan domstolen vurderte dette, kommer vi tilbake til.

I denne sammenheng skal vi bare se på hvordan dommen begrenset adgangen til å kreve ei minstelønn etterlevd av et utenlandsk foretak.

EF-domstolen minnet nok en gang om at fellesskapsretten ikke er til hinder for at medlemsstatene kan kreve at et utenlandsk foretak betaler arbeiderne sine en minstegodtgjørelse etter sine regler, noe den har hevdet siden *Seco* (denne gangen med henvisning til *Seco, Guiot, Arblade, Mazzolenia* og *Portugaia*). Deretter slo domstolen fast at disse reglene må anvendes på en sånn måte *at den er egna til å beskytte arbeiderne og ikke gå lenger enn det som er nødvendig for dette formålet* (med henvisning til *Arblade, Mazzoleni* og *Wolff & Müller*).

Om det ikke har vært klart før, så er det i hvert fall klart etter *Kommisjonen mot Tyskland* at heller ikke den harde kjerne av arbeidsvilkår som er fastlagt i utstasjoneringdirektivet, herunder minstelønn, faller utafor EF-domstolens søkelys. Og det har ikke vært klart hele tida. Om arbeidsstaten gjør sine minstelønnsbestemmelser gjeldende for utenlandske tjenesteytere, så er heller ikke det unntatt fra ei proporsjonalitetsvurdering. Hvordan de foretar denne vurderinga, eller hvilket beskyttelsesnivå de vil legge seg på, har EF-domstolen så langt overlatt til medlemsstatene, i hvert fall i prinsippet.

1.7 Tjenstedirektivet (2006)

Vi er da kommet fram til tjenstedirektivet, som ble vedtatt 12. desember 2006. Direktivet har vært gjenstand for ikke så helt liten oppmerksomhet. Her skal det bare konstateres at direktivet sammenfatter EF-domstolens praksis på området på en ganske konsis måte. Det gjøres i en ny merknad som kom inn i fortalen til direktivet under rådets handling av direktivet og før parlamentets sluttbehandling:

Bestemmelsene i dette direktiv er ikke til hinder for at en medlemsstat anvender sine regler om ansettelsesvilkår. Regler som er fastsatt ved lov eller forskrift eller administrative forordninger skal i overensstemmelse med traktaten være begrunnet i vern av arbeidstakere og ikke innebære forskjellsbehandling, og være nødvendige og forholdsmessige, som fortolket av Domstolen, og overholde annen relevant fellesskapsrett (merknad 82).

Utstasjoneringdirektivets ubekymra og uforbeholdne ordlyd fra *Rush Portuguesa* om at fellesskapsretten ikke er til hinder for at medlemsstatene anvender sin lovgiving eller sine tariffavtaler på alle som utfører tjenester på deres territorium, er erstatta med en

mer forbeholden ordlyd: anvendelsen av arbeidsstatens regler må være nødvendig og forholdsmessig sånn som tolket av domstolen.

Tjenestedirektivets regler om frihet til å yte tjenester får som kjent ikke anvendelse for forhold som er regulert av utstasjoneringdirektivet. Det er *forhold som er omfattet av utstasjoneringdirektivet* som er unntatt fra tjenstedirektivets bestemmelser om frihet til å yte tjenester. Det er ikke *utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting* som unntatt fra tjenstedirektivets område. Det er en nyanse her som kan ha betydning om rekkevidden av utstasjoneringdirektivet begrenses.

1.8 "Arblade-testen" nok en gang

Den måten å prøve lovligheten av et inngrep i friheten til å yte tjenester på som er sammenfattet i *Arblade*, og som er supplert i seinere dommer, har fått mange navn. Den omtales her som *Arblade-testen*, av respekt for den franske arbeidsgiveren som var opphavet. La oss se på den en gang til, sånn som den framstår etter de tyske dommene, før vi går over til *Laval*, *Rüffert* og *Kommisjonen mot Luxemburg*.

Medlemsstatene har altså ikke noen ubegrensa adgang til å gjøre sine lønns- og arbeidsvilkår gjeldende overfor utenlandske tjenesteytere. Bruken av slike vilkår må være nødvendig, og den må være forholdsmessig.

For det første må det avklares *om en har med en restriksjon i traktatens forstand å gjøre*.

Utgangspunktet er at traktaten ikke bare forbyr diskriminering av utenlandske tjenesteytere, den krever også avskaffing av alle restriksjoner på friheten til å yte tjenester, uansett om de gjelder tilsvarende for innenlandske foretak, som er egnet til å forby, hindre eller gjøre det mindre fordelaktig å yte tjenester.³⁴

Det kan tas for gitt at å kreve at en utenlandsk tjenesteyter skal rette seg etter sånne lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i arbeidslandet er en restriksjon i traktatens forstand. Det kan en stille klokka etter.

Om en har å gjøre med en restriksjon i traktatens forstand, kan den likevel være tillatt om den er begrunna i et tvingende allment hensyn. Friheten til å yte tjenester kan til gjengjeld bare begrenses ved regler som er begrunna i tvingende allmenne hensyn,

³⁴ *Vander Elst* 1994, avsnitt 14, *Guiot* 1996, avsnitt 10, *Arblade* 1999, avsnitt 33.

som anvendes likt på alle foretak, og så lenge hensynet ikke er ivaretatt av tilsvarende regler i den staten tjenesteyteren er etablert.

For det andre må en altså avklare om anvendelse av arbeidslandets regler kan begrunnes i et tvingende allment hensyn.

Læra om tvingende allmenne hensyn er utvikla ved EF-domstolen, og den omfatter en lang rekke hensyn som domstolen har ment kan begrunne restriksjoner på friheten til å yte tjenester. En ikke uttømmende katalog fins i fortalen til tjenstedirektivet.³⁵ For vårt bruk er det nok å fastslå at hensynet til å beskytte arbeidstakere er et tvingende allment hensyn som er anerkjent av EF-domstolen sida 1977 (*Webb*). Domstolen har dessuten også særlig anerkjent sosial beskyttelse av arbeidstakerne, beskyttelse av leiarbeidere (*Webb*) og beskyttelse av bygningsarbeidere (*Guiot*) som særskilte tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon.

Det er ikke nødvendig at beskyttelse av arbeidstakere er det uttrykte formålet med ei lovgiving. (*Wolff & Müller*). Men det må faktisk være sånn. Det må gi arbeidstakerne en virkelig fordel, som betydelig øker deres sosiale beskyttelse (*Portugaia*, avsnitt 29).

Men om en restriksjon er begrunna i hensynet til å beskytte arbeidstakerne, så er det fortsatt ikke sikkert at den er tillatt. Det er også et vilkår at arbeidstakerne ikke er beskytta av tilsvarende regler i etableringsstaten. I så fall er det ikke anledning til å gjøre arbeidslandets arbeidsvilkår gjeldende.

Det må altså for det tredje avklares *hvorvidt arbeidstakeren har tilsvarende beskyttelse etter de reglene som gjelder i den staten arbeidsgiveren er etablert i, og som gir arbeiderne en virkelig fordel som øker deres sosiale beskyttelse betydelig.*

Men om en restriksjon er begrunna i hensynet til å beskytte arbeidstakerne, og arbeiderne ikke er beskytta av samme eller bedre vilkår i hjemlandet, så er det fortsatt ikke sikkert at den er tillatt. Bruken må være forholdsmessig.

For det fjerde må det avklares at den er *egna til å oppnå formålet med den og den må ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å oppnå dette formålet.* Her kommer det også inn et spørsmål om det samme kan oppnås med mindre inngripende midler. Dette siste trinnet i hvordan rettferdiggjøre en restriksjon er det som vanligvis omtales som proporsjonalitetstesten.

35 Merknad 40.

Med Arblade-testen har EF-domstolen lagt ut en veritabel sperreild til beskyttelse av foretak som vil yte tjenester på tvers av landegrensene innafor EØS-området.

1.9 Laval, Rüffert og Kommisjonen mot Luxemburg – utstasjoneringsdirektivet som maksimumsdirektiv

Vi har sett at utstasjoneringsdirektivet pålegger medlemsstatene å sikre utsendte arbeidstakere ei hard kjerne av arbeidsvilkår, og at direktivet ut over det er åpent i flere retninger. Det er ikke til hinder for å gjøre gjeldende bedre arbeidsvilkår, og det er ikke til hinder for å gjøre gjeldende andre arbeidsvilkår. I hvert fall var det sånn fram til EF-domstolen avsa dom i Laval-saka.

Dette ble snudd på hodet i løpet av tre dommer ved EF-domstolen, som ble avsagt i løpet av mindre enn ett år fra desember 2007 til mai 2008: *Laval, Rüffert og Kommisjonen mot Luxemburg*. Alle tre gjelder saker som er oppstått etter EU-utvidelsen i 2004. Det er vanlig oppfatning at dommene har forvandlet utstasjoneringsdirektivet fra å være et minimumsdirektiv til å være både et maksimumsdirektiv og et minimumsdirektiv.

Ingen av dommene dreier seg om allmenngjøring av tariffavtaler. Dommene får ikke noe virkning for hvorvidt det er anledning til å allmenngjøre tariffavtaler, eller for om det er anledning til å gjøre allmenngjorte arbeidsvilkår i tariffavtalene gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Men dommene får virkning for *hva i tariffavtalene* som kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Bakgrunnen for sakene og saksforløpet er velkjent og jeg lar det ligge. Her bare om hvilke følger disse tre dommene får.

Kan det gjøres gjeldende bedre bestemmelser enn minstebestemmelser?

Det svenske *Byggavtalet* har bestemmelser blant annet om arbeidstid og ferie, som er blant kjernevilkårene i utstasjoneringsdirektivet. Tariffavtalen har bedre bestemmelser enn de tilsvarende svenske lovbestemmelsene som er gjort gjeldende for utstasjonerte arbeidstakere gjennom den svenske utstasjoneringsloven.

At tariffavtalen har bedre bestemmelser, var etter generaladvokat Mengozzis oppfatning ikke til hinder for å gjøre tariffavtalens bestemmelser gjeldende for de latviske arbeiderne til Laval un Partneri. Mengozzi viste her til at utstasjoneringsdirektivet ikke er til hinder for å gjøre gjeldende slike arbeidsvilkår som er gunstigst for arbeiderne.

Dette ble avvist av EF-domstolen i *Laval*. Utstasjoneringsdirektivet gir ikke medlemsstatene adgang til å gjøre gjeldende vilkår ut over minstevilkårene i loven. Det beskyttelsesnivået som skal garanteres utstasjonerte arbeidstakere er begrenset til de vilkårene som er fastlagt i den harde kjerna i utstasjoneringsdirektivet, med mindre arbeiderne har bedre vilkår i den staten arbeidsgiveren deres er etablert i, ifølge domstolen.

Adgangen til å gjøre gjeldende bedre vilkår enn minstevilkårene var også tema i *Rüffert*. Saka gjaldt som kjent hvorvidt en tysk delstat kunne ha krav i anskaffelsesreglementet sitt om at anbydere skulle etterleve minstelønningene i en lokal tariffavtale som ikke var allmenngjort, og som var høyere enn minstelønnsbestemmelsene i en landsomfattende tariffavtale som var allmenngjort.

Generaladvokaten i *Rüffert* gjorde her ei tolking av den adgangen utstasjoneringsdirektivet gir til å benytte slike arbeidsvilkår som er gunstigst for arbeiderne. Ifølge hans oppfatning har denne adgangen to sider. For det første betyr den at om arbeideren er omfattet av bedre arbeidsvilkår i etableringsstaten enn i arbeidsstaten, så beholder han de arbeidsvilkårene han har i den staten arbeidsgiveren er etablert. For det andre betyr den *at medlemsstatene kan sikre utsendte arbeidere det nivået av sosial beskyttelse som de sjøl vil, hva angår kjernevilkårene i direktivet*.

Han viser også til at den allmenngjorte tariffavtalen for byggenæringa, TV Mindestlohn, har en uttrykkelig bestemmelse om at den ikke får noen virkning dersom arbeiderne er omfattet av annen tariffavtale (lokal avtale eller særavtale) som har bedre bestemmelser enn minstelønnsbestemmelsene i TV Mindestlohn. At TV Mindestlohn tar forbehold om å benytte de arbeidsvilkårene som er best for arbeideren, er etter generaladvokatens betenkning både i samsvar med og autorisert av utstasjoneringsdirektivet.

Ifølge generaladvokaten kunne det at delstaten hadde stilt krav om at den polske arbeidsgiveren skulle betale ei høyere lønn enn den som var allmenngjort, begrunnes i denne bestemmelsen i direktivet. Denne tolkinga, som var gjort før dom ble avsagt i *Laval*, ble avvist av EF-domstolen.

Ei minstelønn som ikke er fastsatt ved en av de måtene som er gjort tilgjengelig for medlemsstatene ved direktivet, er ikke ei minstelønn i direktivets forstand, ifølge domstolen. Dessuten kan ei sånn minstelønn heller ikke betraktes som et arbeidsvilkår som er gunstigere for arbeideren i direktivets forstand. Denne bestemmelsen kan ikke tolkes dit hen at medlemsstatene kan gjøre adgangen til å yte tjenester på sitt

territorium avhengig av at en skal etterleve arbeidsvilkår ut over de pålagte kravene til minstebeskyttelse. Det beskyttelsesnivået som skal sikres utsendte arbeidere er, ifølge EF-domstolen, i prinsippet begrenset til den harde kjerne av arbeidsvilkår som er fastlagt i direktivet, med mindre de er dekket av bedre bestemmelser ved lov eller tariffavtale i hjemlandet.³⁶

At EF-domstolen kom til dette resultatet, kom ikke som noen overraskelse. Ei tilsvarende tolkning ble, som vi har sett, foretatt i *Laval*. Ordlyden er her den samme i *Laval* som i *Rüffert*. Men omstendighetene er ikke de samme.

I *Rüffert* betyr dette at medlemsstaten, her ved delstaten Nierdersachsen, ikke kan gjøre adgangen til å yte tjenester på sitt territorium avhengig av at en skal etterleve arbeidsvilkår ut over de pålagte kravene til minstebeskyttelse, her ei minstelønn som er nedfelt i en tariffavtale som ikke er allmenngjort, og som er en god del høyere enn den minstelønna som er nedfelt i en allmenngjort landsomfattende tariffavtale for byggebransjen.

I *Laval* bemerket EF-domstolen at den svenske tariffavtalen har bedre bestemmelser enn det som følger av lovgiving som er gjort gjeldende for utsendte arbeidere ved den svenske implementeringa av utstasjoneringsdirektivet, særlig hva angår arbeidstid og ferie. Og riktig nok åpner direktivet for å benytte sånne arbeidsvilkår som er mer fordelaktige for arbeideren. Men en kan ikke gjøre adgangen til å yte tjenester på sitt territorium, her altså byggeplassen i Vaxholm, avhengig av at en skal etterleve arbeidsvilkår ut over de pålagte kravene til minstebeskyttelse, for eksempel arbeidstids- og feriebestemmelsene i *Byggavtalet*, og som er bedre enn de bestemmelsene som følger av svensk lovgiving.

Fram til *Laval* har utstasjoneringsdirektivets artikkel 3(7) vært oppfattet omtrent som følger. Om tariffavtalen har bedre bestemmelser enn de som følger av loven, så kan du gjøre tariffavtalens bestemmelser gjeldende for utsendte arbeidere. Tariffavtalen gir jo vanligvis bedre arbeidsvilkår enn det som følger av loven. Og utstasjoneringsdirektivet er ikke til hinder for at en gjør gjeldende de arbeidsvilkårene som er bedre for arbeideren. Men om en gjør tariffavtalens vilkår gjeldende, så må dette gjelde alle som arbeider på avtalens område. Det er ikke anledning til å gjøre gjeldende krav om bedre arbeidsvilkår for utsendte arbeidere enn det en krever skal gjelde for arbeidere i innenlandske selskaper.

³⁶ Rüffert-dommen, premiss 32, 33 og 34.

Adgangen til å gjøre gjeldende mer fordelaktige arbeidsvilkår er drøfta i en EU-rapport om implementeringa av utstasjoneringsdirektivet fra 2006³⁷. Rapporten drøfta også tariffavtalenes grunnleggende rolle, særlig når det gjelder å fastsette minstelønnssetser, arbeidstid og ferie, men også når det gjelder andre vilkår innafør den harde kjerna i utstasjoneringsdirektivet. Rapporten konstaterer at generelt sett er hierarkiet av standarder sånn at tariffavtalene forbedrer den beskyttelsen som lover og forskrifter gir. Så drøfter rapporten adgangen til å gjøre gjeldende mer fordelaktige bestemmelser. Tolket i samsvar med traktatens restriksjonsforbud er konklusjonen, "som deles av alle eksperter" (det er hva som står), at bestemmelsen ikke gir medlemsstatene adgang til å benytte regler overfor utstasjonerte arbeidstakere som gir bedre beskyttelse enn de som gjelder for ansatte i innenlandske selskaper.

Sett i sammenheng skulle en kunne tru at om tariffavtalen har bedre bestemmelser enn tilsvarende lovgiving, så kan de gjøres gjeldende for utstasjonerte arbeidstakere, om de er allmenngjort.

Laval og *Rüffert* bryter med denne oppfatninga. En følge av dommene er at den norske implementeringa av utstasjoneringsdirektivet ikke lenger er holdbar hva angår hvilke allmenngjorte arbeidsvilkår som kan gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere.³⁸

Er det anledning til å gjøre gjeldende andre arbeidsvilkår enn den harde kjerna?

EUs utstasjoneringsdirektiv pålegger altså medlemsstatene, som nevnt flerfoldige ganger før, å sørge for at utenlandske foretak som sender ut arbeidstakere til deres territorium i forbindelse med tjenesteyting, garanterer arbeiderne sine ei hard kjerne av arbeidsvilkår. Men direktivet er ikke til hinder for å benytte andre arbeidsvilkår enn de som er fastlagt i den harde kjerna, om det dreier seg om bestemmelser som gjelder

37 Se Commission's services report on the implementation of Directive 96/71 fra 2006, punktene 14 og 16. Se også generaladvokatens betenkning i *Laval*-saken, paragrafene 197 – 198 og 208 – 209.

38 Hvis arbeidsforholdet for en utsendt arbeidstaker faller inn under anvendelsesområdet for et vedtak etter lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v., skal de bestemmelser som er allmenngjort og som gjelder lønn eller arbeids- og ansettelsesvilkår etter første ledd gjelde for arbeidsforholdet. Forskrift om utsendte arbeidstakere § 2, andre ledd.

den "offentlige orden".³⁹ Det er denne siste bestemmelsen saka kommisjonen mot Luxemburg i første rekke handler om.

Hva som er "offentlig orden" har vært omstridt, både før og etter direktivet ble vedtatt. Med *bestemmelser om offentlig orden* (engelsk *public policy provisions*) menes i EU-retten noe helt annet enn det vi vanligvis forbinder med offentlig orden. Det er for eksempel ikke snakk om drikking og slåssing på offentlig sted.⁴⁰ *Public policy* brukes mer i retning av sånn lovgivning som medlemsstatene mener gjelder viktige samfunnsinteresser i medlemsstaten.

Kommisjonen har ellers lenge ment at flere medlemsstater har gått for langt i å gjøre sine arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske utsendte arbeidstakere, deriblant Belgia og Luxemburg. Både prinsipielt og når det gjelder de konkrete ankepunktene mot Luxemburg, fikk kommisjonen fullt medhold av EF-domstolen.

EF-domstolen slår fast at adgangen til å gjøre gjeldende andre vilkår enn den harde kjerna må tolkes strengt, og at omfanget ikke kan fastlegges ensidig av medlemsstatene uten noen kontroll fra EUs institusjoner. Dette var ikke noe nytt. Men mens medlemsstatene tidligere har vært innrømmet et visst slingringsmonn i å avgjøre hva i deres lovgivning som er ufravikelig.⁴¹ fastslo EF-domstolen denne gangen at lista over arbeidsvilkår som kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere og som er fastlagt i den harde kjerna, er ei *uttømmende* liste.⁴² Dette var nytt.

I *Laval* pekte domstolen på at *Byggavtalet* også inneholder bestemmelser om andre arbeidsvilkår enn kjernevilkårene i utstasjoneringsdirektivet. Domstolen viste til at medlemsstatene riktig nok har anledning til å gjøre gjeldende vilkår ut over den harde kjerna av arbeidsvilkår som er fastlagt i direktivet, hva angår bestemmelser om *offentlig orden*. Men ettersom *Byggavtalet* var blitt til gjennom forhandlinger mellom partene i byggenæringa, som ikke er offentligrettslige organer, kunne de heller ikke påberope

39 Direktiv 96/71EU artikkel 3 (10).

40 Kanskje det var et dårlig eksempel. I *Omega* fra 2004 (Sak C-36/02) avsa EF-domstolen dom for at fellesskapsretten ikke var til hinder for å forby en "laserdrome" i Bonn, der det ble simulert drap, av hensyn til den offentlige orden, for så vidt som dette krenket den menneskelige verdighet.

41 Se COM(2003)458 om implementeringen av Direktiv 96/71EF i medlemsstatene.

42 Dette fastslås i paragraf 26 og gjentas i paragraf 31 i dommen.

seg grunner som gjelder *offentlig orden* til støtte for blokaden mot Lava lun Partneri, ifølge domstolen.

Generaladvokat Trstenjak i *Kommisjonen mot Luxemburg* hadde ei anna tilnærming. Bestemmelser i tariffavtalene kan ikke opphøydes til bestemmelser om *offentlig orden* bare fordi de følger av tariffavtaler. Hver enkelt bestemmelse måtte i tilfelle vurderes for seg. I *Laval* gikk domstolen lenger. En bestemmelse i tariffavtalen er uansett ikke en bestemmelse om offentlig orden, ettersom den er avtalt mellom parter som ikke er offentligrettslige organer. Konsekvensen er at det bare er bestemmelser i tariffavtalene som gjelder sånne arbeidsvilkår som er innbefatta i den harde kjerna av arbeidsvilkår som kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Artikkel 3(10) kan ikke rettfærdiggjøre at bestemmelser ut over den harde kjerna gjøres gjeldende.

Kan det benyttes andre måter å gjøre tariffavtalens bestemmelser gjeldende for utenlandske tjenesteytere på enn de som er stilt til rådighet i direktivet?

Laval har også en tredje konsekvens: Det er ikke anledning til å gjøre tariffavtalens bestemmelser gjeldende overfor en utenlandsk tjenesteyter annet enn ved bruk av de framgangsmåtene for dette som utstasjoneringsdirektivet stiller til rådighet.

Dette er ikke til hinder for at en utenlandsk tjenesteyter frivillig kan inngå en tariffavtale med en fagorganisasjon i det landet arbeidet utføres. Det er mer uklart i hvilken grad fagorganisasjonen kan iverksette arbeidskamp etter reglene i hjemlandet for å tvinge gjennom en direkteavtale med det utenlandske firmaet. Det får ligge her. Men ut over det kan tariffavtalens bestemmelser bare gjøres gjeldende for utenlandske foretak om en benytter en av de framgangsmåtene direktivet stiller til rådighet.

En tariffavtale som har allmenn gyldighet i utstasjoneringsdirektivets forstand er en tariffavtale som må etterleves av alle foretak i det aktuelle geografiske område og innafor det aktuelle yrke og den aktuelle næring. Men *om den ikke har noen ordning for å allmenngjøre tariffavtaler*, kan medlemsstatene basere seg på tariffavtaler som har generell anvendelse og/eller på landsomfattende tariffavtaler inngått av de mest representative arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene.

Den førstnevnte muligheten ble inntatt i direktivet med tanke på Sverige og Danmark, som ikke hadde noen ordning for å allmenngjøre tariffavtaler. Men ingen av dem har benyttet seg av muligheten. Svenskene hadde Lex Britannia, som ga fagforeningene anledning til blokade for å tvinge gjennom tariffavtale i utenlandske foretak, uhindret av

at de ikke har medlemmer her og uansett om det har tariffavtale i hjemlandet, ei lovgiving som etter *Laval* er stein dau. At Sverige ikke har gitt svenske tariffavtaler anvendelse for utenlandske tjenesteytere, har vært medvirkende til det uføret svensk fagbevegelse har havnet i med *Laval*-dommen.

Denne bestemmelsen i utstasjoneringsdirektivet er blitt misforstått dit hen at en tariffavtale, for å kunne allmenngjøres, må anvendes "generelt på alle tilsvarende foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring".⁴³ Dette er feil. Vilkårene for når tariffavtalen kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere er alternative. Enten kan en benytte avtaler som er allmenngjort, det vil si avtaler som må etterleves av alle foretak. Eller, om en ikke har noen ordning for å allmenngjøre tariffavtaler, så kan en benytte avtaler som har anvendelse på alle tilsvarende foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring. Eller en kan benytte avtaler som er inngått av de mest representative partene. Eller en kan gjøre begge deler. Vi har i Norge ei ordning for å allmenngjøre tariffavtaler. Alle tariffavtaler som LO er part i kan allmenngjøres, og de kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Vi kan ikke da benytte noen av de alternative ordningene i tillegg til allmenngjøring.

Men omvendt diskriminering er tillatt

Laval har slått fast at det ikke er anledning til å gjøre gjeldende tariffavtalens vilkår, med mindre det er snakk om vilkår som er nevnt i artikkel 3(1). *Kommisjonen mot Luxemburg* har slått fast at det ikke er anledning til å gjøre gjeldende andre arbeidsvilkår enn den harde kjerna av arbeidsvilkår i utstasjoneringsdirektivet i det hele tatt, hva enten de er fastsatt i tariffavtaler eller ved lov og forskrift.

Kommisjonen mot Luxemburg fullfører dermed den omtolkinga av utstasjoneringsdirektivet som ble innleda med *Laval* og videreført i *Rüffert*. Med disse tre dommene – *Laval*, *Rüffert* og *Kommisjonen mot Luxemburg* - er EUs utstasjoneringsdirektiv forvandla fra et minimumsdirektiv til et både minimums- og et maksimumsdirektiv.

Dommene har ført til en situasjon der det er tillatt med *omvendt diskriminering*: Diskriminering av utenlandske foretak er ikke tillatt. En tjenesteyter som er etablert i en

⁴³ Se Norsk Teknologis klage til ESA 4.12.2008. Klagen til ESA er muligens kilden til et byssetelegram. Se f. eks. Dag Seierstad i Klassekampen 5. april 2008.

medlemsstat har en traktatfesta rett til å yte tjenester i en annen medlemsstat på samme vilkår som det som gjelder for tjenesteytere som er etablert i denne medlemsstaten. Men han er ikke underlagt alle de vilkårene som gjelder for innenlandske foretak. Diskriminering av innenlandske foretak, ved at de er underlagt krav som ikke gjøres gjeldende overfor utenlandske tjenesteytere, er tillatt.

"Laval"-loven i Danmark

I Danmark har en forsøkt å omgå *Laval* i ei ny lovgiving. Danmark har gjort en endring i sin *Lov om udstationering af lønmodtagere*. Endringen er gjort med virkning fra 1. januar 2009. Den består i at det er inntatt en ny § 6 a i loven der det heter som følger:

Med henblik på at sikre udstationerede lønmodtagere løn svarende til, hvad danske arbejdsgivere er forpligtet til at betale for udførelsen af tilsvarende arbejde, kan der på samme måde som over for danske arbejdsgivere anvendes kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere til støtte for et krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, jf. dog stk. 2.

Det er en betingelse for iværksættelse af kollektive kampskridt som nævnt i stk. 1, at der forinden over for den udenlandske tjenesteyder er henvist til bestemmelser i de kollektive overenskomster, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark, og som gælder på hele det danske område. Det skal af disse overenskomster med den fornødne klarhed fremgå, hvilken løn der efter overenskomsterne skal betales.

Dette er den lovgivinga som i Danmark omtales som *Laval-loven*. Danmark har altså med det gjort bruk av den andre unntaksbestemmelsen i utstasjoneringdirektivets artikkel 3(8) (nokså overraskende, ettersom den første unntaksbestemmelsen i artikkel 3(8) er laget for Danmark). Det eneste som mangler, er tariffavtaler "med den fornødne klarhet".

Hensikten er at det skal opprettes en ny tariffavtale for byggenæringa. Her skal alle lønnsytelser omregnes på timebasis og "pakkes inn" i ei forhøya minstelønn. Danske arbeidsgivere har så langt ikke vært villig til å inngå en sånn avtale. Det er tenkt omgått ved at tariffavtalen blir gjort gjeldende ved voldgiftskjennelse. Om en får det til, gjenstår fortsatt et problem. Det er at om det blir krevd at eksempelvis en polsk arbeidsgiver skal betale arbeiderne sine ei sånn forhøya minstelønn, så er sannsynligheten ganske stor for at saka er tilbake på EF-domstolens bord før en aner ordet av det.

2 Allmenngjøring "på norsk"

Har allmenngjøringsloven vært et egna redskap til å sikre utenlandske arbeidstakere ei anstendig minstelønn? Vi skal her se på hvordan loven ble til, hvordan den er blitt brukt, og hvordan den er blitt kritisert av NHO på en måte som gjør at det framstår som et under at medlemmene av tariffnemnda fortsatt er på frifot.

2.1 Hvordan er allmenngjøringsloven blitt til?

Allmenngjøringsloven ble til i ei tid da Norge hadde ei mindretallsregjering utgått fra Arbeiderpartiet. Vi hadde innvandringsstopp. EØS var det store politiske spørsmålet. Loven var i si tid ei forutsetning for LOs tilsutning til EØS-avtalen. EF-domstolen hadde nylig avsagt dom i *Rush Portuguesa*, og Sverige hadde fått sin *Lex Britannia*. Det var vanlig oppfatning at vi som medlem av EØS fortsatt ville stå fritt til å gjøre våre lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for tjenesteytere fra andre EØS-stater.

Regjeringa hadde lovt at et forslag til regler for å fastsette lønns- og arbeidsvilkår som også måtte følges av utenlandske bedrifter og arbeidstakere, ville bli framlagt for Stortinget i god tid før EØS-avtalen skulle tre i kraft. I Stortingsproposisjonen⁴⁴ framheva regjeringa at det ville bli framsatt lovforslag for å hindre at EØS-avtalen fikk som virkning at "utenlandske arbeidstakere utfører arbeid i Norge på lønns- og arbeidsbetingelser som er vesentlig dårligere enn de norske".

Hva disse reglene skulle bestå i var mindre klart. To hovedalternativer ble diskutert. Det ene var lovregulering av lønns- og arbeidsvilkår, enten ved å innføre allmenngjøring (som i Finland og Tyskland) eller ved å innføre lovfesta minstelønn. Det andre var bruk av boikott for å framtvinge tariffavtale eller lønns- og arbeidsvilkår etter nasjonalt nivå (som i Sverige og Danmark).

I juni 1992 la Kommunaldepartementet fram et forslag til ei lovgiving om innføring av bransjevise minstelønnsatser etter krav fra arbeidsgiver- eller arbeidstakerorganisasjon i vedkommende bransje. Regjeringen var, som det het i

⁴⁴ St.prp. nr. 100 (1991-92) Om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen.

departementets brev,⁴⁵ ”klar over at det må sikres at ikke en EØS-avtale fører til såkalt sosial dumping i Norge”.

LOs representantskap hadde tre dager tidligere gjentatt at det var ei forutsetning for LOs tilsutning til EØS-avtalen at nasjonale lønns- og arbeidsvilkår skulle gjelde ved ”oppdrag der andre lands borgere blir brakt inn som arbeidskraft”. Dette måtte ifølge LO sikres ved ei lovgiving der tariffavtalene ble gitt et utvida virkefelt, men også sånn at partene beholdt størst mulig herredømme over om og når dette skulle skje, og sånn at partene hadde adgang til å bestemme det minstenivået som ble gitt utvida virkefelt.

Departementet foreslo i sitt høringsnotat⁴⁶ at et offentlig organ skulle få hjemmel til å fastsette bransjevise minstelønnssetser etter krav fra arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon med landsomfattende tariffavtale og innstillingsrett etter arbeidstvistloven, og om allmenne hensyn tilsa det. Denne myndigheten ble forsøksvis foreslått lagt til Rikslønnsnemnda, som i tilfelle skulle vurdere både behovet for minstelønnssetser og hva lønnsnivået skulle være.

Det var altså ikke nødvendigvis tariffavtalenes minstelønnsbestemmelser som skulle gjelde. Ved fastsetting av minstelønn skulle det blant annet legges vekt på minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalene og det faktiske lønnsnivået i vedkommende bransje. Minstelønnssetsene måtte settes så høyt at det ikke var grunnlag for sosial dumping, men ikke så høyt at de virket lønnsdrivende. Departementet avviste, av naturlige grunner, et forslag om at utenlandske arbeidstakere som arbeidet i Norge, skulle ha krav på gjennomsnittslønna i den bransjen de arbeidet.

Fellesforbundet avviste departementets forslag på prinsipielt grunnlag. Forbundet understreka viktigheten at lønnsfastsettelsen skjer mellom partene i arbeidslivet. Forbundet viste også til at å fastsette ei minstelønn ville være ei nærmest umulig oppgave for ei lønnsnemnd. Om minstelønna ble satt for høyt, ville det føre til at uorganiserte arbeidere fikk høyere lønn enn det mange organiserte arbeidere hadde, og det var ikke bra. Om minstelønna ble satt for lavt, kunne det føre til at de fikk lavere lønn enn det tariffavtalen fastsatte, og det var heller ikke bra. Forbundet pekte også på at problemet med sosial dumping omfatta mer enn bare minstelønn. Dumping av

45 Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet. Uttalelse fra LOs representantskap 22. juni 1992.

46 Høringsnotat – sosial dumping. Kommunaldepartementet 25. juni 1992.

sosiale ordninger, avtalefesta pensjon, sluttvederlag, velferdspermisjon, reise- og gangtidsbestemmelser og arbeidstidsbestemmelser ble nevnt i denne sammenhengen.

Forbundet gikk i stedet inn for å endre boikottloven sånn at fagforbund med landsomfattende tariffavtaler kunne kreve tariffavtale i bedrifter som drev med sosial dumping, uansett om de ikke hadde medlemmer her, innbefatta rett til (etter mekling) å iverksette arbeidskamp for å tvinge tariffavtalen gjennom. Bedrifter som ble tariffbundne på denne måten, skulle også betale ei kontrollavgift til partene i tariffavtalen. Forbundet så ikke for seg at ei slik lovgiving ville bli særlig mye brukt. Men aksjonsretten måtte ligge der, som "et ris bak speilet" overfor bedrifter som ikke ville rette seg etter norske avtaler.⁴⁷

LO gikk i sitt hørings svar også mot departementets forslag. Men LO gikk i stedet inn for både allmenngjøring av tariffavtalen etter begjæring fra fagorganisasjon med innstillingsrett og utvida rett til boikott i tråd med Fellesforbundets forslag.

Allmenngjøring av tariffavtalen ville ifølge LO "sikre at det er de vilkår som organisasjonene har avtalt som blir anvendt og at de omfatter hele bredden av lønns- og arbeidsvilkår". Allmenngjøring måtte "omfatte samtlige lønns- og arbeidsvilkår i overenskomsten og ikke begrense seg til minstelønn". LO gikk uttrykkelig mot at det skulle være ei forutsetning for å allmenngjøre at det ble arbeidet på vilkår som var "vesentlig" dårligere enn norske vilkår, eller at det ble oppstilt noe særskilt skjønnsmessig vilkår om "allmenne hensyn" for å vedta allmenngjøring.

Dessuten gikk LO inn for at boikottloven ble endret sånn at det kunne iverksettes boikott til støtte for krav om lønns- og arbeidsvilkår i landsomfattende overenskomst uhindret av boikottlovens § 2c),⁴⁸ uansett om virksomheten alt var tariffbundet, og at det uansett måtte være adgang til å iverksette boikott for å sikre at et allmenngjøringsvedtak ble etterlevd.⁴⁹

Det ble nå utarbeida et forslag til lov om allmenngjøring av tariffavtaler (Ot. Prp. Nr. 26 (1992 – 93)). Lovforslaget var identisk med den vedtatte loven med to unntak. Det ene forskjellen gjelder at loven i Stortinget fikk en formålsparagraf som ikke var med i

47 Fellesforbundets høringsuttalelse til LO 13. august 1992.

48 "Boikott er rettsstridig... når den vil skade vesentlige samfunnsinteresser eller virke utilbørlig, eller når det ikke er noe rimelig forhold mellom den interesse som skal fremmes ved boikotten og den skade som den vil føre med seg..." (Lov om boikott § 2 c)).

49 Høringsnotat – sosial dumping. Brev fra LO til kommunaldepartementet (udatert).

regjeringens forslag. Det andre forskjellen gjelder en bestemmelse om supplerings av tariffnemnda i saker der andre enn LO begjærer allmenngjøring.

Kommunaldepartementet la i sin tilråkning til grunn at de viktigste bestemmelsene i tariffavtalen som gjaldt arbeidsforholdet, skulle kunne allmenngjøres. Men det var bare avtalenes bestemmelser om de enkelte arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår (individuelle bestemmelser) som skulle kunne allmenngjøres. Det ble ikke forutsatt at alle individuelle bestemmelser i tariffavtalen måtte allmenngjøres. Tariffnemnda skulle i hver enkelt sak ta stilling til hvilke bestemmelser som skulle omfattes av vedtaket for at arbeidstakerne skulle være sikret likeverdige lønns- og arbeidsvilkår. Omfanget av bestemmelser som allmenngjøres skulle ikke være større enn det som var nødvendig for å oppnå dette formålet.

Det ble dessuten understreka at nemndas vedtak ikke måtte gis et mer omfattende anvendelsesområde enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med loven. Det en tenkte på her var at allmenngjøring ikke skulle benyttes ut over den bransjen eller del av bransjen der det var behov for det, og at nemnda dessuten skulle vurdere om vedtak skulle gjelde for hele landet, eller begrenses til bestemte geografiske områder.

Det er hevda at lovens formålsparagraf ikke var spesielt godt politisk håndverk. Men den var i hvert fall politisk håndverk. Lovforslaget, som var et helt annet forslag enn det som hadde vært ute på høring, gikk rett til Stortinget. Fordi forslaget var svært forskjellig fra det som hadde vært på høring, arrangerte komiteen (Kommunal- og miljøvernkomiteen) ei egen "høring", der det ble innhenta nye uttalelser fra høringsinstansene.

NHO gikk mot det nye forslaget. NHO mente at forslaget om en allmenngjøringslov gikk langt ut over det som var nødvendig for å hindre sosial dumping, og at det dessuten ikke var påvist noe behov for en sann lov. Om det likevel ble innført en sann lov, gikk NHO inn for at det måtte være et vilkår at det var påvist at allmenngjøring var nødvendig for å hindre et konkret tilfelle av sosial dumping, og at det dessuten var ei forutsetning for å fatte vedtak at de vilkår de utenlandske arbeiderne hadde samla sett var vesentlig dårligere enn det norske arbeidstakere hadde.

LO la på si side hovedvekt på å få knesatt at loven måtte sikre at utenlandske arbeidstakere fikk vilkår som var likeverdige med det som norske arbeidstakere hadde, og at det ikke måtte stilles vilkår om at forskjellen skulle være vesentlig, eller at forskjellbehandlingen var urimelig.

Det ble vist til *Rush Portuguesa* fra 1990, som ble tatt til inntekt for at medlemsstatene hadde anledning til å lovfeste helt likeverdige lønns- og arbeidsvilkår for nasjonale og utenlandske arbeidstakere, forutsatt at det ikke forelå noen diskriminering. Det var kanskje heller ikke noen urimelig oppfatning av dommen, om en så bort fra restriksjonsforbudet i EU-traktaten, noe en gjorde.

Fellesforbundet inntok et nokså ytterliggående standpunkt til lovforslaget. Forbundet hadde tidligere gått inn for at allmenngjøring skulle omfatte både lønnsvilkår og (alle) andre arbeidsvilkår i tariffavtalen. Forbundet gikk nå inn for at de minstelønnsbestemmelsene som skulle gjøres gjeldene, ikke var minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalene, men garantibestemmelsene i overenskomstene på grunnlag av statistikk for siste kjente kvartal, og at "det samme prinsipp" skulle legges til grunn for normallønnsoverenskomstene. For byggfagene ble det forutsatt at alt arbeid skulle utføres etter de landsomfattende akkordtariffene.⁵⁰

Hensikten med formålsparagrafen sånn som den framsto under behandlinga på Stortinget, var å sikre at loven ikke ble brukt til noe annet enn det som var formålet med den, som var å sikre at utenlandske arbeidstakere som arbeider i Norge fikk lønns- og arbeidsvilkår som var likeverdige med de vilkårene norske arbeidstakere har. Poenget var å hindre at loven ble brukt av de store fagorganisasjonene til å gi tariffavtalene sine generell utbredelse.

Debatten dreide seg ellers i liten grad om hensynet til å sikre utenlandske arbeidstakere mot å bli utnyttet. Den dreide seg så å si bare om hensynet til å sikre norske bedrifter og arbeidstakere mot (urettferdig) konkurranse på den ene sida, og på den andre sida hensynet til at allmenngjøring ikke skulle føre til økte lønnskostnader og kroken på døra for små og mellomstore norske bedrifter i distrikts-Norge. Uansett fikk loven en formålsparagraf. Loven ble deretter vedtatt i Odelstinget 18. mai 1993 mot stemmene til Høyre og Fremskrittspartiet.

50 Notat til forbundsstyret fra administrasjonen 10. desember 1992 og brev til kommunal- og miljøvernkomiteen 14. januar 1993.

2.2 Den norske implementeringa av utstasjoningsdirektivet

Utstasjoningsdirektivet ble, da det kom, oppfatta som et minimumsdirektiv. Sånn ble det oppfatta i Norge også. Det framgår både av høringsbrevet og lovforslaget.⁵¹

Da direktivet ble inntatt i norsk lov ved et nytt kapittel XIIB i Arbeidsmiljøloven, ble både sånne arbeidsvilkår som kom inn under den harde kjerna i direktivet, og en del arbeidsvilkår som ikke kom inn under den harde kjerna, gjort gjeldende for utstasjonerte arbeidere. For eksempel ble hele arbeidstidskapitlet i Arbeidsmiljøloven gjort gjeldende. Våre formkrav til arbeidsavtalen ble også gjort gjeldende (etter ønske fra Fellesforbundet).⁵²

Det har helt til nylig vært ei ganske ubekymra holdning til at vi fritt kunne gjøre vår offentligrettslige lovgiving om lønns- og arbeidsvilkår gjeldende for utenlandske tjenesteytere.⁵³ Hva som ble nevnt i loven og hva som ikke ble nevnt var også til dels tilfeldig. Det har aldri vært meninga at lista i Arbeidsmiljøloven (nå i Forskrift om utsendte arbeidstakere) over arbeidsvilkår som gjelder for utstasjonerte arbeidere, skulle være uttømmende.

Vi har som kjent ingen lovgiving om minstelønn i Norge. Da utstasjoningsdirektivet ble implementert, ble det henvist til Allmenngjøringsloven. I departementets høringsforslag ble det foreslått en bestemmelse om at "dersom utsendte arbeidstakere utfører arbeid innafor en bransje som omfattes av en tariffavtale som er allmenngjort, og avtalen har bestemmelser om minstelønn, skal bestemmelsene om minstelønn komme til anvendelse for utsendte arbeidstakere".

Bestemmelsen ble utvida etter forslag fra formannen i arbeidsretten, som mente at det ikke var tilstrekkelig at loven bare omfattet minstelønn. Han foreslo at bestemmelsen i stedet skulle rette seg mot alle arbeidsvilkår som etter loven ble gjort gjeldende for

51 Ot.prp. nr. 13 (1999 – 2000).

52 Vi har altså en tilsvarende bestemmelse i vår lovgiving som det Luxemburg ble dømt for ved EF-domstolen i 2008.

53 Om vi kunne det før, så kan vi det ikke lenger. Vi har dermed en situasjon der det er spørsmål om den norske implementeringa av utstasjoningsdirektivet i det hele tatt er i samsvar med direktivet, sånn som direktivet nå er tolka i *Laval* og *Kommisjonen mot Luxemburg*. Det er det antakelig ikke.

utstasjonerte arbeidstakere, i den utstrekning slike vilkår ble fastsatt i tariffavtaler som var allmenngjort.

Forslaget ble tatt til følge. Om en arbeidstaker som er utstasjonert til Norge kommer inn under et allmenngjøringsvedtak, skal de bestemmelser som er allmenngjort og som gjelder lønns- og arbeidsvilkår som er gjort gjeldende for utstasjonerte arbeidstakere, gjelde for arbeidsforholdet.

Det har gjort at det har vært uproblematisk i forhold til norsk lov å gjøre gjeldende for eksempel arbeidstids- og overtidsbestemmelser i tariffavtalen, sjøl om det fins lovbestemmelser om det samme. Derimot er det, som vi har sett, langt fra uproblematisk i forhold til *Laval* og *Rüffert*.

2.3 Tariffnemnda og "dokumentasjonskravet"

Det har fra første stund vært åpen uenighet i tariffnemnda mellom LO og NHO, mens de nøytrale medlemmene av nemnda har sørga for et flertall i ei eller anna retning. Uenigheten har dreid seg om to forhold. Det ene har vært om det har vært nødvendig å allmenngjøre. Det andre har vært hva i tariffavtalen en i tilfelle skal allmenngjøre. Her nærmere om den første. Uenigheten har vanligvis hatt form av et spørsmål om hvorvidt det har vært dokumentert at det har vært behov for å allmenngjøre.

NHO har brukt det såkalte "påviselighetskravet" i loven som et brekkjern til å gjøre allmenngjøringsordninga mest mulig ubrukelig. NHO har tolka lovens som at den "oppstiller visse kvalifikasjonskrav, nærmere bestemt hvor stort avviket mellom norske og utenlandske lønnsforhold må være før det er grunnlag for å allmenngjøre". Det må også legges vekt på "hvor omfattende arbeidet på avvikende vilkår er", og "det antall arbeidstakere som rent faktisk kommer, og det forholdsmessige antall sett hen til det geografiske området det er tale om allmenngjøring for."⁵⁴

I departementets høringsbrev om effektivisering av allmenngjøringsordninga av desember 2008⁵⁵ går departementet inn for å videreføre dokumentasjonskravet sånn som det har vært praktisert av Tariffnemnda til nå. Departementet mener at nemnda har håndtert dette på en fornuftig måte. Men dokumentasjonskravet er håndtert helt

54 Høring – utkast til forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler. NHO 14. mai 2004.

55 Høring om effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar. Arbeids- og inkluderingsdepartementet 5. desember 2008.

annerledes i den siste saka som er behandla i Tariffnemnda enn sånn som det ble håndtert i den første saka.

I den første saka om allmenngjøring for petrokjemianlegg på land, tok nemnda utgangspunkt i lovens formål. Det ble forstått dit hen at den kan treffe vedtak "hvis utenlandske arbeidstakere samlet sett har påviselig dårligere lønns- og arbeidsvilkår sammenlignet med hva norske arbeidstakere har". Tariffnemnda tolka dette som et vilkår om at det må "dokumenteres at det i Norge utføres arbeid av utenlandske arbeidstakere på lønns- og arbeidsvilkår som ikke er likeverdige med hva norske arbeidstakere har". Men nemnda stilte ikke noen krav ut over det:

Det er etter loven ikke noe krav eller forutsetning om at de utenlandske arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår skal være *vesentlig* dårligere enn de norske, at forskjellen skal være *urimelig*, eller at forskjellsbehandlingen skal gjelde et større antall arbeidstakere. Dersom problemet fremstår som lite, kan imidlertid nemnda etter en helhetsvurdering finne at et vedtak om allmenngjøring ikke fremtrer som nødvendig for å fremme lovens formål. (*Uthevingene er gjort av Tariffnemnda.*)

Etter at departementet sendte ut høringsnotatet sitt, har Tariffnemnda i møte 18. desember 2008 vedtatt ikke å etterkomme LOs begjæring om landsomfattende allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene (LOK) for hele overenskomstens område. Vedtaket ble fatta ved flertallsvedtak med tre mot to stemmer.

Flertallet, deriblant NHOs representant, begrunna vedtaket med at den framlagte dokumentasjonen var "begrenset og delvis motstridende" og at det var tvilsomt om den var "representativ for bransjen som sådan". Et mindretall i nemnda mente at det var framlagt tilstrekkelig dokumentasjon for at det arbeider utenlandske elektrikere på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som norske elektrikere har.

Det har vært stilt spørsmål om hvorvidt EL & IT-forbundet egentlig "hadde dokumentasjon". Men det er ingen tvil om at forbundet har dokumentert at det forgår lønnsdumping på overenskomstens område. Det framgår også av flertallets begrunnelse for å avvise begjæringa.

Når Tariffnemnda har avslått begjæringa om allmenngjøring av LOK, får det konsekvenser som nemnda kanskje ikke har tenkt gjennom.

Elektrofagoverenskomsten gjelder ei bestemt yrkesgruppe, elektromontører. Mange jobber i byggenæringa, og mange jobber i verftsindustrien. I byggenæringa har utenlandske arbeidere krav på ei minstelønn om de arbeider som eksempelvis betongarbeidere eller tømrere, men ikke om de arbeider som elektromontører. Tilsvarende har de, om de arbeider i verftsindustrien, krav på ei minstelønn om de arbeider som stålarbeidere, men ikke om de arbeider som elektromontører. Det fører til diskriminering av ei yrkesgruppe i forhold til andre yrkesgrupper, til dels på samme arbeidsplass, og til dels i samme firma.

Flere av de verftene som står bak stevninga av Tariffnemnda var i 2006 og 2007 involvert i en samarbeidsavtale med et polskregistrert bemanningsselskap om innleie av personell. Avtalen omfatta ei minstebemanning på 200 arbeidere. På det tidspunktet avtalen ble inngått, ble behovet anslått til 100 elektrikere, 20 elektrostålsveisere og 130 røreleggere, platearbeidere og sveisere. Timeprisen til oppdragsgiver var 240 kroner, og timelønna til arbeiderne var 90 kroner brutto. Bemanningsselskapet var omtalt i LOs begjæring, både i dokumentasjonen som lå til grunn for at VO ble begjært allmenngjort og i den som lå til grunn for at LOK ble begjært allmenngjort. Tariffnemnda har da sikra en del av arbeiderne i det polske bemanningsselskapet minstelønn etter tariffavtalen, mens andre av arbeiderne, som i utgangspunktet hadde nøyaktig samme lønns- og arbeidsvilkår, ikke fikk den samme beskyttelsen.

Men det var egentlig ikke poenget her. Poenget er at tariffnemnda har endra holdning under veis. Fra å innta et standpunkt der det ikke ble stilt krav om at de utenlandske arbeiderne skulle ha vilkår som var vesentlig dårligere enn det som norske arbeidere har, eller til at forskjellen skulle være urimelig, eller at forskjellsbehandlingen gjaldt et større antall arbeidstakere, har tariffnemnda endt opp med at det ikke er nok at det er godtgjort at det foregår lønnsdumping, det må også godtgjøres at dette er "representativt for bransjen som sådan". Hva nå det enn betyr.

Dette er ikke bare en forskjell i måten nemnda har ordlagt seg på. Det er ingen tvil om at LOs begjæring om allmenngjøring av LOK i 2007, som ble avvist, var langt bedre underbygd enn LOs begjæring om allmenngjøring for petrokjemianlegg på land i 2003, som ble tatt til følge. Hva er det som har skjedd i mellomtida?

Ei sak er at Tariffnemnda i fire år har levd med intern uenighet om hvor lista skulle ligge. NHO har pressa på for at "dokumentasjonskravet" skulle håndteres så strengt som over hodet mulig. NHO har stilt store spørsmålstegn ved hvorvidt den virksomheten som Tariffnemnda har bedrevet, i det hele tatt er lovlig.

I møte 25. juni 2008 vedtok Tariffnemnda helt uventa å stille behandlingen av LOs begjæringer om allmenngjøring av VO og LOK i bero. Hvorfor det? Jo, seks dager tidligere hadde EF-domstolen avsagt dom i *Kommisjonen mot Luxemburg*.

Tariffnemndas brev til lovavdelingen og lovavdelingens svar

At sakene ble stilt i bero, ble begrunnet med at nemnda ville ha ei "nærmere vurdering av de EØS-rettslige sidene ved allmenngjøringsordningen og allmenngjøringsforskriftene før det treffes vedtak i sakene. Tariffnemndas beslutning er truffet på grunnlag av den senere tids rettspraksis fra EF-domstolen og øvrige innspill som er kommet under nemndas behandling av sakene."

Tariffnemnda henvendte seg til lovavdelingen i Justisdepartementet.⁵⁶ Innledningsvis pekte nemnda på at det at det stadig ble reist tvil om hvorvidt allmenngjøringsloven er i samsvar med EØS-retten og hvor grensene for nemndas kompetanse går, ikke er heldig for ordninga, og at de innspillene nemnda hadde fått, særlig i forbindelse med allmenngjøring av VO i skips- og verftsindustrien og de nylig avsatte EF-dommene, medførte at nemnda følte behov for en ny gjennomgang og vurdering av forholdet til EØS-retten. Tariffnemnda stilte to spørsmål:

Tariffnemnda ber for det første om en EØS-rettslig vurdering av selve allmenngjøringsordningen. Gitt at allmenngjøringsloven er i overensstemmelse med EUretten, ønsker nemnda en avklaring av grensene for nemndas kompetanse når vedtak skal fattes, særlig når det gjelder hvorvidt nemnda kan forskriftsfeste bestemmelser i tariffavtaler som materielt sett går lenger enn minimumsvilkår i lovgivningen. Det gjelder for eksempel arbeidstidsbestemmelsene hvor de fleste tariffavtalene har avtalefestet 37 ½ times arbeidsuke, mens den ukentlige normalarbeidstiden i arbeidsmiljøloven er 40 timer. Det samme gjelder overtidsbetaling hvor de fleste avtalene gir rett til 50 og 100 % overtidsbetaling for arbeid utover den tariffbestemte normalarbeidsuka, mens lovens ordning gir rett til 40 % overtidsbetaling for arbeid utover 40 timer per uke.

I sitt svar av 5. september 2008⁵⁷ svarte lovavdelingen at det faktum at loven tillegger Tariffnemnda en vid kompetanse til å allmenngjøre tariffavtaler, og etter ordlyden også

⁵⁶ Tariffnemndas brev til lovavdelingen vedrørende EØS-rettslige problemstillinger.

⁵⁷ Lovavdelingens svar til Tariffnemnda

gir nemnda kompetanse til å treffe vedtak som går lenger enn det utsendingsdirektivet tillater, medfører ikke at allmenngjøringsloven som sådan er i strid med EØS-avtalen. Tariffnemndas kompetanse etter allmenngjøringsloven må anvendes innenfor de rammer som følger av EØS-avtalen. Nemnda har et selvstendig ansvar på dette punktet. Hva angår EF-dommene svarte lovavdelingen som følger:

Det er imidlertid klart at innenfor rammene av utsendingsdirektivet må det være mulig med en viss differensiering av arbeidsvilkår ut fra særlige behov i ulike sektorer. Uttalelsen fra domstolen viser likevel at i en proporsjonalitetsvurdering vil nødvendigheten av å ha mer vidtrekkende regler innenfor utvalgte sektorer måtte begrunnes særskilt.

Tariffnemnda har altså et sjølstendig ansvar for å holde vedtakene sine innafor ramma av EØS-avtalen. Dessuten må den, om den velger å gjøre gjeldende bestemmelser ut over lovens minimum, begrunne dette særskilt. Hvorvidt Tariffnemnda opplevde dette som særlig opplysende, er ikke godt å si. I saka om allmenngjøring for verftene vedtok tariffnemnda å allmenngjøre 37,5 timers uke. Dette til tross for at det i det utkastet til forskrift som hadde vært ute på høring ikke var noe forslag om å fravike lovens bestemmelse om 40 timer uke. Nemnda begrunnet riktig nok vedtaket særskilt.

Hvordan en skal sammenfatte erfaringene med tariffnemndas arbeid er heller ikke godt å si. Men de forventningene som ble stilt til at det skulle være ei sterk side ved det norske allmenngjøringsinstituttet at partene ble tildelt en så sentral rolle, kan vanskelig sies å være innfridd.

2.4 Allmenngjøring sett fra arbeidsgivernes side

Nå over til NHOs syn på allmenngjøring. I Norge har vi en hovedorganisasjon på arbeidsgiversida som er for sosial dumping, som vil at norske bedrifter skal kunne bruke all den billige arbeidskrafta som er blitt tilgjengelig i kjølvannet på EØS-utvidelsen, og som har holdninger som til dels ligger langt til høyre for EU-kommisjonen.

Disse holdningene er ikke enerådende på arbeidsgiversida. Ved sida av NHOs holdning fins det også ei mer moderne holdning Allmenngjøring av tariffavtaler har utbredt støtte i arbeidsgivernes rekke, for eksempel i byggenæringa, renholdsbransjen og i den seriøse bemanningsbransjen, og støtten er som regel større blant små- og

mellomstore bedrifter enn blant store bedrifter, og den er større nedover i organisasjonen enn oppover i organisasjonen.

Da Fellesforbundet allmenngjorde tariffavtalen for byggfagene, hadde det sterk støtte fra flere store bransjeforeninger for bygghåndverksfagene, men ikke fra entreprenørforeningen (EBA). Dette førte til at hovedforeninga i byggenæringa, Byggenæringens Landsforening (BNL), erklærte at "når våre medlemsforeninger er uenige seg i mellom, da trer vi til side". Dette gjorde det vanskelig for NHO å motarbeide allmenngjøring i byggenæringa.

Men nå er ikke BNL på sidelinja lenger. Høsten 2008 ble det gjennomført en høring om fortsatt allmenngjøring av byggfagoverenskomsten. BNL var i sitt høringssvar⁵⁸ tvilende til fortsatt allmenngjøring: "BNL er i tvil om det fortsatt foreligger sosial dumping på byggeplasser i hele eller deler av landet i et omfang som tilsier fortsatt allmenngjøring." BNL inntok også ei mer prinsipiell holdning: "BNL mener at det er prinsipielt galt at allmenngjøringsloven kan føre til at den uorganiserte del av arbeidslivet blir bundet til vilkår framforhandlet og forvaltet av andre".

Til tross for dette aksepterte BNL allmenngjøring for ytterligere en tariffperiode fram til 2010. Det ble begrunna i at det er "en rekke legale prosesser i gang i forbindelse med spørsmålet om bruk av allmenngjøringsinstituttet", og at en "inntil disse er avsluttet og en rekke juridiske spørsmål avklart" kunne akseptere fortsatt allmenngjøring.

De nevnte bransjeforeningene i BNL⁵⁹ (heretter omtalt som bygghåndverksforeningene) har ikke bare vært kritiske til egen hovedorganisasjon. De har også vært kritiske til LOs holdning. Vi kommer nærmere tilbake til deres syn etterpå. Men først om NHOs syn.

NHOs kritikk av allmenngjøringsordninga

NHO har vært mot allmenngjøring av tariffavtaler sida det ble foreslått innført i 1992. NHO gikk mot allmenngjøring i den første saka som ble behandla for tariffnemnda i 2004. Motstanden har blitt sterkere, men kanskje ikke mer prinsipiell, etter EØS-utvidelsen 1. mai 2004.

58 Høring – fortsatt allmenngjøring av tariffavtaler – byggfag. BNL 6. september 2008.

59 Foreningene det gjelder er Maler- og byggtapetsermestrenes landsforbund, Ventilasjons- og blikkenslagerbedriftenes landsforbund, Norges Byggmesterforbund, Norske rørleggerbedrifters landsforening – VVS, Norske anleggsgartnere – NAML, Norske murmestres landsforening.

Vi skal her se på hvordan NHO begrunner motstanden i EØS-rettslig sammenheng. Vi skal først se på kritikken av allmenngjøringsloven i forbindelse med forslaget om innføring av innsynsrett for tillitsvalgte fra 2005, så på Norsk Teknologis klage til ESA, så på NHOs høringsuttalelse i saka om allmenngjøring av VO for verftene, og til slutt stevningen av tariffnemnda ved ni verft (saka er heretter referert til som *Verftene mot Tariffnemnda*).

Allmenngjøring og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger

I 2005 utarbeida Erik Hjelmeng og Olav Kolstad ved juridisk fakultet ved Universitetet i Oslo ei betenkning på oppdrag fra NHO.⁶⁰ Foranledningen var at regjeringa vurderte å innføre innsynsrett for tillitsvalgte.⁶¹ I denne forbindelse foretok de to også ei vurdering av allmenngjøringsloven i sin alminnelighet. Den konkluderte med at det allmenngjøringsinstituttet som er etablert ved allmenngjøringsloven, er en ulovlig restriksjon på friheten til å yte tjenester. Det argumenteres langs to hovedlinjer: For det første har ikke loven klare kriterier for allmenngjøring og åpner for at det kan tas ulovlige hensyn. For det andre har tariffnemnda kompetanse til å allmenngjøre innafor en del av en bransje. Vi skal se på hvordan de gikk fram for å komme fram til dette..

Hjelmeng og Kolstad tok utgangspunkt i at EØS-avtalen inneholder både et diskrimineringsforbud og et restriksjonsforbud. Og sjøl om allmenngjøringsloven ikke innebærer noen egentlig diskriminering av tjenesteytere fra andre EØS-land, er det ingen tvil om at ei allmenngjøringsordning utgjør en restriksjon, ettersom den påfører utenlandske tjenesteytere en økt økonomisk byrde, sammenliknet med tjenesteytelse i hjemlandet.

Neste spørsmål er om allmenngjøring kan begrunnes i et tvingende allment hensyn, og da særlig vern av arbeidstakerne. Her trekkes lovens formål om å ”unngå uheldig konkurransevridding for virksomheter med norske arbeidstakere” fram. Dette er ikke et lovlig formål, ifølge de to. Det er riktig nok ikke avgjørende. Det avgjørende er om allmenngjøringsloven i praksis er egna til å ivareta arbeidstakernes ”sosiale

60 Førsteamanuensis dr. juris Erling Hjelmeng og professor dr. juris Olav Kolstad.

Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger. Betenkning utarbeidet på oppdrag fra NHO. 17. november 2005.

61 Både den avtroppende og den påtroppende regjeringa vurderte dette. Se Evaluering av lov om allmenngjøring av tariffavtaler (Bondevik II) 22. september 2005 og Politisk plattform for ei flertallsregjering 13. oktober 2005.

beskyttelse”, eller om den fremmer andre hensyn. Og her er det at Hjelmeng og Kolstad kommer til at allmenngjøringsloven går lenger enn det som er nødvendig for den sosiale beskyttelsen av arbeidstakerne. Resonnementet gjengis her i sin helhet:

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 arbeidstager ”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 rettfærdig og rimelig lønnsystem, 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 arbeidstagerens ”sosiale beskyttelse”.⁶²

Det medgis riktig nok at når EF-domstolen godtar kollektive overenskomster som virkemiddel for å sikre minstelønn, så må det åpnes for at også minstelønn i tariffavtaler ”som overstiger det absolutte minimum for et nødvendig livsopphold” vil kunne godtas. Men om avviket er for stort, vil allmenngjøring av tariffavtalen likevel kunne være uproporsjonalt. Det medgis også at det er målestokken må være hvilke utgifter de utenlandske arbeiderne har til livsopphold når de er i Norge. Spørsmålet er hva som er tilstrekkelig for livsopphold i Norge. Og så kommer et velkjent NHO-argument:

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 arbeidstager fra andre EØS-land. For å ha rett til oppholdstillatelse som arbeidstaker må en

62 Hjelmeng og Kolstad 2005, side 15.

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.

Minstelønningene i tariffavtalene er som kjent vanligvis høyere enn dette. Allmenngjøringsinstituttet går dermed lenger enn det som er nødvendig for å sikre utenlandske arbeidstakere det de trenger til livsopphold. Det vil i tillegg, hevder de, sikre utenlandske arbeidere likelønn i forhold til norske arbeidstakere. Ikke nok med det. Også når det gjelder andre arbeidsvilkår har tariffavtalen bedre bestemmelser enn det som er nødvendig for å sikre livets opphold. Og i den grad allmenngjøringsloven overlater til tariffnemnda etter eget skjønn å ta andre hensyn enn sosial hensyn, og det gjør den jo, så er allmenngjøringsloven et uproporsjonalt virkemiddel.

Norsk Teknologis klage til ESA

I desember 2007 klaga Norsk Teknologi den norske allmenngjøringsloven inn for EFTAS overvåkingsorgan ESA. Klagen er vel og merke sendt før Laval-dommen ble avsagt noen dager seinere. Klagen gjelder at Allmenngjøringsloven er i strid med EØS-avtalen. Nærmere bestemt er loven i strid med forbudet mot å legge hindringer i veien for at en tjenesteyter i ett EU/EFTA-land fritt skal kunne tilby sine tjenester i et annet EU/EFTA-land. Klagen har tre klagepunkter.

Det første klagepunktet er at loven har et ulovlig formål. Loven har, etter sin ordlyd, til formål "å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har". Men det er ikke dette som er ulovlig. Det som er ulovlig, er at det i forarbeidene til loven heter at formålet også er å hindre konkurransevridning til ulempe for norske selskaper og ansatte, og at dette også er brukt som argument for allmenngjøring. Og dette er ikke et lovlig formål, ifølge klagen.

Det andre klagepunktet er at både lovens ordlyd og de forskriftene som er fastsatt i medhold av loven, etter Norsk Teknologis mening går lenger enn det som trengs for "sosial beskyttelse" av utenlandske arbeidere.

I loven heter det at utenlandske arbeidere skal sikres likeverdige lønns- og arbeidsvilkår med det norske arbeidstakere har. Og likeverdige vilkår er bedre enn minstevilkår, ifølge klagen. Det vises til at UDI anser ei timelønn på kr. 87,74 som

tilstrekkelig for livsopphold i Norge. Polske og baltiske arbeidere som arbeider i Norge trenger altså ikke minstelønn etter tariffavtalen. De klarer seg godt med mindre, nærmere bestemt kr. 87,74, ifølge Norsk Teknologi og NHO.

Her gjentas altså argumentet fra Hjelmeng og Kolstad. Men i mellomtida har det lønnsnivået utenlandske arbeidere trenger til livsopphold gått opp fra kr. 86 til kr. 87,74 per arbeida time.

Det tredje klagepunktet gjelder at tariffnemnda har for vid kompetanse til å fastsette hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal gjelde for utsendte arbeidstakere. Med det skapes det en usikker og uoversiktlig situasjon, som i seg sjøl er en restriksjon på friheten til å yte tjenester, ifølge klagerne.

Et annet angrepspunkt er her at tariffnemnda har kompetanse til å allmenngjøre tariffavtalen for en del av ei næring. Dette gjør tilværelsen enda mer utrygg for utenlandske tjenesteytere. Det er også ifølge klagen i strid med utstasjoneringsdirektivet, ettersom direktivet fastsetter at tariffavtaler må være "generelt anvendelig på alle tilsvarende foretak i det aktuelle geografiske området og i det aktuelle yrke eller den aktuelle næring" (alle tilsvarende foretak er uthevet). Allmenngjøring for en del av ei næring er derfor i strid med utstasjoneringsdirektivet, ifølge klageren.

Om ikke annet, så blander klageren sammen allmenngjøring av tariffavtaler og *ei anna ordning* utstasjoneringsdirektivet stiller til rådighet i det tilfelle at medlemsstater ikke har ei ordning for å allmenngjøre tariffavtaler, og som Norge ikke har benytta seg av, ettersom vi har ei ordning for å allmenngjøre tariffavtaler.

Utkast til forskrift om allmenngjøring i skips- og verftsindustrien

Så til saka om allmenngjøring av VO for skips- og verftsindustrien. NHOs hørings svar av 29. mai 2008 har et vedlegg. Det er skrevet av professor Olav Kolstad. Det dreier seg nok en gang om EØS-rettslige problemstillinger i forbindelse med allmenngjøring. Vi kommer tilbake til det. Men først om NHOs selvstendige kommentarer til høringsutkastet.

NHO tar utgangspunkt i at Tariffnemnda ikke kan treffe vedtak som er i strid med EØS-avtalen. Allmenngjøring er videre en restriksjon på friheten til å yte tjenester ved at utenlandske foretak påføres ekstra kostnader og andre byrder. Ordninga kan likevel opprettholdes om den er nødvendig for å ivareta et tvingende allment hensyn, er egna

til å oppnå formålet med den og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå dette formålet. Så kommer det velkjente argumentet om at allmenngjøringsvedtak ikke kan sies å være nødvendig for å beskytte utenlandske arbeidstakere om det har et beskyttelsesnivå som er høyere enn det staten i andre sammenhenger regner for tilstrekkelig. Og så lenge norske myndigheter legger til grunn at man kan leve i Norge på de laveste lønnsnivåene i det statlige lønnsregulativet, vil ei allmenngjøring som ligger langt over dette ikke være nødvendig i EØS-rettslig forstand. Henvisinga er vel og merke denne gangen ikke til *den* laveste satsen i statens lønnsregulativ. Det henvises til "*de* laveste lønnsnivåene". Hva har skjedd?

Videre hevdes det at når tariffnemnda vurderer om det er behov for allmenngjøring, må det tas hensyn til de ytelser som utenlandske arbeidstakere får i tillegg til lønna, som dekning av reiser kost og losji, sosiale tiltak med mer. Dette argumentet kommer jeg tilbake til seinere.

Videre må det ifølge NHO tas hensyn til at arbeidstakerne kommer fra land som gjennomgående har et lavere kostnadsnivå enn det vi har i Norge, sånn at det reelle lønnsnivået er høyere enn om arbeidstakerne hadde hatt sine alminnelige bo- og levekostnader for øvrig i Norge. Det siste argumentet er også velkjent. At det trekkes fram igjen, er et tilbakeskritt i forhold til Hjelmeng og Kolstads betenkning fra 2005. De inntok som nevnt tidligere et mer sivilisert standpunkt.

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

Professor Kolstad er også gitt i oppdrag av NHO å vurdere forslaget til forskrift om allmenngjøring for skips- og verftsindustrien. Nok en gang er utgangspunktet at tariffnemnda har plikt til å treffe vedtak i overensstemmelse med EØS-avtalen. Deretter går Kolstad over til å vurdere betydningen av *Viking Line*, *Laval* og *Rüffert* for det norske allmenngjøringsinstituttet. Han viser til at EF-domstolen i *Laval* og *Rüffert* fastslo at lista over lønns- og arbeidsvilkår som vertslandet skal gjøre gjeldende for arbeidstakere fra andre EØS-land, er uttømmende. Det innebærer at medlemsstatene ikke kan pålegge virksomheter fra andre EØS-land å etterleve krav til andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som er omfattet av "listen" i utstasjoneringdirektivets artikkel 3(1). Han viser deretter til unntaket fra dette i artikkel 3(10) for tiltak som er begrunna i "grunnleggende rettsprinsipper" (ordre public).

Deretter går Kolstad gjennom de enkelte elementene i forskriften. Hva angår minstelønn gjentas at "UDI legger til grunn at lønnstrinn 1 statens lønnsregulativ reflekterer en inntekt som dekker de mest nødvendige behov." Videre skriver han:

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

Videre kommenterer Kolstad en artikkel i *Arbeidsrett 2007* av Kjell Stensvik, der Stensvik viser til at medlemsstatene er gitt en vid skjønnsmargin til "selv å fastsette det beskyttelsesnivået man finner at arbeidstakerne har behov for". Til det bemerker Kolstad at

(en) vid skjønnsmargin i betydningen frihet til selv å velge beskyttelsenivå uten at dette kan overprøves av EFTA-domstolen, vil innebære at proporsjonalitetskravet mister sin betydning. Etter min oppfatning er det ikke tvil om at EFTA-domstolen fullt kan prøve om en minstelønnsordning er utformet slik at den representerer et proporsjonalt virkemiddel i forhold til hensynet til arbeidstagerens "sosiale beskyttelse". Dette understrekes etter min mening også av EF-domstolen i *Laval* når den presiserer at minimumsnivået skal fastsettes "under overholdelse af traktaten og de almindelige fællesskabsretlige principper".

Svaret på om Kolstad her har rett, får vi antagelig før vi veit ordet av det. Det kommer jeg tilbake til straks. Hva angår godtgjøring for overtid er det ifølge Kolstad ikke anledning til å gjøre gjeldende tariffavtalens bestemmelser så lenge det fins minimumsbestemmelser i loven. Det følger av *Laval*.

Hva angår bestemmelser om tillegg for skiftarbeid mener Kolstad at dette kan betraktes som en del av minstelønna. Det fins ikke noen lovbestemmelse om tillegg for skiftarbeid. Men loven har en bestemmelse om redusert arbeidstid ved skiftarbeid. Den er begrunnet i hensyn til helse, miljø og sikkerhet. Et krav om tillegg i lønn til dekning for bortfall av inntekt som følge av redusert arbeidstid, sånn at arbeidstakeren får den fulle ukelønna si, er ifølge Kolstad ikke i strid med utstasjoneringdirektivet, og det må tas med i betraktning ved fastsettelsen av størrelsen på minstelønna.

Godtgjørelse for utgifter til dekning av reelle utgifter til reise, kost og losji mener han ikke skal betraktes som en del av minstelønna. Ytelser i tilknytning til utstasjonering og som ikke går til dekning av reelle utgifter, som for eksempel overnattingstillegget i VO ("tjueprosenten"), er derimot å betrakte som en del av minstelønna, ifølge Kolstad.

Verftene mot tariffnemnda

Staten ved Tariffnemnda er altså nylig blitt stevna inn for Oslo Tingrett av ni verft, med NHO som "partshjelper" og sikkert også fødselshjelper. Det er vel og merke *ikke noen utenlandske tjenesteytere* som har stevnet staten. Det er *norske verft*. Klagen gjelder ikke at allmenngjøringsloven er ulovlig. Klagen gjelder at allmenngjøringsforskriften for skips- og verftsindustrien er ugyldig i sin helhet. Stevningen har en prinsipal, en subsidiær og en *atter* subsidiær påstand.

Prinsipalt påstår verftene at tariffnemnda har utøvd sin kompetanse i strid med restriksjonsforbudet i EØS-avtalen og dessuten i strid med den ulovfestede (norske) læra om utenforliggende hensyn, og at forskriften av den grunn er ugyldig i sin helhet. *Subsidiært* påstås det at forskriften har blitt til på en sånn måte at grunnleggende saksbehandlingsregler er brutt, og at forskriften av den grunn er ugyldig i sin helhet. *Atter subsidiært* anføres at forskriften er delvis ugyldig, ettersom flere av bestemmelsene er i strid utstasjoneringdirektivet og restriksjonsforbudet i EØS-avtalen.

Jeg skal her bare se på den *prinsipale* påstanden og den *atter subsidiære* påstanden.

Verftene mener at tariffnemnda, når en tar andre arbeidstakerkostnader med i betraktning, har påtvunget utenlandske tjenesteytere et høyere kostnadsnivå enn hva innenlandske tjenesteytere har. Hvilke andre arbeidstakerkostnader det siktes til er ikke gjort rede for i stevninga. Det har gjort det vanskelig/lite lønnsomt for dem å tilby sine tjenester i Norge. Ikke nok med det, slik tariffnemnda benytter sin kompetanse "vil den utenlandske tjenestetilbyderen i praksis fratras *samtlig* konkurransefortrinn og den grunnleggende retten til fri tjenesteytelse vil være en illusjon." Verftene mener at det med et "gjennomgående lønnsnivå til utenlandske arbeidstakere fra ca. 90 kroner og oppover, med tillegg av en rekke andre ytelser", ikke var nødvendig å allmenngjøre. Verftene mener videre at det dominerende hensyn bak vedtaket ikke har vært hensynet

til utenlandske arbeidstakere. Det har vært å ivareta konkurranseposisjonen til norske arbeidstakere⁶³. Det gis ikke noen nærmere begrunnelse for dette synet.

Uansett mener verftene at forskriften har bestemmelser som er i strid med utstasjoneringsdirektivet. Dette gjelder at forskriften har bestemmelser om arbeidstid og overtidsgodtgjøring ut over lovens minstebestemmelser. Det vises her til *Laval*. Det gjelder at forskriften har bestemmelser om utenbystillegg, skifttillegg og om dekning av reise, kost og losji. Det vises her til *Laval* og *Kommisjonen mot Luxemburg*. Det gjelder videre at forskriften har en reguleringsbestemmelse om at lønnssetningene skal reguleres i henhold til nye satser som måtte følge av mellomoppgjør. Det vises her, etter mi mening nokså misforstått, til *Kommisjonen mot Luxemburg*. Og det gjelder at forskriften er gjort gjeldende for olje- og gassrelaterte verft. Hvordan det er i strid med utstasjoneringsdirektivet er ikke gjort nærmere rede for.

Det gjennomgående standpunktet til NHO er altså at å kreve minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalene gjort gjeldende for utenlandske utsendte arbeidstakere er i strid med EØS-avtalen. Grunnen er *at de kan klare seg med mindre*.

Hovedspørsmålet i *Verftene mot Tariffnemnda* dreier seg om det. Om verftene får medhold ved EFTA-domstolen, vil det være en nyhet i den såkalte felleskapsretten. Om EFTA-domstolen følger tidligere praksis ved EF-domstolen, vil den overlate til den nasjonale domstolen å vurdere om de utenlandske verftsarbeiderne kan klare seg med mindre. For øvrig vil NHO naturlig nok "innkassere" virkningene av *Laval*, *Rüffert* og *Kommisjonen mot Luxemburg* til fordel for verftene.

Bygghåndverksforeningene i BNL om allmenngjøringsloven

Under Bondevik II-regjeringas evaluering av allmenngjøringsloven i 2005 deltok seks bransjeforeninger i BNL for egen kjøp, gjennom to felles høringsuttalelser.⁶⁴ Foreningen representerte ca. 2400 medlemsbedrifter med ca. 22 000 ansatte. Jeg skal referere fylldig fra den siste av disse uttalelsene, som antakelig ikke er så godt kjent, men ikke desto mindre et viktig bidrag i diskusjonen om den norske allmenngjøringsordninga, og jeg kommer også tilbake til den i andre sammenhenger også. Foreningene inntok et utgangspunkt som var nokså forskjellig fra NHOs holdning:

63 De samme verftene har riktig nok gjort iherdige forsøk på å spenne de tillitsvalgte til de norske arbeidstakerne for vogna.

64 Brev til ASD av 29. april 2005 og 15. desember 2005.

Vi ser på Lov om allmenngjøring av tariffavtaler som det viktigste redskapet til å sikre anstendige lønns- og arbeidsforhold for utlendinger som oppholder seg i Norge og dessuten til å sikre ordnede forhold i den norske byggenæringen.

Vi ønsker en byggenæring med bedrifter som er i stand til å by sine medarbeidere – både utenlandske og norske - anstendige vilkår og gode arbeidsplasser. Uten en allmenngjøringsordning vil importen av arbeidskraft kunne trekke etter seg en lang rekke uheldige virkninger, herunder styrke uheldige tendenser som vi ser i dag. Vi ønsker å unngå at arbeidstakere i byggenæringen blir en sosial og økonomisk "lavkaste", med de problemer dette medfører for næringen, samfunnet og enkeltmennesker. Vi ønsker videre å demme opp for uheldige endringer i bedriftsstrukturen og driftsmåtene i næringen. Press på lønnskostnadene gjør det vanskeligere å drive med fast ansatte og kan føre til oppblomstring av "svart" arbeid.

Videre heter det:

Allmenngjøring vil kunne innebære en restriksjon på den frie bevegelse av tjenester over landegrensene. Instituttet må derfor begrunnes ut fra de mothensyn av sosial karakter som EU-retten åpner for. EU-retten på dette området er langt på vei ulovfestet eller bygger på brede vurderingstemaer. Det er viktig at norske myndigheter ikke legger bånd på seg som begrunnes i en innskrenkende og usikker fortolkning av handlingsrommet etter EU-retten. Den politiske debatten om allmenngjøring bør ikke "rettsliggjøres".

Vi minner om at de fleste EU-land faktisk har valgt å lovfeste allmenngjøringsinstituttet, men i nokså forskjellig utforming. Det er ingen grunn til at Norge skal la sitt handlingsrom begrenses mer enn andre stater, i hvert fall ikke før det eventuelt foreligger en rettskraftig dom som underkjenner den norske allmenngjøringsordningen. Skulle handlingsrommet etter EU-retten da vise seg å være mer begrenset enn ønskelig, må norske myndigheter ta saken opp på politisk nivå i EU. Det må antas at mulighetene for å knytte politiske allianser med andre stater og organiserte interesser på europeisk nivå i så fall vil være store.

Dette er vel og merke skrevet før *Laval*. Foreningene advarte altså mot å "rettsliggjøre" debatten om allmenngjøring. NHO har, som vi har sett, ikke akkurat lagt seg dette på sinnet. NHO har i stedet gjort det stikk motsatte. Bygghåndverksforeningene er sterkt

kritisk til dokumentasjonskravet, som de mener er uklart i innhold og dårlig begrunna, samtidig som det har uheldige følger.

Det er bare så langt det er *påvist* at underbetaling foregår eller kan forventes å foregå at Tariffnemnda kan benytte sin kompetanse til å gi forskrift. Da må man spørre om rekkevidden til den dokumentasjon som legges frem. Hvor lang rekkevidde har ett - eller to - dokumenterte eksempler på underbetaling? Hvor mange eksempler skal kreves for at vilkårene for allmenngjøring er oppfylt for et fylke, for en region eller for landet som helhet? Kan den geografiske rekkevidden variere, avhengig av størrelsen på den bransje begjæringen gjelder?

Materielt blir det også spørsmålet om hvilken slutning som skal kunne trekkes av den fremlagte dokumentasjon. Dette kan formuleres som et spørsmål om representativitet. Er det nok at underbetaling m.v. *forekommer* for at lovens vilkår skal anses oppfylt? Eller må det kreves grunnlag for å anta at et nærmere bestemt *antall* utlendinger er underbetalt? Må man eventuelt anta at en bestemt *andel* av utlendingene er underbetalt – og i så fall hvilken andel? Kan det tenkes at eksempler ikke er nok, men at tilfellene må dokumenteres i et bestemt antall etter en bestemt metode (statistisk)?

Spørsmålene ovenfor gir verken lovteksten eller forarbeidene noe svar på.

Bygghåndverksforeningene har, naturlig nok, ikke fraholdt seg fra å vurdere dokumentasjonskravet *som håndverk*:

Det lå ingen utredning bak innføringen av påviselighets-vilkåret. Det ble tatt inn under komitebehandlingen i Stortinget i 1993, uten at formuleringen var særlig gjennomtenkt. Etter vårt syn har formuleringen en rekke problematiske sider, som komiteen åpenbart ikke var oppmerksom på. Den viktigste virkningen av påviselighets-vilkåret er antakelig å undergrave de faktiske muligheter for at loven kan virke etter sitt formål for øvrig. Det er nærliggende å karakterisere formuleringen som et arbeidsuhell fra komiteens og Stortingets side.

Og videre:

Argumentet bak kravet om påviselighet var, ifølge talspersonen for flertallsfraksjonen i komiteen, å hindre at det ble fremmet ubegrunnede krav om allmenngjøring. Poenget må da være å unngå at Tariffnemnda blir belastet med unødvendige gjøremål; med begjæringer som får et negativt utfall og hvor dette

kan forutsies med stor sikkerhet på forhånd. Dette er imidlertid, slik vi ser det, et meget svakt argument.

For det første kan det påpekes at nemnda, etter lovens § 3 første ledd, kun har *plikt* til å behandle begjæringer som fremsettes av organisasjoner med innstillingsrett etter Arbeidstvistloven. Det er her tale om et fåtall store organisasjoner i norsk arbeidsliv, som må presumeres å opptre ansvarlig og fornuftig i forhold til hva de bruker egen og tariffnemndas tid på.

Videre pekte foreningene på at påviselighetskravet er egna til å forlenge saksbehandlninga og framkalle dissenser i tariffnemnda. Det fører også til allmenngjøring etter "lappeteppe-metoden", det vil si begjæringer om regional allmenngjøring, der LO ikke begjærer allmenngjøring i større utstrekning enn det en til enhver tid er i stand til å dokumentere behovet for. Det ble pekt på at dette i seg sjøl hadde negative konsekvenser:

Etter det vi har brakt i erfaring, opererer enkelte selskaper som leier ut arbeidskraft til aktører innen byggenæringen allerede med to sett priser; ett for de fylker hvor det er besluttet allmenngjøring og et annet, som er lavere, for de fylker hvor allmenngjøring ikke er besluttet. Det er ingen tvil om at nemndas praksis etter gjeldende lov nettopp er egnet til å fremkalle slike utslag.

Som alternativ til dagens ordning foreslår foreningene at tariffnemndas kompetanse begrenses, både på "vilkårssida" og "virkningssida".

På vilkårssida tas det utgangspunkt i NHOs krav om at det skal innføres strengere vilkår for å fatte vedtak om allmenngjøring. Dette kommenteres som følger:

Vi har problemer med å se hvordan et slikt kvalifikasjonskrav kan formuleres på en meningsfull måte. Skal det kreves at man ved *enkelteksempler* kan dokumentere at utlendinger tilbys *vesentlig dårligere vilkår* enn innledninger? Eller skal man kreve at større eller mindre underbetaling kan dokumenteres i et *vesentlig antall tilfeller*, eventuelt for en *vesentlig andel* av arbeidstakerne i en bestemt bransje? Skal det eventuelt *både* stilles krav om at antallet/ andelen er vesentlig *og* at den underbetaling som disse utsettes for er vesentlig?

Vi kan heller ikke se noen gode grunner som skulle tale for et materielt kvalifikasjonskrav. Det er ingen grunn til å tro at de organisasjoner som kan begjære allmenngjøring etter dagens lov *vil* fremme en begjæring uten noen reell begrunnelse.

Deretter stilte foreningene spørsmålet om en i stedet burde legge begrensninger på virkningssida, det vil si innholdet i vedtaket, eller omfanget av bestemmelser i tariffavtalene som blir allmenngjort.

Nemnda burde, etter vårt syn, ha begrenset sine vedtak til å allmenngjøre minstelønnsatsene etter vedkommende avtaleverk samt andre bestemmelser som trengs for å unngå en uthuling av minstelønnsatsene (dekning av utgifter til reise og opphold på arbeidsstedet m.v.). I stedet har vi fått forskrifter som er meget omfattende og vanskelig tilgjengelige, især for utlendinger. Det vil i seg selv hemme gjennomslagskraften.

Foreningene viste dessuten til at jo mer omfattende et allmenngjøringsvedtak er, desto vanskeligere er det å foreta en samla vurdering av hvorvidt bedriftens avtalte lønns- og arbeidsvilkår faller innfor eller utfor forskriftens krav. Dette argumentet kommer jeg tilbake til.

Foreningene var for å styrke håndhevinga av allmenngjøringsvedtak, men kritisk til å basere håndhevinga på at organisasjonene i arbeidslivet skal "ordne opp" gjennom boikott og andre kampmidler. "Om boikott skulle bli brukt i vid utstrekning, ville man lett få et klima rundt loven og allmenngjøringsvedtak som preges av konfrontasjon og konflikt. Det vil være uheldig." I tråd med dette synet var foreningene også kritisk til en faglig innsynsrett som har til formål å støtte opp under en sånn boikottadgang.

3 Trenger vi et alternativ eller et supplement til dagens allmenngjøringsordning?

Ja, vi trenger ei anna ordning enn dagens ordning. Vi trenger ei ordning som er mer velfungerende, mindre omstridt og mer robust en dagens ordning. *Mer velfungerende* på sånn at utenlandske arbeidere kan gis rett til ei minstelønn når de arbeider i Norge *mens de arbeider her* og ikke kanskje en gang i ei fjern framtid. *Mindre omstridt* på den måten at den er mer omforent mellom oss og den mer siviliserte delen av arbeidsgiversida. *Mer robust* på den måten at den befinner seg på trygg grunn i forhold NHOs evinnelige "EØS-rettslige problemstillinger".

Om det vi trenger er et alternativ eller et supplement til dagens ordning, er et spørsmål som kommer lenger uti. Jeg trur vi trenger ei anna ordning *til erstatning for*, og ikke i tillegg til, dagens ordning. Men det er bare noe jeg trur. Svaret vil antakelig gi seg sjøl etter hvert.

Gangen i dette kapitlet er omtrent som følger.

Forslaget om ei anna ordning basert på minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalene er ikke nytt. Det har versert i litt forskjellige varianter sida LO-kongressen i 2005.

Forskjellen mellom allmenngjøring og ei ordning med bransjevis lovfesta minstelønn kan være både uklar og hårfin. Derfor skal vi se nærmere på hva allmenngjøring av tariffavtaler egentlig er.

Neste spørsmål er om den norske allmenngjøringsordninga egentlig har vært særlig vellykka. Svaret her blir nei.

Om vi vil ha ei anna ordning, må vi se på hvilket handlingsrom vi har, og da særlig hvilket rom EØS-avtalen for tida gir. Svaret her blir at det er fint lite, og i hovedsak begrensa til minstelønn. Men minstelønn her er ikke nødvendigvis det samme som minstelønnsatsene i tariffavtalen. Vi skal da se på hva minstelønn er i EØS-rettslig forstand.

Til slutt gjennomgås tre alternativer til dagens ordning: bransjevis lovfesta minstelønn, regulering av minstelønn ved bruk av omfangbestemmelsene i tariffavtalene og minstelønnsbasert allmenngjøring. Her ender jeg opp med at *allmenngjøring av minstelønn* virker mest fornuftig. Til slutt drøftes kort noen problemer som oppstår i tilfelle vi går inn for ei sånn ordning.

3.1 *Forslaget om ei "minstelønnsordning" er ikke nytt*

Forslaget om en lovfestet rett for partene til å gjøre minstelønnsbestemmelser gjeldende for enkeltbransjer er ikke nytt. På LO-kongressen i mai 2005 forslo Fellesforbundets daværende nestleder Arve Bakke ei sånn ordning. Forslaget ble fulgt opp i debattskissa foran tariffoppgjøret i 2006,⁶⁵ og det har stått på forbundets dagsorden sida.

I debattskissa foran tariffoppgjøret 2006 stilte forbundet spørsmål om lønnsdannelsen i Norge trenger flere virkemidler. Med utgangspunkt i de problemene som hadde vist seg med allmenngjøringsordninga, ble det reist spørsmål om en alternativt kunne la hele arbeidslivet være omfatta av ei allmenngjøring, ved at det ved lov blir fastsatt minstelønnsystemer basert på tariffavtalens minstelønnsystemer.

Forslaget ble drøfta i en FAFO-rapport som ble laget på oppdrag fra Fellesforbundet, uten at det vakte særlig gjenklang. Drøftinga er inntatt i den endelige versjonen av rapporten som forelå i juni 2005. Her er forslaget omtalt som lovhjemlet generalisering av minstelønnsatsene i de bransjevise tariffavtalene.⁶⁶

I debattopplegget foran landsmøtet i 2007 har forslaget ei litt anna form enn i debattskissa foran tariffoppgjøret i 2006. Det skisseres her en alternativ modell for allmenngjøring som er sånn at om partene går inn for det, skal tariffavtalens minstelønnsbestemmelser uten videre gjelde som ufravikelige minstelønnsbestemmelser for alle som arbeider på tariffavtalens område.

Men når er ei sånn ordning allmenngjøring av tariffavtaler og når er den lovfesta minstelønn?

3.2 *Hva er egentlig allmenngjøring av tariffavtaler?*

Allmenngjøring er en måte å gjøre hele eller deler av tariffavtalen gjeldende for andre enn de opprinnelige avtalepartene på. Den utvider omfanget til tariffavtalen ut over dem som i utgangspunktet er part i avtalen. Dette er ikke ukjent for oss.

65 Tariffoppgjøret 2006. Tariffpolitiske utfordringer til debatt. Fellesforbundets debattskisse foran tariffoppgjøret 2006.

66 Dølvik, Eldring og Ødegår: Lavlønnskurrans og sosial dumping. Utfordringer for det seriøse arbeidslivet. FAFO-rapport juni 2005.

Vi er vant til at tariffavtalens bestemmelser gjelder for alle arbeidstakere som arbeider på overenskomstens område i bedrift som er bundet av avtalen, hva enten der er organiserte eller uorganiserte. Hvorfor det? Fordi vi vil ha det sånn. Sånn er det i andre land også. I Norge ordnes dette gjennom omfangsbestemmelsene i avtalene. I andre land fins det lovgiving som sikrer det samme. EF-domstolen har i den danske saka *Ruben Andersen* (2008)⁶⁷ stadfesta at det er anledning til å gjøre tariffavtalen gjeldende for uorganiserte arbeidstakere i tariffbundne bedrifter.

Det er også vanlig at vi gjør tariffavtalen gjeldende i bedrifter som ikke er tilsutta noen landsforening og i utgangspunktet ikke part i noen tariffavtale. Dette gjøres ved å tegne direkteavtaler med uorganiserte arbeidsgivere. Tariffavtalen gjøres da gjeldende for arbeidsgiver som i utgangspunktet ikke var part i avtalen, og for organiserte og uorganiserte arbeidstakere i bedriften.

Allmenngjøring er i prinsippet ikke noe annet enn dette. Ved allmenngjøring gjøres bestemmelser i tariffavtalen gjeldene i både organiserte og uorganiserte bedrifter som ikke alt er tariffbundne, og for både organiserte og uorganiserte arbeidstakere. Allmenngjøring griper inn i området for tegning av direkteavtaler. Derfor har det vært en del motforestillinger mot å benytte allmenngjøring. Mange har frykta at allmenngjøring kan gå ut over mulighetene til å tegne "ordentlige" tariffavtaler, og at avtaledekning og organisasjonsgraden dermed kan bli skadelidende.

En allmenngjort tariffavtale er altså en tariffavtale som helt eller delvis er gjort gjeldende for alle virksomheter og alle arbeidstakere som utfører arbeid innafør tariffavtalens virkeområde, eller en del av tariffavtalens virkeområde. En tariffavtale som på denne måten gis utvida virkeområde, er også en allmenngjort tariffavtale i utstasjoneringsdirektivets forstand. Ifølge direktivet er en tariffavtale som er gitt allmenn gyldighet, en avtale "som må overholdes av alle i det aktuelle geografiske området, og innafør det aktuelle yrke eller den aktuelle næring". En tariffavtale som er allmenngjort for et avgrensa geografisk område, eller for en del av tariffavtalens virkeområde, er en allmenngjort tariffavtale i utstasjoneringsdirektivets forstand.

Dette er riktig nok omstridt. I Norsk Teknologis klage til ESA er det hevda at den norske allmenngjøringsordningen er ulovlig blant annet fordi den tillater allmenngjøring for en del av ei næring. Påstanden beror, som vi har sett foran, på en misforståelse av utstasjoneringsdirektivet.

67 C-306/07 Ruben Andersen mot Kommunernes Landsforening (desember 2008).

Allmenngjøringsordninger fins i mange andre europeiske land

Det fins ordninger for å allmenngjøre tariffavtalen i alle de gamle EU-landene, med unntak av Sverige, Danmark og England. Tyskland har to ordninger. Det fins også ordninger i flere av de nye medlemslandene, som Estland, Latvia og Polen, sjøl om det her ikke er så mange landsomfattende tariffavtaler som det går an å allmenngjøre.

Felles for ordningene er at allmenngjøring kommer i stand ved vedtak i offentlig forvaltningsorgan. Ingen ordninger gjelder at hele tariffavtalen allmenngjøres. Det er alltid større eller mindre deler av avtalen som allmenngjøres.

Allmenngjøringsordningene i Europa skiller seg fra hverandre i en rekke henseender. Ikke to ordninger er like. Ett hovedskille gjelder hvordan allmenngjøring kommer i stand. En ytterlighet er her nærmest automatisk allmenngjøring, som for eksempel i Frankrike. Den norske ordninga er en annen ytterlighet. Et annet hovedskille gjelder omfang av bestemmelser som allmenngjøres. En ytterlighet er her alle individuelle og kollektive lønns- og arbeidsvilkår, som i Frankrike. Den tyske ordninga for byggebransjen, der bare minstelønn, overtidsbetaling og feriepenger allmenngjøres, er en annen ytterlighet.

Er det vi holder på med i Norge allmenngjøring av tariffavtaler i utstasjoneringsdirektivets forstand?

Professor Stein Evju har stilt spørsmål om den norske formen for allmenngjøring "er det den gir seg ut for".⁶⁸ Det er også hevda at vår form for allmenngjøring egentlig bare er en måte å fastsette en forskrift om bransjevise lønns- og arbeidsvilkår på. Om den er det ene eller det andre får ingen betydning for om den kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Derimot er det viktig for *om det er partene i tariffavtalen som fastsetter hvor stor lønna skal være, eller om det er offentlige myndigheter som gjør det.*

Den ordninga vi har i dag er noe midt i mellom. I den grad det er tariffavtalens bestemmelser som blir fastsatt i forskrift, er den allmenngjøring av tariffavtalen. I den grad det er andre bestemmelser som ikke fins i tariffavtalen, eller som er annerledes enn de som fins i tariffavtalen, så er den det ikke. Og tariffnemnda har i dag som kjent kompetanse til å fastsette andre bestemmelser enn dem som fins i tariffavtalen, for

68 Stein Evju 2006.

eksempel lavere bestemmelser. Allmenngjøring på norsk er allmenngjøring, men det er allmenngjøring "med någo attåt".

3.3 *Har den norske allmenngjøringsordninga egentlig vært særlig vellykka?*

Det har blitt vanlig å se på allmenngjøring som det viktigste redskapet vi har hatt mot sosial dumping i kjølvannet av EØS-utvidelsen i 2004. I byggenæringa har allmenngjøring vært en suksess. Ellers er erfaringene blanda.

Da LO fremma den første saka for tariffnemnda, over ti år etter at loven var trådt i kraft, gikk Felleforbundet i utgangspunktet inn for å allmenngjøre alle individuelle lønns- og arbeidsvilkår i byggfagoverenskomsten og verkstedoverenskomsten. Det ble også krevd ei forhøya minstelønn, det vil si ei slags normallønn, som var høyere enn minstelønna i overenskomsten, men lavere enn gjennomsnittslønna. Tariffnemndas vedtak havna ganske langt unna dette utgangspunktet.

I Stortinget fikk loven en formålsparagraf der det er stilt spørsmålstegn ved håndverket. Fagbevegelsen har opplevd at det er svært vanskelig å få i stand et allmenngjøringsvedtak. EL & IT-forbundet har fått si begjæring om allmenngjøring av LOK blokkert. Det var store forventninger til at det skulle være ei sterk side ved allmenngjøringsordninga at partene fikk en sentral rolle. Så langt har NHO klaga allmenngjøringsloven inn for ESA gjennom si medlemsforening Norsk Teknologi, og stevna Tariffnemnda inn for Oslo tingrett med påstand om at allmenngjøringsforskriften for verftsindustrien er ugyldig. Det er flere grunner til å stille spørsmål om ordninga i det hele tatt har vært vellykka.

Formålet med loven

Allmenngjøringsloven har altså til formål 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 (uthevinger er gjort her).

Dessuten har loven et formål som ikke framgår av loven, men som framgår av forarbeidene, og som er foreslått inntatt i loven i det lovforslaget som nylig har vært på

høring, nemlig å hindre konkurransevridning til ulempe for norske virksomheter og arbeidstakere.

”Utlendingskravet”

Formålsbestemmelsen kom inn i loven under Stortingets behandling. Grunnen var frykt for at fagbevegelsen ville misbruke ordninga til å gi tariffavtalene generelt større utbredelse, en frykt som har vist seg nokså ubegrunna. I en del andre europeiske land er dette ellers et helt legitimt formål med allmenngjøring. Formålet med å sikre utenlandske arbeidstakere er derimot helt ukjent i allmenngjøringsordninger ellers i Europa.

Nå har det vært ei rådende, for ikke å si enerådende, oppfatning i norsk fagbevegelse at vi *ikke* vil bruke allmenngjøring til å gi tariffavtalene større utberedelse.

Utlendingskravet er dermed i innhold uproblematisk for oss. Spørsmålet er hva det fører med seg.

Bygghåndverksforeningene var i sin høringsuttalelse fra 2005 inne på det samme:

Etter vårt syn er den hovedbegrensning som ligger i § 1 godt begrunnet. Det norske arbeidsmarkedet fungerer godt, arbeidsløsheten er lav og lønnsforskjellene små. Risikoen for ”sosial dumping” som har annen årsak enn arbeidsinnvandring er således liten. I så måte skiller arbeidsmarkedet i Norge seg fra mange andre land i Europa. Det kan tilsi at vår allmenngjøringslov bør ha et noe annet formål enn det andre land, med andre problemer, har valgt.

Stein Evju har i sitt hørings svar om evaluering av allmenngjøringsordninga (2006) pekt på at det er vanskelig å se hvorfor noe annet skulle gjelde for utenlandske ”utsendte” arbeidstakere som utfører arbeid i Norge enn for norske arbeidstakere, og at det ikke er helt lett å argumentere for at de skal ha behov for et annet og bedre vern enn det som gjelder for innenlandske arbeidstakere. Så kan det sjølsagt hevdes at dette ikke var særlig vanskelig å se i 2005. Men det Evju sikter til er antakelig ikke at det var vanskelig å se at utenlandske arbeidere hadde behov for en sånn beskyttelse, men at det er vanskelig å argumentere for at innenlandske arbeidere ikke skal ha den samme beskyttelsen, og at dette formålet er diskriminerende overfor norske arbeidstakere.

Utlendingskravet er ikke nødvendig av hensyn til EØS-avtalen. EF-domstolen har, som vi har sett, i flere saker slått fast at hensikten bak loven ikke er avgjørende for om den

kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Det avgjørende er om lovgivinga objektivt sett gir arbeiderne bedre vern.

Hva betyr det at lønns- og arbeidsvilkår er "likeverdige" og hva betyr det at lønns- og arbeidsvilkår "samlet sett" er dårligere?

Det er ikke uten videre klart hva det betyr at lønns- og arbeidsvilkår er *likeverdige med* de vilkår norske arbeidstakere har. For LO var det svært mye om å gjøre at loven skulle sikre likeverdige vilkår.

På den ene sida har dette med *vilkårene for allmenngjøring* å gjøre. Om utenlandske arbeidstakere alt har lønns- og arbeidsvilkår som samla sett er likeverdige med det norske arbeidstaker har, så er det ikke grunnlag for allmenngjøring. I forarbeidene til loven heter det at ved vurdering av om lønns- og arbeidsvilkår er likeverdige må de samlede vilkår legges til grunn. Det vil ikke være nok at ett eller flere enkeltelementer er annerledes enn det som er vanlig i bransjen. Det er altså ikke grunnlag for allmenngjøring om lønna er dårligere, om dette oppveies av bedre godtgjøring på andre områder.

På den andre sida har det med *omfanget av bestemmelser i tariffavtalen som allmenngjøres* å gjøre. Det er opp til tariffnemnda å vurdere hvilke bestemmelser som bør omfattes av et vedtak for at arbeidstakerne skal ha like vilkår.

Allmenngjøringsvedtaket skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å sikre utenlandske arbeidstakere likeverdige vilkår.⁶⁹

Det er sjølsagt fullt mulig å se det sånn. Men det er ikke denne betraktningsmåten som EF-domstolen har lagt til grunn og som ligger til grunn for utstasjoneringdirektivet.

⁶⁹ Det heter seinere i loven at de vilkår som fastsettes ved en allmenngjøringsforskrift gjelder som *ufravikelige* minstevilkår i arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Men i forskriftene er det inntatt en fravikelighetsbestemmelse om at forskriften ikke kommer til anvendelse dersom arbeidstaker *samlet sett* er omfattet av gunstigere lønns- og arbeidsforhold. Bestemmelsen er ifølge tariffnemnda ment som en presisering av at de lønns- og arbeidsvilkår som følger av forskriften er minstevilkår, og at om arbeideren allerede har vilkår som er bedre, så er det de som legges til grunn. Blant norske ikke-tariffbundne bedrifter har dette blitt oppfatta som at om det er avtalt ei timelønn som er høy nok til at den dekker den samla verdien av de bestemmelsene som er allmenngjort, så gjelder ikke forskriften dem, og de behøver ikke å følge hver enkelt bestemmelse i forskriften.

Utstasjoneringsdirektivet har, som vi har sett, en bestemmelse om at direktivet ikke er til hinder for at det benyttes lønns og arbeidsvilkår som er gunstigere for arbeidstakeren. Hensikten er at om arbeideren har bedre lønns- og arbeidsvilkår i hjemlandet, så gjelder disse vilkårene. Men hvordan skal en *sammenligne* vilkårene i hjemlandet med vilkårene i arbeidslandet? Direktivet nøyer seg her med å si at ytelser som blir betalt spesielt i forbindelse med utsendingen, skal betraktes som en del av minstelønna, med mindre de betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, som for eksempel reiseutgifter, kost og losji.

I sin rapport om utstasjoneringsdirektivet (november 2005) konkluderer kommisjonen med at det *ikke* er samla lønns- og arbeidsvilkår i etableringslandet som skal sammenlignes med samla lønns- og arbeidsvilkår i arbeidslandet. Kravet til likeverdige lønns- og arbeidsvilkår *gjelder hvert enkelt element i godtgjørelsen*.⁷⁰

Utgangspunktet er at anvendelsen av reglene i den staten arbeidet utføres ikke skal føre til at arbeideren får dårligere vilkår enn det hun eller han har i den staten arbeidsgiveren er etablert. På den andre sida kan ikke arbeidsstaten kreve at utenlandske foretak skal ha vilkår som er bedre enn det som kreves av innenlandske foretak.

Det etterlater da et spørsmål om på hvilket grunnlag lønns- og arbeidsvilkår skal sammenlignes: samlet sett eller godtgjørelse for godtgjørelse. Kommisjonen viser til en domsavsigelse ved EF-domstolen, som gjaldt lik lønn mellom mannlige og kvinnelige arbeidere,⁷¹ der domstolen kom til at prinsippet om lik betaling måtte gjelde hvert enkelt godtgjørelseselement. Det samme resonnementet kan ifølge kommisjonen benyttes når en skal sammenligne arbeidsvilkår som følger av den lovgivingen som gjelder for arbeidsforholdet med vertslandets regler som referert til i utstasjoneringsdirektivet.

Den samme betraktningsmåten har EF-domstolen lagt til grunn i *Finalarte, Portugaia, Wolff & Müller og Kommisjonen mot Belgia*. Den har ikke gjort det i *Mazzoleni*. Men her er vurderinga knytta til spesielle forhold der det var nokså uklart om en i det hele tatt kan snakke om utstasjonering av arbeidstakere. Det er kortere avstand mellom Oslo og Lillestrøm enn det er mellom Mont-Saint-Martin i Frankrike og Messancy i Belgia. Og ennå så lenge er *Mazzoleni* unntaket. Men hva domstolen vil bygge på videre gjenstår

⁷⁰ Spørsmålet er drøfta i tilknytning til direktivets artikkel 3(7). Drøftinga gjelder ikke hva som er likeverdige arbeidsvilkår. Den gjelder hvordan en skal sammenligne for å avgjøre om arbeidsvilkår i en stat er bedre enn arbeidsvilkårene i en annen stat.

⁷¹ C-262/88 Barber (1990)

å se. Om EF-domstolen, eller for den saks skyld EFTA-domstolen, vil bygge på Mazzoleni, så gjør den sjølsagt det. Men så langt er allmenngjøringslovens betraktningssmåte om at arbeidsvilkår samlet sett skal være likeverdige, en annen enn den som er lagt til grunn av kommisjonen og EF-domstolen.

Har loven hindra at det har blitt arbeidet på dårligere vilkår enn tariffavtalen?

Det er heller ikke uten videre klart hva som menes med at lønns- og arbeidsvilkår er likeverdige med *de vilkår norske arbeidstakere har*. Som kjent kan norske arbeidstakere ha vidt forskjellige lønns- og arbeidsvilkår, for eksempel alt etter om de arbeider i en virksomhet som har tariffavtale eller ikke. Hvilke arbeidstakere skal en sammenligne med? Det framgår ikke.

Derimot har vi fått ei forklaring på *hvorfor* en skal sikre utenlandske arbeidstakere likeverdige vilkår. Det er for å hindre at det arbeides på vilkår som samlet sett er dårligere enn de som er fastsatt i tariffavtalene, eller det som ellers er vanlig. Det betyr vel da at en vil hindre at det blir arbeidet på vilkår som samla sett er dårligere, hva enten de er dårligere enn de vilkårene som *samla sett* er fastsatt i tariffavtalen eller det som ellers er vanlig.

Men ingen av de allmenngjøringsvedtakene som er fattet til nå gjør det. De vilkårene som er fastsatt i de sakene som til nå er ført for Tariffnemnda, er samla sett *dårligere enn* de som samla sett følger av tariffavtalen.

Det kan hevdes at forskriftene dermed ikke oppfyller formålet med loven. Men det er jo ellers ikke noe nytt i Norge at uorganiserte arbeidere i bedrifter uten tariffavtale har dårligere vilkår enn de som arbeider i tariffbundne bedrifter.

Poenget her er bare at når det heter at formålet med loven å hindre at arbeidstakere utfører arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn hva som er fastsatt i gjeldende tariffavtaler, så er det ingen realitet i dette. Verken loven eller de forskriftene som er fastsatt med utgangspunkt i loven har hindra at det har blitt arbeidet på vilkår som samla sett er dårligere enn tariffavtalen.

"Dokumentasjonskravet"

Endelig heter det at loven har som formål å hindre at det blir arbeidet på vilkår som er *påviselig* dårligere enn de som følger av tariffavtalene eller ellers er vanlig.

Av det har tariffnemnda avleda at den part som krever tariffavtalen sin allmenngjort, må dokumentere at det arbeides på vilkår som er dårligere enn tariffavtalens vilkår. Ikke nok med det, dette praktiseres som et slags beviskrav der nemnda skal foreta en vurdering av bevis akkurat som i ei rettssak. Dette såkalte "dokumentasjonskravet" har alt vært mye omdiskutert. Her bare noen kommentarer.

For det første er kravet til påviselighet noe NHO fant på etter at det var klart at det var flertall i Stortinget for en lov om allmenngjøring. I sin første uttalelse til komiteen sa NHO at det måtte være en forutsetning at den organisasjon som framsatte krav om allmenngjøring, *påviser, eller i hvert fall sannsynliggjør* at allmenngjøring er nødvendig for å hindre sosial dumping. I sin andre uttalelse gjentas det at *det må settes som vilkår at det foreligger et reelt behov i hvert enkelt tilfelle, og at det må påvises at allmenngjøring er nødvendig for å hindre et konkret tilfelle av sosial dumping.* (Definisjonen på sosial dumping var for øvrig ifølge NHO at firmaer og arbeidstakere fra land med vesentlig lavere lønnsnivå enn det norske, utfører arbeid i Norge på hjemlandets lønninger.)

For det andre følger ikke kravet om dokumentasjon og bevisførsel av loven. Loven inneholder ikke noe sånt "dokumentasjonskrav". Dette er noe tariffnemnda har finni på sjøl. I forarbeidene til loven heter det riktig nok at nemnda skal foreta ei selvstendig vurdering av om tariffavtalens individuelle bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår skal allmenngjøres. Ved denne vurderinga, heter det, skal nemnda legges vekt på om det faktisk utføres arbeid i Norge på lønns- og arbeidsvilkår som er dårligere enn det som følger av tariffavtalene. Videre vil det være et moment hvor omfattende slikt arbeid er. Men det er langt fra dette utgangspunktet og til å legge bevisbyrden for et allmenngjøringsvedtak på den part som begjærer allmenngjøring.

For det tredje er det ingen andre europeiske land som praktiserer allmenngjøring som har noe sånt krav.

For det fjerde ble det både i forarbeidene til loven og under Stortingets behandling understreka behovet for rask saksbehandling. Det ble av den grunn også inntatt i loven at opplysningen av saka kan foregå i høringsmøter. Meninga var at høringsmøter kunne benyttes i stedet for vanlig høringer. Sånn som bestemmelsen har vært praktisert, har høringsmøter vært brukt i tillegg til de vanlige høringene. En kan si mye om saksbehandlinga til Tariffnemnda, men spesielt rask har den ikke vært.

For det femte er det fullt mulig å ha ei anna ordning for allmenngjøring uten dette dokumentasjons- og beviskravet. Det er sjølsagt at en part som vil ha tariffavtalen sin

allmenngjort, vil måtte begrunne ei begjæring om dette. Og det er like sjølsagt at et administrativt organ som mottar ei sånn begjæring, vil måtte foreta ei sjølstendig vurdering av om det er behov for allmenngjøring, og at det må påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Det er ikke nødvendig å lage et sirkus ut av dette.

3.4 Hvilket handlingsrom har vi etter Laval?

Laval, Rüffert og Kommisjonen mot Luxemburg har, som vi har sett, innskrenket statenes mulighet til å kreve at tjenesteytere fra en annen medlemsstat skal etterleve lønns- og arbeidsvilkår ut over ei hard kjerne av minstevilkår. Dette gir tjenesteytere fra andre EØS-land som tar oppdrag i Norge *rettigheter*. En tjenesteyter fra et annet EØS-land har rett til å påta seg oppdrag i Norge og gjøre jobben med egne ansatte, uten at det blir stilt krav til hvilke lønns- og arbeidsvilkår han skal praktisere, ut over at han skal etterleve minstevilkår som er fastsatt ved lov og forskrift eller tariffavtaler som er allmenngjort.

Det kan kreves at han skal etterleve våre bestemmelser om minstelønn, overtidsbetaling, lengste arbeidsdag og korteste hviletid, ferie og feriepenger, og dessuten krav som gjelder helse, miljø og sikkerhet, likebehandling og særskilt vern av ansatte i bemanningsselskaper.

Av disse vilkårene er det bare minstelønn som ikke er regulert ved lov.

I praksis betyr det at en utenlandsk tjenesteyter, uansett hva vi har allmenngjort, bare har plikt til å etterleve minstelønnsbestemmelser i forskrift han er omfattet av.⁷² Ettersom vi i Norge har lovgiving for alle kjernevilkår i utstasjoneringdirektivet unntatt minstelønn, gjenstår det bare minstelønn som kan reguleres ved allmenngjøring av tariffavtaler. Men minstelønn i utstasjoneringdirektivet er ikke nødvendigvis det samme som minstelønnsatsene i tariffavtalene.

⁷² Dessuten skal han betale overtidstillegg med 40 prosent for arbeidet tid ut over 9 timer om dagen og/eller 40 timer i uka, og han skal betale feriepenger med 10,2 prosent av dette, enten i forbindelse med hovedferien, eller når arbeideren slutter, om han slutter før det, etter lovens bestemmelser.

Hva mener utstasjoneringsdirektivet med minstelønn og hva mener EF-domstolen?

Utgangspunktet er at hva som er minstelønn er opp til medlemsstatene å avgjøre. Dette er fastslått i utstasjoneringsdirektivet i siste ledd av artikkel 3(1). En skulle da kanskje tru at hva angår minstelønn, så gjør medlemsstatene i hvert fall som de vil. Men sånn er det ikke.

Hva som er minstelønn er tema i den tidligere nevnte EU-rapporten om implementeringa av utstasjoneringsdirektivet fra 2006. Utgangspunktet er som sagt at det er opp til medlemsstatene å avgjøre hva som er minstelønn. Hva som er minstelønn kan dermed være forskjellig fra en stat til en annen: for eksempel timelønn, månedslønn eller produktivitetsbasert lønn. Det kan være ei avtalt minstelønn for alle som arbeider i en bransje, eller det kan være forskjellige minstelønninger for forskjellige yrker og for skjellig arbeid. Medlemsstatene kan også bestemme at forskjellige godtgjørelser og bonuser skal inngå.

Det vises videre til at det følger av direktivets artikkel 3(7) at ytelser som gjelder godtgjøring av utgifter som følger av at arbeiderne blir utsendt, som utgifter til reiser, kost og losji, *ikke kan anses som del av minstelønna*.

Det er også fastslått at ved sammenligning av minstelønna med den lønna arbeiderne faktisk får, og den lønna ikke er beregna per arbeidet time, så skal det tas hensyn til forholdet mellom lønna og antall arbeidete timer, "og andre relevante faktorer".⁷³

Ellers er det hele den lønna arbeiderne mottar i hjemlandet som må sammenlignes mot minstelønna i arbeidsstaten, og det er bruttolønn som må sammenlignes. En annen måte å sammenligne på, er å sammenligne hvert element i minstelønn som kreves etterlevd i arbeidsstaten med det tilsvarende element i den lønna som blir betalt i opprinnelsesstaten. Men dette er å kreve etterlevd lønnsstrukturen i arbeidslandet. Det er det ikke anledning til. Dette hadde nylig vært tema i saka *Kommisjonen mot Tyskland*, som er gjennomgått før.

Her skal vi se nærmere på hva som kan regnes inn i minstelønna og hva som ikke kan regnes inn, ifølge denne dommen.

For det første omfatter den tyske minstelønna for byggenæringa et fast tillegg, *Bauzuslag*. Dette "byggtillegget"⁷⁴ er et tillegg som opprinnelig besto av tre atskilte

⁷³ Rådsdokument nr. 10048/96, SOC 264 CODEC 550, merknad nr. 9. Kommisjonens og rådets merknader til hvordan direktivet skal forstås.

delar som skulle kompensere den stadige skiftinga av byggeplass og værforhold, men som etter hvert ble helt frikobla fra utgangspunktet og i stedet ble en fast del av lønna. Domstolen gjorde ingen innvendinger mot at dette var en del av minstelønna.

For det andre mente Tyskland at tillegg som gjaldt godtgjøring for overtidarbeid, nattarbeid, søn- og helligdagsarbeid, reiser og tungt arbeid ikke skulle regnes med i minstelønna. Dette framgikk også av veiledninga til loven.

For det tredje ble det oppnådd enighet mellom partene (Kommisjonen og Tyskland) om at overtidsbetaling, pensjonspremier, godtgjørelser for utgifter som følge av utsendinga og slumpsommer som var beregna på annet grunnlag enn arbeidete timer, ikke skulle regnes med i timelønna. I løpet av saka gikk Tyskland dessuten med på å godta at bonuser som gjaldt betaling for den trettende og fjortende lønningsmåneden⁷⁵ som en del av minstelønna, forutsatt at de ble utbetalt "jevnlige, forholdsmessige, effektivt og ugenkallelige ved forfall" mens arbeiderne er utsendt til Tyskland.

Det gjensto da hvordan en skulle se på det som i saka ble omtalt som godtgjørelser og tillegg "som betales av arbeidsgiver og som endrer likevekten mellom de tjenester arbeideren leverer på den ene sida og på den andre sida den ytelsen han mottar". Som eksempler på sånne godtgjørelser ble særlig nevnt kvalitetsbonuser og bonuser for smussig, tungt og farlig arbeid.

På det tyske tollvesenets nettside⁷⁶ er dette forklart sånn: Lønnsgodtgjørelser eller tillegg som blir betalt av arbeidsgiver skal regnes som del av minstelønna om de blir betalt uavhengig av om arbeideren utfører arbeid som avviker fra standard ytelser som er beskrevet i tariffavtalen.⁷⁷ Forenkla kan en kanskje si at det er snakk om kompensasjon for arbeid arbeideren blir pålagt å utføre men "som han ikke har betalt for" til vanlig.

74 Tillegget er omtalt i generaladvokatens innstilling i *Portugaia* (punkt 52 – 60).

75 Jeg har ingen anelse om hva dette er for noe. Eller, jeg har en anelse om at det er noe i retning av vår helligdagsgodtgjørelse, men jeg veit det ikke, og har ikke hatt anledning til å ta rede på det.

76 www.zoll.de

77 Wage allowances or supplements paid by the employer are to be regarded as part of the minimum wage where their payment is not contingent upon the worker providing a service varying from a standard service provided for in the collective agreement.

EF-domstolen kom til at sånne ytelser ikke skulle regnes med i minstelønna. Det er ifølge domstolen *helt normalt* at om en arbeidsgiver forlanger at en arbeider skal utføre arbeid i tillegg (til det han er ansatt for å utføre) eller at han skal arbeide under særskilte forhold (som han ikke er ansatt for å utføre arbeid under), så må arbeidsgiver betale kompensasjon for dette, uten at dette regnes inn i minstelønna.

Ettersom Tyskland har vært sterkt både i EU-kommisjonen og EF-domstolens søkelys, og har innretta seg deretter, kan det være nyttig å se på hvordan tyske myndigheter håndterer dette i dag.

På nettstedet til tyske tollmyndigheter er det lagt ut veiledning til utenlandske arbeidsgivere om hva de må betale for at plikten til å betale minstelønn etter tyske regler skal være oppfylt.⁷⁸

- Byggtillegget og tillegg som er avtalt i arbeidsavtalen til dekning av forskjellen på minstelønna og lønna i hjemlandet skal alltid regnes med i minstelønna.
- Overtidsbetaling skal regnes med i minstelønna i det tilfellet at arbeidsgiver er forpliktet til å betale overtidsbetaling etter en tariffavtale som er allmenngjort. I så fall er det tilstrekkelig at den lønna som faktisk blir betalt overtidsbetaling innbefattet tilsvarer allmenngjort minstelønn og allmenngjort overtidsgodtgjørelse.
- Helligdagsgodtgjørelser skal regnes som del av minstelønna om de blir betalt løpende, sammen med vanlig lønn.
- Godtgjørelser som ikke kan regnes med i minstelønna er akkordoppgjør, kvalitetsbonuser, tillegg for overtidsarbeid og søn- og helligdagsarbeid, smusstillegg og risikotillegg. Det samme gjelder godtgjøring for kost, losji og reiser i forbindelse med utsending, om arbeidsgiver betaler arbeiderne et fast beløp til dekning av sånne utgifter. Om arbeidsgiver holder kost losji og reiser, så kan ikke det heller regnes inn i minstelønna. Og om arbeidsgiver foretar trekk i lønn til dekning av sånne utgifter, så er det bare lønna etter trekk er foretatt som regnes som minstelønn. Arbeidsgiveravgift skal sjølsagt heller ikke regnes inn i minstelønna.

Hva som er hva får ingen betydning for hva i tariffavtalene vi har anledning til å gjøre gjeldende for tjenesteytere for andre EØS-land. Men det får betydning for *om en*

78 Se http://www.zoll.de/english_version/f0_aentg/a0_info_ag/b0_mindestlohn/index.html

utenlandsk tjenesteyter har oppfylt plikten til å betale minstelønn etter en tariffavtale som er allmenngjort.

Eksempelvis hevder NHO i stevninga i saka *Verftene mot Tariffnemnda* at det ikke var nødvendig å allmenngjøre VO. Med "et gjennomgående lønnsnivå på fra ca. NOK 90 og oppover, med tillegg av en rekke øvrige ytelser, mottok disse (arbeiderne) allerede slike samlede ytelser at det i forhold til EØS artikkel 36 ikke var berettiget å pålegge utenlandske tjenesteytere de restriksjoner som følger av forskriften." Spørsmålet blir da *hvilke "øvrige ytelser" arbeiderne har fått.*

Kan vi i det hele tatt kreve at en utenlandsk tjenesteyter etterlever våre minstelønnsbestemmelser?

Mange EØS-land har både ei lovfesta minstelønn og minstelønninger som er fastsatt ved tariffavtaler som er allmenngjort og gjort gjeldende for utenlandske tjenesteytere. Om en tar EF-domstolen på ordet, vil det da heller ikke være anledning til å benytte allmenngjorte minstelønnsbestemmelser om en har lovfesta ei minstelønn. Det følger ikke av rettspraksis ved EF-domstolen at det er sånn. Men det er mulig å hevde at det er sånn. Det europeiske terrenget er uansett ikke lenger i samsvar med kartet.

Om EF-domstolen rokker ved at det er anledning til å kreve etterlevd allmenngjort minstelønn uansett om det fins ei lovfesta minstelønn, så vil det være ganske dramatisk. Om *Laval* var et brudd på våpenhvilen i det europeiske arbeidslivet, vil noe sånt være ei åpen krigserklæring mot europeisk fagbevegelse. Det vil i tilfelle kreve stort politisk mot. Men er det noe EF-domstolen har vist, så er det at den har stort politisk mot. For vårt vedkommende betyr det at lovfesta minstelønn er noe vi gjør fornuftig i å holde oss langt unna, om vi fortsatt vil ha mulighet til å allmenngjøre tariffavtaler.

Ei mer moderat tilnærming fra EF-domstolen kan være at om en har ei lovfesta minstelønn, og en har ei allmenngjort minstelønn som er høyere, og som er gjort gjeldende for utstasjonerte arbeidere, så vil lovligheten av dette være gjenstand for ei konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

3.5 Alternativer til dagens allmenngjøringsordning

Om vi ser ut over dagens allmenngjøringsordning, så er det tre hovedmåter en kan utforme et minstelønnsregime på. En måte er å fastsette bransjevis

minstelønnsbestemmelser mer eller mindre uavhengig av minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalen. En annen måte er å allmenngjøre tariffavtalens minstelønnsbestemmelser. Uansett vil det måtte skje ved forskrift. En tredje mulighet er å ikke gjøre noen av delene, men heller prøve å etablere ei bransjevis minstelønn avtaleveien.

Bransjevis lovfesta minstelønn

Argumentene mot et sånt forslag er velkjente. Uansett om en legger føringer om at det skal "ses hen" til tariffavtalens bestemmelser, så har en kryssa ei grense, der fastsettelsen av minstelønninger for de delene av arbeidslivet som ikke er omfatta av tariffavtaler vil være overlatt til myndighetene. Veien fra bransjevis minstelønninger som bygger på tariffavtalenes bestemmelser og over til sektorvise minstelønninger basert på de laveste lønningene innafor en sektor kan vise seg å være kort.

Regulering av lønns- og arbeidsvilkår avtaleveien

Men kan en tenke seg at en inngår en tariffavtale mellom partene om at det ikke skal benyttes underentreprenører eller utleievirksomheter som sysselsetter arbeidstakere til lavere lønninger enn minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalen, uten at tariffavtalen er allmenngjort? Da er vi antakelig inn i et usikkert farvann, der vi kan bli innhenta av den såkalt *horisontale virkningen* av restriksjonsforbudet i EU-traktaten. En utenlandsk tjenesteyter som ikke får jobben fordi han betaler arbeiderne sine for dårlig, vil kunne hevde at bestemmelsen i tariffavtalen *hindrer han i å tilby sine tjenester* i Norge. Advokaten hans vil kunne legge til at hans klient er underlagt krav til arbeidsvilkår som *ikke er fastsatt på noen av de måtene som holdes til rådighet i utstasjoneringsdirektivet*. Hva da?

Det er rettspraksis ved EF-domstolen at den traktatfestede friheten til å yte tjenester har en *horisontal effekt* på ansettelsesvilkår som følger av kollektive reguleringer. Jeg kjenner ikke denne rettspraksisen nærmere. Men arbeidskamp, som jo ikke akkurat er noen offentlig forordning, er altså ikke noe som slipper unna å bli vurdert opp mot forbudet mot restriksjoner på friheten til å yte tjenester av den grunn.

I *Laval* drøfta EF-domstolen om retten til arbeidskamp er unntatt fra restriksjonsforbudet i traktaten. I denne forbindelse pekte domstolen på at avskaffelsen av hindringer i friheten til å yte tjenester vil undergraves om den kan

nøytraliseres av hindringer som følge av virksomhet som bedrives av organisasjoner som ikke er underlagt loven.⁷⁹

Det er ikke sikkert at en bestemmelse, for eksempel i omfangsbestemmelsene i tariffavtalen, om at det ikke skal benyttes arbeidstakere som har dårligere betalt enn minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalen, i det hele tatt vil stå seg mot restriksjonsforbudet i EU-traktaten.

Allmenngjøring av minstelønnsbestemmelsene i tariffavtalene

Argumentene mot dette forslaget er også velkjent: Allmenngjøring er noe vi må være ytterst forsiktig med, men om vi allmenngjør, så må vi i hvert fall allmenngjøre så mye som mulig av tariffavtalen. Men det er ikke uten videre enkelt å se begrunnelsen for dette synet.

En begrunnelse er som følger: Jo mer i tariffavtalen vi allmenngjør, desto lenger unna lovfesta minstelønn er vi. Jo mindre vi allmenngjør, desto kortere er veien over til lovfesta minstelønn. Dette kan virke tilforlatelig, men det er ikke sikkert den er riktig. Det kan like gjerne hevdes at jo mer robust og velfungerende ei allmenngjøringsordning er, desto lenger unna lovfesta minstelønn er vi. Og dagens ordning er som kjent verken velfungerende eller robust.

Det kan ikke nektes for at dette argumentet også kan ha vært et skalkeskjul for holdninger der allmenngjøring har vært sett på som en måte å begrense omfanget av utenlandsk arbeidskraft i Norge. ”Jo dyrere de er, desto vanskeligere blir det for dem å få seg jobb i Norge.” Dette er etter mi mening ikke noe legitimt argument. Å begrense arbeidsinnvandringa er uansett utafør formålet med å drive fagforeninger.

Argumentene for ei sånn ordning er også etter hvert nokså åpenbare.

- I Norge er alle andre kjernevilkår enn minstelønn regulert ved lov. Vi kan fortsatt allmenngjøre andre bestemmelser i tariffavtalen enn kjernevilkårene, og vi kan allmenngjøre bedre vilkår. Men vi kan ikke kreve sånne arbeidsvilkår gjort gjeldende i utenlandske tjenesteforetak. Hva er da hensikten?
- Vi trenger ei ordning for allmenngjøring av tariffavtaler som er mindre omstridt og mer omforent enn dagens ordning. Ei ordning der bare minstelønn allmenngjøres,

79 Punkt 84.

vil ha oppslutning blant små og mellomstore bedrifter som ikke holder på med lønnsdumping, og som er konkurranseutsatte i forhold til utenlandske selskaper som dumper lønningene. Den ligger nærme holdninga til den delen av arbeidsgiversida som har ment at allmenngjøring av tariffavtalen er fornuftig.

- NHO har langt på vei blokkert dagens allmenngjøringsordning. Den tapende parten er de utenlandske arbeiderne som er overlatt til å arbeide på den lønna de har mulighet til å få.

Om en går inn for ei sånn ordning, er det flere ting en må ta stilling til. Skal det stilles særskilte vilkår for allmenngjøring, og i tilfelle hvilke? Skal tariffavtalens minstelønnsbestemmelser gjelde uten videre (automatisk), eller skal det vedtas allmenngjøring etter behov? Hvem kan i tilfelle kreve og hvem skal i tilfelle vedta allmenngjøring? Hva med en "åpningsklausul" etter mønster av arbeidsmiljøloven? Og hvordan skal en håndtere muligheten for at utenlandske arbeidsgivere betaler minstelønn etter tariffavtalen på papiret, men at de så trekker halve lønna til dekning av utgifter de har hatt til kost, losji og reiser for arbeiderne? Skal vi gå inn for allmenngjøring av minstelønn i vid forstand, eller skal vi holde oss til minstelønnsatsene? Hva med normallønssoverenskomster? Og hvilke følger får det for tariffpolitikken?

Hva med utgifter til kost, losji og reiser ved utsending der overnatting er nødvendig?

Det følger av utstasjoneringsdirektivet at godtgjørelser for sånne utgifter ikke kan regnes inn i minstelønna. Arbeidsgiver kan med andre ord ikke avtale trekk i minstelønna til dekning av utgifter som han har i forbindelse med utsending av arbeiderne.

Men utstasjoneringsbegrepet er i oppløsning. Utstasjoneringsdirektivet har en definisjon av utstasjonering som er gjentatt, men ikke helt likelydende, i den norske implementeringen av direktivet (nå arbeidsmiljølovens § 1-7). I direktivet er utsendt arbeidstaker definert som "arbeidstaker som i et begrenset tidsrom utfører arbeid på territoriet til en annen medlemsstat enn den stat der vedkommende til vanlig arbeider". Dette etterlater da følgende spørsmål. Betyr det at arbeidstakeren vanligvis arbeider i et annet land, eller betyr det at han vanligvis arbeider i et annet land *for det selskapet som har sendt han ut*? I den norske Arbeidsmiljøloven defineres utsendt arbeidstaker som "arbeidstaker som i et begrenset tidsrom arbeider i et annet land enn det arbeidsforholdet vanligvis er knyttet til". Det tyder på at meninga er det siste.

Men svært mange utenlandske arbeidstakere er verken ansatt i norske selskaper eller utstasjonert i Arbeidsmiljølovens forstand. Svært vanlig er at arbeiderne er ansatt i et utenlandsk selskap for å arbeide i Norge, uten at de har arbeidet for dette selskapet i hjemlandet så mye som en dag noen gang. Hva da?

I *Arblade* skiller EF-domstolen mellom tjenesteyting, ved at et selskap som er etablert i ett land og påtar seg midlertidig oppdrag i en annen medlemsstat, på den ene sida, og *en situasjon der et selskap som er etablert i en medlemsstat driver virksomhet som bare eller hovedsaklig er innretta på en annen medlemsstat, og der formålet er å omgå de reglene de ellers ville vært omfatta av i arbeidsstaten.*⁸⁰

Ett av to. Enten er et utenlandsk foretak etabler i utlandet. Om det sender arbeiderne på oppdrag i Norge, så skal arbeidsgiver holde kost losji og reiser. Og han kan ikke avkorte minstelønna, eller for den saks skyld den avtalte lønna for å ta seg dekning til utgifter han har hatt i forbindelse med utsendinga. Eller så er det utenlandske foretaket etablert i Norge. Arbeiderne er da kanskje ikke utsendt, og de har kanskje ikke krav på å få dekka kost, losji og reiser, men de har da i tilfelle "alle rettigheter" til våre lønns- og arbeidsvilkår.

Hva med normallønnsoverenskomster?

LO har en del tariffavtaler der det ikke fins noen lokal forhandlingsrett og der normallønna i overenskomsten er lønna. Hva da?

Det vil antakelig ikke være problematisk å gjøre normallønnsatser som er allmenngjort gjeldende for utenlandske tjenesteytere som har oppdrag i Norge. Problemet her fins vel i tilfelle på "hjemmebane". Ei sak er å allmenngjøre deler av tariffavtalen der det fortsatt er klar forskjell på de lønns- og arbeidsvilkårene som følger av allmenngjøringsvedtaket og de som følger av tariffavtalen. Det at tariffavtalen har bedre vilkår, er fortsatt en motivasjon for å organisere seg og kreve tariffavtale. Men om det ikke er noen sånn forskjell, eller om forskjellen er liten, kan det stille seg annerledes. Hva er da vitsen med å organisere seg og kreve tariffavtale, om en får det samme i alle fall?

Et mulig svar på dette er å allmenngjøre et lavere lønnsnivå enn det som følger av tariffavtalen. Er det mulig? Ja, det er fullt mulig. Men det krever i så fall at det inngås en

⁸⁰ Tjenestedirektivet gjør det samme. Se merknad 37.

egen tariffavtale som gjelder minstelønnsbestemmelser for bransjen. Ellers er det ikke lenger snakk om allmenngjøring. Allmenngjøring av en tariffavtale forutsetter at det fins en tariffavtale som kan allmenngjøres. Og det krever som kjent to parter. Det fører også til en situasjon der en har to tariffavtaler i samme bransje. Og det vil føre til at en får et skille mellom "tariffbedrifter" og "minstelønnsbedrifter". Men det er mulig dette er et skille som er der alt i dag.

Et annet mulig svar er som følger. Om vi organiserer utenlandske arbeidere, og vi krever tariffavtale på vegne av dem, så tar det tid før en tariffavtale kommer på plass. Det kan også ta ganske lang tid. I mellomtida går medlemmene våre lei og melder seg ut eller slutter. Om vi hadde allmenngjort lønnsbestemmelsene i tariffavtalen, kunne vi gjort noe for dem i dag, ikke om et halvt år eller trekvart år. Og det vil fortsatt være interessant for dem å kreve tariffavtale. Tariffavtalen består av mer enn bare lønnsbestemmelser. Erfaringene med allmenngjøring i byggenæringa kan tyde på at dette kan være en mulig innfallsvinkel.

Hva med en "åpningsklausul" etter mønster av arbeidsmiljøloven?

FAFO-rapporten fra 2005 stiller spørsmål om det kan være fornuftig, innafor ramma av ei ordning for allmenngjøring av minstelønnsbestemmelser etter krav fra en av partene, å innføre hva de kaller en "åpningsklausul". (Jeg har aldri hørt ordet før.) Dette refererer til at arbeidsmiljøloven på flere områder gir partene anledning til å avtale avvik fra loven.

Tilsvarende kunne en tenke seg at det forvaltningsorganet som har kompetanse til å vedta allmenngjøring av minstelønn, også gis kompetanse til å vedta avvik fra å bare allmenngjøre minstelønn, om partene er enig om det. Argumentet for ei sånn ordning er, ifølge FAFO, at det gir partene noe større fleksibilitet i lønnsdannelsen – med vetorett til fagforeningene – og det kan gi arbeidsgiverne et sterkere incentiv til å inngå avtaler.

Om forvaltningsorganet har kompetanse til å fastsette vilkår som ikke fins i tariffavtalen, så er det vel og merke ikke lenger snakk om allmenngjøring, uansett om det benytter denne kompetansen på begjæring av partene i fellesskap. Det er snakk om fastsetting av bransjevise arbeidsvilkår ved forskrift. Et allmenngjøringsinstitutt med "åpningsklausul" vil være ei hybridordning, på samme måte som dagens ordning.

Referanser

Lavlønnskurransse og sosial dumping. Dølvik, Eldring og Ødegård 2005

SEC(2006) 439. Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. Brussels, 4.4.2006

Rådsdokument nr. 10048/96, SOC 264 CODEC 550

Ot prp nr 26 (1992–93) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv

Innst. O. nr. 98 (1992-93). Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

Stortingsforhandlinger nr. 9 11. – 27. mai. Sesjonen 1992 – 93.

On the Social Dimension in Posting of Workers. Jari Hellsten 2006

Evaluering av allmenngjøringsordningen – høring. Stein Evju 13. januar 2006

Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Kommentar. Koberski, Asshoff og Hold 2002

Evaluering av allmenngjøringsordningen – høring. MLF m.fl. 15. desember 2005

Høring – utkast til forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler. NHO 14. mai 2004

Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger. Hjelmeng og Kolstad 17. november 2005

Complaint against Norway: The Norwegian General Application Act – Infringement of Article 36 of the EEA Agreement. Simonsen Advokatfirma DA 4. desember 2007

Stevning og erklæring om partshjelp til Oslo tingrett. Stevning av Staten v/ tariffnemnda. Advokat Kurt Weltzien M.N.A. 24. mars 2009

Høring – fortsatt allmenngjøring av tariffavtaler – byggfag. BNL 6. september 2008.

Høring – utkast til forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for skips- og verftsindustrien. NHO 29. mai 2008

EØS-rettslig vurdering av Tariffnemndas forslag til forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for skips- og verftsindustrien. Olav Kolstad 27. mai 2008