



NORGES HØYESTERETT

Den 5. mars 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-00496-A, (sak nr. 2012/1447), sivil sak, anke over dom,

STX OSV AS

STX Norway Florø AS

Kleven Verft AS

Myklebust Verft AS

Bergen Group Shipbuilding AS

Ulstein Verft AS

Havyard Ship Technology AS

Aibel AS

(advokat Ingvald Falch)

Næringslivets Hovedorganisasjon
(partshjelper)

(advokat Kurt Weltzien)

Norsk Industri (partshjelper)

(advokat Tarjei Thorkildsen)

mot

Staten v/Tariffnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Pål Wennerås)
Rettslig medhjelper:
(Regjeringsadvokaten
v/advokat Ketil Bøe Moen)

Landsorganisasjonen i Norge
(partshjelper)

(advokat Håkon Angell)

Fellesforbundet (partshjelper)

(advokat Einar Stueland)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Matheson:** Saken gjelder gyldigheten av bestemmelser i forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien.

- (2) Landsorganisasjonen i Norge (LO) fremsatte 27. september 2007 krav om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten 2006-2008 mellom LO og Fellesforbundet på den ene siden og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Norsk Industri på den annen for så vidt gjaldt skips- og verftsindustrien. Etter å ha sendt et utkast på høring, traff Tariffnemnda 6. oktober 2008 vedtak om forskrift om allmenngjøring av enkeltbestemmelser i Verkstedsoverenskomsten 2008-2010, som var den overenskomsten som gjaldt på det tidspunktet. Vedtaket ble truffet under dissens fra NHOs representant.
- (3) Forskriften inneholder bestemmelser om blant annet minste timelønn (§ 3 første ledd), utenbystillegg (§ 3 annet ledd), arbeidstid (§ 5), overtidstillegg (§ 6) og dekning av utgifter til reise, kost og losji ved arbeidsoppdrag utenfor hjemmet (§ 7). Bestemmelsene om utenbystillegg og dekning av reise, kost og losji innebærer at slik godtgjøring skal ytes uavhengig av om den utsendte arbeidstakers hjemsted er i Norge eller utlandet.
- (4) Vedtaket ble truffet etter mønster av forskrift 11. oktober 2004 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land. Den omfatter en delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten, Fellesoverenskomsten for byggfag og Landsoverenskomsten for elektrofagene for så vidt gjelder nærmere angitte landbaserte petroleumsanlegg. Det er senere også truffet vedtak om allmenngjøring av landsdekkende tariffavtaler for byggeplasser, jordbruks- og gartnerinæringen og renholdsbedrifter.
- (5) De ankende parter – heretter også omtalt som STX mfl. – reiste ved stevning av 24. mars 2009 søksmål for Oslo tingrett mot staten v/Tariffnemnda med påstand om at forskriften om allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien er ugyldig i sin helhet, dels fordi det ikke er dokumentert at lovens vilkår for allmenngjøring er oppfylt, dels fordi forskriften er i strid med EØS-retten. Det ble også krevd erstatning. NHO og Norsk Industri tiltrådte saken som partshjelpere for de ankende parter, mens LO og Fellesforbundet tiltrådte saken som partshjelpere for ankemotparten. Oslo tingrett besluttet under saksforberedelsen at forhandlingene og pådømmelsen skulle deles, slik at spørsmålet om forskriftens gyldighet er blitt behandlet og pådømt for seg.
- (6) Oslo tingrett avsa 29. januar 2010 dom med slik domsslutning:
- "1. Staten v/Tariffnemnda frifinnes.**
- 2. STX Norway Offshore AS, STX Norway Florø AS, Kleven Verft AS, Myklebust Verft AS, Bergen Group Maritime Services AS, Bergen Group Shipbuilding AS, Ulstein Verft AS, Havyard Leirvik AS, Aibel AS, Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri dømmes – én for alle, alle for én – til å betale saksomkostninger til:**
- Staten v/Tariffnemnda med 550.000 – femhundreogfemtusen – kroner.
 - Landsorganisasjonen i Norge med 431.909 – firehundreogtrettientusennihundreogni – kroner.
 - Fellesforbundet med 228.000 – tohundreogtjueåttetusen – kroner.
- 3. Oppfyllelsesfristen etter pkt. 2 er 2 – to – uker regnet fra dommens forkynnelse."**
- (7) STX mfl. anket til Borgarting lagmannsrett.

- (8) Lagmannsretten besluttet under saksforberedelsen å innhente rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om de EØS-rettslige spørsmålene i saken. Spørsmålene ble besvart ved EFTA-domstolens dom 23. januar 2012.
- (9) STX mfl. begrenset seg for lagmannsretten til å nedlegge påstand om at forskriften er ugyldig for så vidt gjelder § 3 annet ledd, § 5, § 6 og § 7. På dette tidspunktet var 2008-forskriften, etter inngåelse av den etterfølgende Verkstedsoverenskomsten for 2010-2012, blitt avløst av forskrift 20. desember 2010 nr. 1764. Denne forskriften viderefører de tidligere bestemmelsene, riktignok slik at kronebeløpene er hevet i henhold til den senere overenskomsten. Det ble nedlagt påstand om at de samme bestemmelsene i 2010-forskriften også er ugyldige.
- (10) Borgarting lagmannsrett avsa 8. mai 2012 dom med slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Sakskostnader for tingretten og lagmannsretten tilkjennes ikke."**
- (11) STX mfl. har anket dommen til Høyesterett.
- (12) Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Partene har fremlagt forklaringer fra i alt 13 vitner, hvorav 5 er nye for Høyesterett. Det er dessuten fremlagt ett nytt dokumentbevis. En av de ankende parter anførsler knyttet til gyldigheten av forskriftens § 3 annet ledd om utenbystillegg, er frafalt. For øvrig står saken for det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (13) Verkstedsoverenskomsten for 2010-2012 er avløst av en ny overenskomst for tariffperioden 2012-2014. Tariffnemnda traff 27. november 2012, under henvisning til nærværende tvist, vedtak om å utsette behandlingen av LOs begjæring om allmenngjøring av den nye overenskomsten til avløsning av 2010-forskriften. Partene er enige om at det i denne situasjonen følger av allmenngjøringsloven § 7 annet punktum at 2010-forskriften fortsatt gjelder i påvente av et nytt vedtak.
- (14) De ankende parter – *STX mfl.* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (15) EØS-avtalen artikkel 36 forbyr restriksjoner på adgangen til å yte tjenester over landegrensene i EØS. Allmenngjøring av tariffavtaler om minstelønn for arbeidstakere som er utsendt fra arbeidsgivere i andre medlemsstater, er etter sikker rett en slik restriksjon. Det fremgår av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse at det ikke er tilstrekkelig for å gå klar av forbudet at tariffvilkåret faller inn under oppregningen i utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav a til g. Det må også foretas en selvstendig prøving av om vilkåret er forenlig med artikkel 36.
- (16) Bestemmelsen tillater bare restriksjoner som etter en objektiv vurdering er egnet til å sikre at tvingende allmenne hensyn – slik som sosial beskyttelse av arbeidstakere – kan oppnås. Det kreves at tiltaket utgjør en egentlig fordel for dem, og at det ikke går lenger enn nødvendig for å kunne oppnå formålet.
- (17) Høyesterett må ved bedømmelsen legge det vurderingstemaet som EFTA-domstolen har gitt anvisning på, til grunn for sin avgjørelse. Selv om den rådgivende uttalelsen ikke er bindende for norske domstoler, skal den etter Høyesteretts egen praksis tillegges vesentlig

vekt, jf. Rt. 2000 side 1811. Skulle Høyesterett finne løsningen i den rådgivende uttalelsen tvilsom, må virkemidlet være å stille nytt spørsmål til EFTA-domstolen fremfor å sette uttalelsen til side. En eventuell tilsidesettelse vil være prinsipielt betenkelig ut fra traktatens system, jf. blant annet EØS-avtalen artikkel 3 annet ledd.

- (18) Hva angår forskriften § 3 annet ledd om *utenbystillegg* aksepterer de ankende parter for Høyesterett at dette er minstelønn i utsendingsdirektivets forstand. Tariffnemnda har imidlertid ikke begrunnet allmenngjøringen i hensynet til sosial trygghet for arbeidstakerne, men med sikring av at utenlandske arbeidstakere har lønns- og arbeidsvilkår som samlet sett er likeverdige med hva norske arbeidstakere oppnår, jf. allmenngjøringsloven § 1. Dette er noe annet enn hva som er nødvendig for å beskytte arbeidstakerne.
- (19) Utenbystillegget, som utgjør 20 prosent av timesatsen, kan dessuten ikke bedømmes som noen egentlig fordel som i vesentlig grad øker de utsendte arbeidstakernes sosiale trygghet. Påslaget har ført til at etterspørselen etter arbeidstakere som er utsendt fra det landet bemanningsselskapet opererer, er blitt vesentlig redusert. De har derfor enten blitt arbeidsløse i hjemlandet eller måttet arbeidsinnvandre til Norge for å ta seg arbeid lokalt ettersom tillegget da ikke påløper. Disse strukturelle virkningene gjør at utenbystillegget i realiteten ikke kan oppnås for svært mange. Det kan da ikke være tale om noen egentlig fordel som øker den sosiale trygghet.
- (20) Utenbystillegget er heller ikke nødvendig eller forholdsmessig ettersom det finnes alternative tiltak som er mindre inngripende for den frie bevegelighet av tjenester. Tariffnemnda kunne i stedet ha truffet vedtak om en generell økning av minstelønnsatsen og på den måten gitt alle arbeidstakere et tilstrekkelig beskyttelsesnivå.
- (21) Hva gjelder forskriften § 5 som fastsetter lengste ordinære *arbeidstid* til 37,5 timer pr. uke, er utgangspunktet at utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav a gir adgang til å allmenngjøre bestemmelser om "lengste arbeidstid". Etter arbeidsmiljøloven § 10-4 er lengste alminnelige arbeidstid 40 timer pr. uke. Dette timetallet er fastsatt ut fra hva lovgiver har ansett som et alminnelig vernebehov. Tariffnemnda har ikke begrunnet forskriften § 5 i hensynet til sosial trygghet for arbeidstakerne, men – på samme måte som for utenbystillegget – med sikring av at utenlandske arbeidstakere har lønns- og arbeidsvilkår som samlet sett er likeverdige med hva norske arbeidstakere oppnår, jf. allmenngjøringsloven § 1. Slik likhet er intet tvingende allment hensyn etter EØS-avtalen artikkel 36.
- (22) Tariffnemnda har heller ikke vurdert hvorvidt regelen om kortere arbeidstid enn hva som følger av arbeidsmiljølovens alminnelige regel, er nødvendig ut fra særskilte vernebehov. Det er ingen indikasjon på at et slikt vernebehov er til stede.
- (23) Bestemmelsen i forskriften § 6 om *overtidstillegg* kan ikke forstås som en regel om minstelønn for overtidarbeid. Overtidstillegget er definert som en prosentandel av "timesatsen", hvilket må antas å referere til arbeidstakerens oppnådde timesats og ikke av den allmenngjorte minstelønnsatsen. Det er da ikke tale om minstelønn i direktivets forstand, jf. EU-domstolens avgjørelse i blant annet sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxemburg* avsnitt 47.

- (24) Siden det i beste fall er usikkert hvilken timesats overtidstillegget skal regnes av, oppfylder forskriften under enhver omstendighet ikke det klarhetskravet som gjelder etter EU-rettslig praksis, se blant annet sak C-233/00 *Kommisjonen mot Frankrike* avsnitt 76.
- (25) For så vidt gjelder forskriften § 7 om dekning av *utgifter til reise, kost og losji* for utsendte arbeidstakere, følger det av EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 97 at dekning av utgifter ikke er lønn. Høyesterett må under henvisning til hva som allerede er anført om vekten av en rådgivende uttalelse, legge dette til grunn.
- (26) Bestemmelsen er etter dette bare forenlig med direktivet dersom den gjelder "offentlig orden", jf. direktivets artikkel 3 nr. 10. Det følger av EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 99 at begrepet skal tolkes strengt. EU-domstolen har i sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxemburg* avsnitt 50, uttalt at hensynet til den offentlige orden kun kan påberopes når det foreligger en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot et grunnleggende samfunnshensyn. Det er ikke situasjonen i saken her. Etter EFTA-domstolens uttalelse, og i samsvar med EU-domstolens praksis, kreves dessuten bred dokumentasjon som underbygger hensiktsmessigheten og formålmessigheten av tiltaket som et vern for den offentlige orden. Dokumentasjonen i saken oppfylder ikke dette kravet. Den viser først og fremst at tiltaket er egnet til å beskytte arbeidsfreden og den norske arbeidslivsmodellen om et regulert og velfungerende arbeidsmarked med høy organisasjonsgrad. Dette er imidlertid økonomiske hensyn som ligger utenfor den "offentlige orden" i direktivets forstand. Den norske arbeidslivsmodellen er uansett svært robust. Manglende dekning av utsendte arbeidstakers utgifter til reise, kost og losji er ikke egnet til å true denne. De ankende parter slutter seg for øvrig til partshjelperen NHOs anførsler om dette.
- (27) For at hensynet til offentlig orden skal kunne vektlegges, kreves dernest at det allmenngjorte tiltaket gjelder for alle, og ikke bare i en eller enkelte av arbeidslivets sektorer som skips- og verftsindustrien.
- (28) Tariffnemnda har begrunnet sitt vedtak ut fra andre hensyn enn dem som etter EØS-retten skulle ha vært lagt til grunn for avgjørelsen. For det tilfellet at vedtaket materielt sett skulle oppfylle de krav som følger av EØS-retten, gjøres gjeldende at det er en saksbehandlingsfeil at nemnda ikke vurderte disse vilkårene. Det kan ikke utelukkes at denne feilen har hatt betydning for vedtakets innhold. Det foreligger derfor et alternativt grunnlag for at forskriften er ugyldig. De ankende parter slutter seg til hva partshjelperen Norsk Industri særlig har anført om dette.
- (29) De ankende parter har nedlagt slik påstand:
- "1. **Forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien av 6. oktober 2008 nr. 1137 var ugyldig for så vidt gjelder dens § 3 annet ledd og §§ 5 til 7. De samme bestemmelser i forskrift av 20. desember 2010 nr. 1764 med samme navn, er ugyldig.**
 2. **Staten v/Tariffnemnda, Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet erstatter – in solidum – STX OSV AS, STX Norway Florø AS, Kleven Verft AS, Myklebust Verft AS, Bergen Group Shipbuilding AS, Ulstein Verft AS, Havyard Ship Technology AS og Aibel AS sine saksomkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett."**
- (30) Partshjelperen – NHO – har i hovedsak sluttet seg til de ankende parters anførsler og særlig fremhevet:

- (31) Den norske arbeidslivsmodellen består av et trepartssamarbeid mellom staten, LO og NHO for koordinering av lønnsdannelsen. Hensikten med koordineringen er å sikre en fornuftig samlet lønnsvekst og å sikre fordelingseffekter.
- (32) Konkurransenutsatt sektor utgjør de såkalte frontfagene og setter normen for lønnsveksten i det øvrige arbeidsliv. Det er arbeidslivets parter som bestemmer hvilke bransjer og fag som skal inngå i frontfaget. Verkstedsoverenskomsten er i dag et frontfag. Status som frontfag krever representativitet gjennom et høyt antall sysselsatte og en høy organisasjonsgrad innenfor faget.
- (33) Frontfagsmodellen er fleksibel. Det er ingen grunn til å anta at et eventuelt bortfall av de omstridte tilleggene vil føre til lavere organisasjonsgrad og derved true representativiteten i den norske arbeidslivsmodellen. Den norske modellen er robust. Den overlevde godt den økonomiske krisen 1986–1993, svekkelsen av konkurranseevnen i 2002 og finanskrisen i 2008. Den offentlige orden er ikke truet av om utsendte arbeidstakere ikke får utgifter til reise, kost og losji dekket av arbeidsgiveren.
- (34) NHO har nedlagt slik påstand:
- "Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) tilkjennes sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**
- (35) Partshjelperen – *Norsk Industri* – har i hovedsak sluttet seg til de ankende parter anførsler og særlig fremhevet:
- (36) Tariffnemnda har ikke forholdt seg til, vurdert eller tatt stilling til de kriterier som følger av en riktig forståelse av allmenngjøringsloven i et EØS-rettslig perspektiv.
- (37) Ved at den har tatt feil av hvilke vilkår som er avgjørende for om vedtak kan treffes, er relevante forhold for sakens opplysning ikke blitt utredet. Selve vedtaket er ikke bare mangelfullt vurdert og begrunnet, men også bygget på utenforliggende hensyn.
- (38) Disse manglene utgjør saksbehandlingsfeil i forvaltningslovens forstand. Utgangspunktet for vurderingen av feilens betydning er forvaltningslovens § 41, som anvendes analogisk på forskrifter, jf. Rt. 1980 side 485. Bestemmelsen sier at vedtaket likevel er gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Det kan man ikke regne med slik denne saken ligger an.
- (39) De vurderingskriteriene som skulle vært lagt til grunn for vedtaket, er utpreget skjønns- og policypregete og av betydelig kompleksitet. Hva nemnda kom til på feilaktige premisser, kan ikke si noe om hva den ville ha kommet til på riktige premisser. Det er en rimelig mulighet for at resultatet kunne ha blitt et annet om spørsmålet om allmenngjøring var blitt utredet og vurdert med utgangspunkt i en riktig lovforståelse. Ikke minst vil dette gjelde utøvelsen av kan-skjønnet. Det følger av Rt. 2010 side 376 avsnitt 50 at manglende utøvelse av kan-skjønnet kan ha betydning for utfallet av saken. Tilsvarende må gjelde for utøvelse av et slikt skjønn på grunnlag av et uriktig betingelsessett.
- (40) Dersom domstolene med utgangspunkt i sin fulle kompetanse likevel skulle ville avgjøre lovmessigheten av vedtaket, vil dette innebære at domstolene treffer avgjørelse i

forvaltningens sted. Det samsvarer i tilfellet dårlig med rollefordelingen mellom domstolene og forvaltningen og tilsier alene at Tariffnemndas vedtak må oppheves.

(41) Norsk Industri har nedlagt slik påstand:

"Norsk Industri tilkjennes sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett."

(42) Ankemotparten – *staten v/Tariffnemnda* – har i det vesentlige gjort gjeldende:

(43) Forskriften § 3 annet ledd om *utenbystillegg* er i samsvar med EØS-retten. Det er for avgjørelsen tilstrekkelig å konstatere at tillegget representerer minstelønn og derfor er omfattet av oppregningen i direktivet artikkel 3 nr.1 første ledd. Det skal da ikke foretas noen ytterligere vurdering av om tillegget er forenlig med artikkel 36.

(44) Uttalelsen i EU-domstolens avgjørelse i sak C-341/05 *Laval* avsnitt 68, som EFTA-domstolen synes å bygge sin motsatte oppfatning på, må leses i lys av at spørsmålet i den saken gjaldt prøving av lønns- og arbeidsvilkår som ikke oppfylte vilkårene i artikkel 3 nr. 1. Dette var bakgrunnen for at EU-domstolen, under henvisning til at direktivet ikke hadde til formål å harmonisere lønns- og arbeidsvilkårene i medlemsstatene, fastslo at landene fritt kunne velge en ordning som ikke var oppregnet i direktivet "forudsatt, at den ikke hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne".

(45) Faller vilkårene derimot inn under oppregningen, må disse nødvendigvis – om direktivets formål skal kunne realiseres – anses som forenlige med EØS-avtalen artikkel 36. Det følger klart av *Laval*-dommen avsnitt 80-81 og av senere praksis at oppregningen i utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 første ledd er uttømmende og dermed begrenser hvilke lønns- og arbeidsvilkår som kan kreves anvendt på utsendte arbeidstakere gjennom allmenngjøring. Direktivet kan i så måte likestilles med et totalharmoniseringsdirektiv, hvorefter det bare er tiltak som går ut over hva direktivet hjemler som må prøves i forhold til restriksjonsforbudet i artikkel 36. Det kan ikke ses at EFTA-domstolen i sin vurdering har tatt disse elementene i betraktning.

(46) Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende. Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for spørsmålet som skal avgjøres. Ved vurderingen skal den tillegges vesentlig vekt, jf. Rt. 2000 side 1811 på side 1820 (Finanger I). Uttalelsen i foreliggende sak er ikke forenlig med etablert praksis fra EU-domstolen. Samarbeidsordningen under EØS-avtalen trues derfor ikke av om Høyesterett legger til grunn EU-domstolens forståelse av forholdet mellom utsendingsdirektivet og artikkel 56 i Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte, svarende til EØS-avtalen artikkel 36.

(47) For så vidt gjelder forskriften § 5 om *arbeidstid* følger det av en naturlig tolkning at det her er tale om lengste ordinære arbeidstid pr. uke. Tilsvarende tilsier en naturlig tolkning at forskriften § 6 om *overtidstillegg* gjelder minstelønn i direktivets forstand for arbeid ut over ordinær arbeidstid. Dette er fastsatt på en klar og lett forståelig måte, og tolkningen oppfyller dermed det såkalte klarhetskravet fullt ut.

(48) EFTA-domstolen har i uttalelsen kun vurdert om § 5 og § 6 er i samsvar med direktivet. Det er ikke gitt anvisning på at disse bestemmelsene i tillegg skal vurderes etter artikkel 36. Som allerede anført i tilknytning til *utenbystillegget*, ville et slikt tilleggskrav ikke

være forenlig med EØS-retten. Under enhver omstendighet gjøres gjeldende at bestemmelsene om lengste ordinære arbeidstid og om overtidstillegg oppfyller kravene til tvingende allmenne hensyn, egnethet og proporsjonalitet.

- (49) Dekning av utgifter til *reise, kost og losji* må anses som minstelønn i direktivets forstand. Det er særlig artikkel 3 nr. 1 annet ledd om at minstelønn etter direktivet skal defineres "i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis", som gir grunn til at Høyesterett etterprøver EFTA-domstolens standpunkt i dette spørsmålet. Det synet EFTA-domstolen har inntatt representerer en uthuling av minstelønssystemet. Standpunktet er heller ikke forenlig med artikkel 3 nr. 7, som bygger på en forutsetning om at dekning av slike utgifter er minstelønn i direktivets forstand.
- (50) Dekning av denne type utgifter angår under enhver omstendighet den offentlige orden etter direktivets artikkel 3 nr. 10 og er derfor forenlig med EØS-retten. Det er godt dokumentert at dersom tillegget fjernes, vil konsekvensen være et todelt arbeidsliv og manglende stabilitet i lønnsdannelsen. Dette vil kunne true den norske arbeidslivsmodellen som er godt forankret i norsk politikk og samfunnsliv.
- (51) Det er ingen *saksbehandlingsfeil* av betydning for vedtakets gyldighet at Tariffnemnda har begrenset sin prøving opp mot lovens formål om å sikre likeverdige lønns- og arbeidsvilkår. Det vises i denne forbindelse til at Høyesterett har full kompetanse til å prøve om forskriften er forenlig med EØS-retten. Anførselen om ugyldighet på grunn av saksbehandlingsfeil forutsetter at dette spørsmålet besvares bekreftende. Eventuelle saksbehandlingsfeil er da uten betydning for forskriftens gyldighet, jf. Rt. 1969 side 1053 på side 1060 og Rt. 2007 side 1729 avsnitt 55.
- (52) Det er uansett ingen grunn til å regne med at feilene kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. Dette følger av at Tariffnemnda har ønsket å fremme lovens formål om likeverdighet. Hensynet til likeverdighet tar hensynet til beskyttelse av arbeidstakerne opp i seg. Det er etter dette ikke grunnlag for å konstatere ugyldighet på grunnlag av saksbehandlingsfeil.
- (53) Staten v/Tariffnemnda har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Staten v/Tariffnemnda tilkjennes sakskostnader for alle instanser."**
- (54) Partshjelperne – *LO* og *Fellesforbundet* – har i hovedsak sluttet seg til ankemotpartens anførsler og særlig fremhevet:
- (55) Allmenngjøringsvedtaket gjelder bare ganske få bestemmelser i den omfattende Verkstedsoverenskomsten. De allmenngjorte bestemmelsene om minstelønn, arbeidstid, overtidstillegg, utenbystillegg og dekning av utgifter til reise, kost og losji er av grunnleggende betydning for beskyttelse av utsendte arbeidstakere.
- (56) De norske arbeidstakerne avlønnes i gjennomsnitt vesentlig høyere enn hva utsendte arbeidstakere oppnår gjennom de allmenngjorte minstesatsene. Dersom bestemmelsene om utenbystillegg og kostnadsdekning skulle kjennes ugyldige, vil avstanden bli markert større og de utsendte arbeidstakernes sosiale situasjon betydelig forverret. Fremlagt

tallmateriale viser dette. En underkjennelse av forskriften for de omstridte tilleggene, vil sette den norske arbeidslivsmodellen i fare.

(57) Bemanningsforetak som etablerer seg i Norge for å ansette utenlandske arbeidstakere lokalt, gjør dette for å unngå å måtte betale de allmenngjorte tilleggene. Dette er en omgåelse av allmenngjøringsforskriften. Arbeidstakeren har faktisk ikke arbeidsinnvandret til Norge, men pendler mellom arbeidsstedet og hjemstedet slik de gjorde tidligere.

(58) LO og Fellesforbundet har nedlagt slik felles påstand:

"Ankende parter og ankende parters partshjelper dømmes in solidum til å betale saksomkostninger for alle instanser til Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet."

(59) *Mitt syn på saken*

(60) Jeg er kommet til at anken må forkastes.

(61) Jeg redegjør innledningsvis for noe av det rettslige rammeverket i saken.

(62) *Allmenngjøringsloven*

(63) Da bruken av utenlandske arbeidstakere i Norge begynte å få noe større omfang, inngikk LO og daværende Norsk Arbeidsgiverforening i 1975 en avtale som innebar at arbeidstillatelse bare ble innvilget dersom de utenlandske arbeidstakerne var sikret lønns- og arbeidsvilkår som var likeverdige med hva norske arbeidstakere oppnådde, jf. Ot.prp. nr. 26 (1992–1993) side 3.

(64) Ordningen bortfalt ved gjennomføringen av EØS-avtalen og etableringen av et fritt arbeidsmarked. EØS-borgere trengte da ikke lenger arbeidstillatelse. Formålet om å kunne sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, ble videreført gjennom vedtakelsen av lov 4. juni 1993 om allmenngjøring av tariffavtaler mv. Formålsbestemmelsen i § 1-1 lød opprinnelig:

"Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har. Dette for å hindre at arbeidstakere utfører arbeid på vilkår som samlet sett er påviselig dårligere enn hva som er fastsatt i gjeldende landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke."

(65) Departementet presiserte i proposisjonen på side 22 at "hensikten med loven er å sikre den enkelte utenlandske arbeidstaker mot urimelig lønns- og arbeidsvilkår og samtidig unngå uheldige konkurransevidringer for virksomheter med norske arbeidstakere".

(66) Ved lovendring av 19. juni 2009 nr. 42 ble formålsbestemmelsen lydende:

"Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, og å hindre konkurransevidring til ulempe for det norske arbeidsmarkedet."

(67) Det fremgår av særmerknaden til bestemmelsen i proposisjonen på side 67 at den nye lovteksten kodifiserer formål som tidligere var uttrykt i forarbeidene, slik jeg nettopp har referert. Partene er enige om at lovendringen ikke innebærer noen realitetsforskjell.

(68) I Ot.prp. nr. 88 (2008–2009), som ligger til grunn for endringen i 2009, fremhever departementet på side 7 at regjeringen er opptatt av at alle arbeidstakere i Norge skal ha gode og trygge arbeidsplasser og skikkelige lønns- og arbeidsvilkår. Videre sies det at målet er å unngå sosial dumping. Om dette uttales:

"Etter regjeringens syn er det sosial dumping både når utenlandske arbeidstakere utsettes for brudd på helse-, miljø- og sikkerhetsregler, herunder regler om arbeidstid og krav til bostandard, og når de tilbys lønn og andre ytelser som er uakseptabelt lave sammenliknet med hva norske arbeidstakere normalt tjener eller som ikke er i tråd med gjeldende allmenngjøringsforskrifter."

(69) Departementet fremhever i proposisjonen på side 11 at hensynet til vern av utenlandske arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår er et av de fremste hensyn for å motvirke sosial dumping.

(70) Allmenngjøring innebærer at "en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller del av en bransje", jf. § 5. Tariffnemnda, som er en særskilt nemnd oppnevnt av Kongen, treffer vedtak om dette. Det må være dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

(71) Det er bare de deler av en tariffavtale som regulerer de enkelte arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår, som kan allmenngjøres. Disse betingelsene vil da gjelde som ufravikelige minstevilkår for dem som omfattes av vedtaket, jf. § 6.

(72) I særlige tilfeller kan Tariffnemnda fastsette andre lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av tariffavtalen, jf. § 6 første ledd annet punktum.

(73) *Allmenngjøringsloven og forholdet til EØS-retten*

(74) Etter EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 skal det ikke legges restriksjoner på adgangen til å yte tjenester over landegrensene innenfor EØS. Bestemmelsen lyder:

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

(75) Bestemmelsen svarer til artikkel 56 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte, som er en videreføring av artikkel 49 i den tidligere EF-traktaten.

(76) Det er i saken ingen uenighet om at en allmenngjort tariffavtale som sikrer en utsendt arbeidstaker bedre lønns- og arbeidsvilkår i vertstaten enn i hjemstaten, er en restriksjon etter artikkel 36, se slik også EU-domstolens avgjørelse i sak C-341/05 *Laval* avsnitt 56 med videre henvisninger. Det er på bakgrunn av en lang rekke avgjørelser fra EU-domstolen sikker rett at slike restriksjoner i utgangspunktet bare er forenlige med

traktaten dersom de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, er egnet til å virkeliggjøre de formål de forfølger og ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå dette, jf. blant annet sak C-165/98 *Mazzoleni* avsnitt 25-26, samt EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avsnitt 80 med videre henvisninger.

(77) Direktiv 96/71 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting – *utsendingsdirektivet* – ble vedtatt 16. desember 1996. Dette regelsettet nedfeller grunnprinsippene i den nåværende artikkel 56 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte, som altså svarer til EØS-avtalens artikkel 36, slik disse prinsippene er utviklet gjennom EU-domstolens praksis. Direktivet ble gjennomført i norsk rett ved et nytt kapittel XII B om utsendte arbeidstakere i den tidligere arbeidsmiljøloven 1977, tilføyd ved lov 7. januar 2000, jf. Ot.prp. nr. 13 (1999–2000).

(78) Bakgrunnen for direktivet er det indre markeds målsetting om å fjerne hindringer for den frie bevegelighet for personer og tjenester mellom medlemstatene, jf. fortalen punkt 1. Det slås i punkt 3 fast at gjennomføringen av det indre marked skaper et dynamisk miljø for tjenesteyting over landegrensene. I punkt 5 heter det:

"Slik fremming av tjenesteyting over landegrensene forutsetter rettferdig konkurranse og tiltak som garanterer respekt for arbeidstakernes rettigheter."

(79) Direktivet skal etter fortalen punkt 13 sikre at medlemsstatene samordner "en grunnstamme av ufravelige regler for minimumsvern" i vertslandet for utsendte arbeidstakere.

(80) Ved siden av det som her fremgår, nevnes at forarbeidene beskriver formålet med direktivet som "både å lette utvekslinga av tenester mellom landa og å sikre rettane til arbeidstakarane, herunder å hindre 'sosial dumping'", jf. Ot.prp. nr. 13 (1999–2000) side 1.

(81) Etter den nye arbeidsmiljøloven 2005 er lovgivningsteknikken endret i forhold til 1977-loven ved at det etter gjeldende § 1-7 fjerde ledd er gitt egen forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere. Av forskriften § 2 fremgår blant annet at arbeidsmiljøloven kapittel 10 om arbeidstid kommer til anvendelse på slike arbeidstakere. Det samme gjelder den nye bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 14-12a om innleie fra bemanningsforetak.

(82) Direktivets artikkel 3 nr. 1 første ledd fastsetter at EØS-statene skal påse at foretak som yter tjenester over landegrensene, sikrer utsendte arbeidstakere de arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder de områder som er nevnt i artikkelen, og som er fastsatt ved lov eller allmenngjort tariffavtale. Etter bestemmelsen omfatter områdene blant annet:

"a) lengste arbeidstid og korteste hviletid

...

c) minstelønn, herunder overtidsbetaling;"

(83) Begrepet "minstelønn" i bokstav c er ikke harmonisert, men skal etter artikkel 3 nr. 1 annet ledd defineres "i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til."

- (84) Av EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 29 med videre henvisninger til EU-domstolens praksis fremgår at artikkel 3 nr. 1 inneholder en uttømmende liste over de områder der vertsstaten kan gi sine egne regler forrang.
- (85) Etter artikkel 3 nr. 7 skal bestemmelsene i nr. 1-6 – altså om blant annet lengste arbeidstid og minstelønn – "ikke være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne". Dette må ses i sammenheng med fortalens punkt 17 der det heter at de ufravelige reglene om minimumsvern som gjelder vertsstaten, ikke må være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne. Antakelig er dette grunnlaget for at det i forarbeidene til endringene i arbeidsmiljøloven heter at direktivet "er eit minimumsdirektiv og er dermed ikkje til hinder for at det blir nytta arbeids- og tilsetjingsvilkår som er gunstigare for arbeidstakarane", jf. Ot.prp. nr. 13 (1999–2000) side 1. I proposisjonen sies det videre på side 5:

"Direktivet er eit såkalla partielt harmoniserande direktiv. Det fastset ingen minimumsrettar for vern av arbeidstakarane, men gir EØS-landa pålegg om å bruke gjeldande rett også for arbeidstakarar som er utsende til deira territorium. Innhaldet i rettane er såleis avhengig av nasjonal rett. Direktivet pålegg dermed ikkje Noreg å innføre reglar på desse områda. Det inneheld berre eit krav om at dersom vi har slike reglar fastsette i lov, forskrift eller allmenngjord tariffavtale, skal reglane også gjelde for utsende arbeidstakarar. På fleire av dei områda som er opplista i direktivet, har Noreg reglar som gjeld for alle arbeidstakarar som utfører arbeid i Noreg. På andre område, t.d. når det gjeld ferie, kan lovvalsreglane føre til at dei norske reglane ikkje blir tekne i bruk. Noreg har ingen lovfeste føresegner om lønn. Slike føresegner er berre fastsette i tariffavtalar og individuelle arbeidsavtalar."

- (86) Artikkel 3 nr. 10 bestemmer at direktivet ikke er til hinder for at medlemsstatene gir pålegg om arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i nr. 1 første ledd "når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden".
- (87) Jeg går etter dette over til å vurdere gyldigheten av de omtvistede bestemmelsene i forskriften. For ordens skyld nevnes at jeg ved gjennomgangen tar utgangspunkt i ordlyden i forskriften fra 2008. De senere endringene i 2010-forskriften har ikke betydning for løsningen av de prinsipielle spørsmålene saken reiser.
- (88) *Utenbystillegget*
- (89) Forskriften § 3 første og annet ledd lyder:

"Arbeidstakere som utfører produksjons-, montasje- og installasjonsarbeid i skips- og verftsindustrien, jf. § 2, skal ha en lønn pr. time på minst:

- a) kr 126,67 for faglærte
- b) kr 120,90 for ufaglærte.

Med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet skal det for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, betales et tillegg til timelønnen på:

- a) kr 25,32 for faglærte.
- b) kr 24,18 for ufaglærte."

- (90) Lagmannsretten har konkludert med at § 3 annet ledd om utenbystillegg er en bestemmelse om minstelønn i utsendingsdirektivets forstand. De ankende parter bestrider som nevnt ikke dette, men gjør under henvisning til EFTA-domstolens rådgivende

uttalelse gjeldende at utenbystillegget også må være forenlig med EØS-avtalens artikkel 36. Det anføres at lagmannsretten har tatt feil når den er kommet til at også dette vilkåret er oppfylt. Staten har bestridt de ankende parters anførsler på begge disse punktene.

(91) Jeg ser først på hva EFTA-domstolen har uttalt om dette i slutningens punkt 2:

"Artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktiv 96/71/EF, tolket i lys av EØS-avtalen artikkel 36, er i prinsippet til hinder for at en EØS-stat kan kreve at et foretak etablert i en annen EØS-stat og som yter tjenester på førstnevnte stats territorium, betaler sine arbeidstakere den minstelønn som er fastsatt i denne stats nasjonale regler for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med mindre reglene som gir rett til slikt tilleggsvederlag har et mål som er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og anvendelsen av dem ikke er uforholdsmessig. Det er opp til nasjonale myndigheter eller eventuelt domstolene i vertsstaten å avgjøre om disse regler faktisk forfølger et mål som er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og om dette gjøres ved bruk av forholdsmessige midler."

(92) EFTA-domstolen gir her uttrykk for at spørsmålet om utenbystillegget er forenlig med EØS-avtalen, ikke bare kan avgjøres ut fra at tillegget er minstelønn i direktivets forstand, men også må vurderes opp mot EØS-avtalen artikkel 36. Staten har bestridt at EFTA-domstolens uttalelse kan legges til grunn på dette punktet ettersom den bygger på en uriktig oppfatning av EU-domstolens praksis omkring utsendingsdirektivet.

(93) Høyesterett har i Rt. 2000 side 1811 på side 1820 uttalt følgende om betydningen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser:

"Uttalelsen fra EFTA-domstolen er rådgivende, jf. artikkel 34 i Overvåknings- og domstolsavtalen (ODA-avtalen) mellom EFTA-statene. Dette innebærer at Høyesterett har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for Høyesteretts avgjørelse.

Men jeg finner samtidig at uttalelsen må tillegges vesentlig vekt. Dette følger etter min mening allerede av den omstendighet at EFTA-statene i samsvar med EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2 ved inngåelsen av ODA-avtalen har funnet grunn til å opprette denne domstolen, blant annet for å nå frem til og å opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Også reelle grunner taler for dette. ..."

(94) Jeg tar etter dette utgangspunkt i at Høyesterett ikke skal legge EFTA-domstolens uttalelse opprøvet til grunn, men har både myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad dette skal gjøres. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at Høyesterett er formelt avskåret fra å bygge på et avvikende syn. Men i og med at uttalelsen naturlig nok skal tillegges vesentlig vekt, kreves særlige grunner for at Høyesterett skal kunne fravike den.

(95) Om EFTA-domstolens uttalelse i foreliggende sak, bemerker jeg:

(96) Bakgrunnen for EFTA-domstolens syn, fremkommer først og fremst i avsnitt 70 der det heter:

"Som angitt i artikkel 3 nr. 1 annet ledd skal begrepet minstelønn defineres i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den EØS-stat arbeidstakeren er utsendt til. I lys av dette og hensett til at direktivet ikke harmoniserer det materielle innhold i de ufravelige regler for minimumsvern, kan EØS-statene fritt definere dette innhold, under forutsetning av at det ikke er til hinder for tjenesteyting over landegrensene i EØS-området og er i samsvar med EØS-avtalen og generelle EØS-rettslige prinsipper.

Dette omfatter i relasjon til denne sak EØS-avtalen artikkel 36 (se avsnitt 34 til 35 i denne dom og, for sammenligning, Laval un Partneri, som omtalt over, avsnitt 68). Derfor må spørsmål 1 b) prøves etter direktivet lest i lys av EØS-avtalen artikkel 36 og, der det er relevant, også etter sistnevnte bestemmelse alene."

- (97) Som sitatet viser, er rettsoppfatningen begrunnet i en kombinasjon av at begrepet minstelønn ikke er harmonisert og av at direktivet ikke harmoniserer det materielle innhold i de ufravikelige regler for minimumsvern. Det er til underbyggelse av at prøving etter artikkel 36 da er påkrevd vist til avsnitt 68 i sak C-341/05 *Laval*. Der heter det:

"Det skal i denne henseende fastslås, at da direktiv 96/71 ikke har til formål at harmonisere ordningene med henblik på fastsettelse af arbejds- og ansættelsesvilkårene i medlemsstaterne, står det dem frit for på nationalt plan at vælge en ordning, der ikke er udtrykkeligt nævnt blandt de ordninger, der er opregnet i direktivet forudsat, at den ikke hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne."

- (98) Etter min oppfatning er det grunn til å stille spørsmål ved om denne uttalelsen gir grunnlag for å fastslå at det allmenngjorte utenbystillegget i foreliggende sak også må prøves etter artikkel 36, så lenge dette er "minstelønn" etter direktivet artikkel 3 nr. 1 bokstav c. I *Laval* var situasjonen at man ville forplikte arbeidsgiverne gjennom en ikke allmenngjort tariffavtale om avlønning som ikke var minstelønn, jf. avsnitt 67. Uttalelsen i avsnitt 68 om nødvendigheten av prøving etter daværende artikkel 49 EF svarende til EØS-avtalen artikkel 36, må etter mitt syn forstås på denne bakgrunn. Videre fremgår det av uttalelsen at forbudet mot å hindre den frie utveksling av tjenesteytelser knytter seg til ordninger som ikke er uttrykkelig oppregnet i direktivet. Det fremgår av *Laval* avsnitt 80-81 at denne oppregningen er uttømmende. EFTA-domstolen har da også lagt dette til grunn i uttalelsens avsnitt 29.
- (99) Oppfatningen av at oppregningen i artikkel 3 nr. 1 er uttømmende, er gjentatt i sak C-346/06 *Rüffert* avsnitt 33-34. I sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxemburg* avsnitt 26 uttales også at artikkel 3 nr. 1 første ledd inneholder en uttømmende oppregning "af de områder, inden for hvilke medlemsstaterne kan gøre gældende, at de gældende bestemmelser i værtsmedlemsstaten finder anvendelse". Det fremgår av samme avgjørelse avsnitt 45 at Kommisjonen ikke hadde reist innsigelser mot at en minstelønn var indeksregulert etter leveomkostningene "da en sådan bestemmelse utvilsomt er omfattet af artikkel 3, stk. 1, første afsnit, litra c)". Domstolen bekreftet i avsnitt 47 at fellesskapslovgiver med denne bestemmelsen har ønsket å begrense medlemsstatenes adgang til å gripe inn på lønnsområdet til å gjelde fastsettelse av minstelønn. Det er ikke i noe av den praksis det her er referert til nevnt at det vertslandet bestemmer om vilkår som oppfyller minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c, også må prøves opp mot artikkel 36. En slik løsning ville innebære at lite er vunnet ved direktivet som etter fortalen blant annet skal sikre samordning av en grunnstamme av ufravikelige regler om minimumsvern.
- (100) Det er etter dette vanskelig å forene EFTA-domstolens syn om at det også må skje en prøving etter artikkel 36 med EU-domstolens praksis og direktivets formål.
- (101) Til ytterligere underbyggelse av dette kan nevnes at EU-domstolen i sak C-37/92 *Vanacker* – som riktignok gjelder direktiv 75/439 og derfor angår regulering av et annet rettsfelt – i avsnitt 9 uttalte at

"... da spørgsmålet om innsamling af olieaffald er reguleret på fællesskabsplan ved direktivet, skal alle relevante nationale foranstaltninger bedømmes i henhold til direktivets bestemmelser og ikke på grundlag af traktatens artikkel 30 og 36."

- (102) Jeg legger til at i forbindelse med anmodningen om en rådgivende uttalelse kom det – foruten innlegg fra sakens parter – også inn uttalelser fra EU-Kommisjonen, EFTAs Overvåkningsorgan og regjeringene i Belgia, Polen, Sverige og Island. I samtlige av disse innleggene – så nær som det islandske som ikke direkte besvarer spørsmålet – argumenteres det for at direktivets artikkel 3 nr. 1 er en uttømmende bestemmelse hvor "there is no room for a separate evaluation of the compatibility of those provisions with Article 36 EEA", slik EU-kommisjonen uttrykker det under henvisning til *Laval* avsnitt 80-81.
- (103) På denne bakgrunn kan mye etter mitt syn tale for at ytelser som er minstelønn i direktivets forstand, ikke også skal prøves etter EØS-avtalen artikkel 36. Jeg finner imidlertid ikke grunn til å ta endelig stilling til spørsmålet idet jeg under enhver omstendighet finner det klart at utenbystillegget er forenlig med denne bestemmelsen.
- (104) Jeg går nå over til å se nærmere på dette spørsmålet.
- (105) Som det fremgår av slutningens punkt 2 i EFTA-domstolens uttalelse, er lovligheten betinget av at "reglene som gir rett til et slikt tilleggsvederlag har et mål som er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og anvendelsen av dem ikke er uforholdsmessig". Denne vurderingen skal foretas av den nasjonale domstol.
- (106) Avsnittene 80-87 gir under henvisning til EU-domstolens praksis, en nærmere presentasjon av de ulike vurderingskriteriene. I avsnitt 81 nevnes at sosial trygghet for arbeidstakerne anses som et tvingende allment hensyn. Den nasjonale domstol må imidlertid foreta en objektiv vurdering av om tiltaket gir de berørte arbeidstakerne en egentlig fordel som i vesentlig grad øker deres sosiale trygghet, jf. avsnitt 84. Tiltak som har økonomiske mål, slik som beskyttelse av innenlandske virksomheter, anerkjennes ikke, jf. avsnitt 83.
- (107) De ankende parters anførsler om at nemnda har gitt en forfeilet begrunnelse for vedtaket i forhold til lovens krav, og at det er foretatt mangelfulle vurderinger, kan etter min oppfatning ikke føre frem som ugyldighetsgrunn. Etter EU-domstolens praksis er det avgjørende spørsmålet hvorvidt tiltaket objektivt sett fremmer beskyttelsen av den utsendte arbeidstakeren, jf. sak C-49/98 mfl. *Finalarte* avsnitt 40-41. Jeg finner det klart at utenbystillegget objektivt sett oppfyller et slikt formål.
- (108) Først og fremst vil jeg her vise til min tidligere redegjørelse for hva lovgiver har uttalt i forarbeidene om siktemålet med allmenngjøringsloven; å sikre at alle arbeidstakere i Norge har gode og trygge arbeidsplasser og skikkelige lønns- og arbeidsvilkår. Videre har det vært et formål å kunne unngå sosial dumping. Vern av utenlandske arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår er av departementet nevnt som et av de fremste tiltak for å motvirke slik dumping. Disse forarbeidsuttalelsene viser etter min oppfatning at allmenngjøringslovens formål om å kunne sikre "likeverdige" lønns- og arbeidsvilkår, må forstås som uttrykk for et formål om å sikre utenlandske arbeidstakere sosial beskyttelse. Slik må også nemndas bruk av begrepet forstås. Illustrerende i så måte er uttalelser hos Dølvik og Eldring, Det nordiske arbeidsmarked to år etter EU-utvidelsen, TemaNord 2006:557, der det på side 43 heter:

"Kjernen i striden om hvilke krav de nordiske land i fortsettelsen skal stille til lønns- og arbeidsvilkår for migranter fra nye EU-land – enten de kommer tjenesteveien eller blir ansatt i nasjonale bedrifter – gjelder ikke spørsmålet om å beskytte innenlandske arbeidstakere mot konkurranse eller å hindre utenlandsk arbeidskraft i å finne et bedre utkomme enn de kan gjøre hjemme. Striden handler først og fremst om virkemidlene for å sikre inkludering på likeverdige vilkår og motvirke framvekst av en ny underklasse, som uten adekvate tiltak dels kan bli definert etter etniske, nasjonale skillelinjer og som følge av det, dels etter ferdigheter, helse og yteevne i den innenlandske arbeidsstyrken. Prinsipielt handler det altså om hva slags arbeidsliv man ønsker å utvikle, og vilkårene for inkludering. Det er i lys av slike betraktninger og vertslandenes legitime interesse i å beskytte sine sosiale standarder og arbeidslivsregimer mot regimekonkurranse, en må forstå at EU har knesatt vertslandsprinsippet som norm for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår for utstasjonert arbeidskraft."

- (109) Jeg finner det dernest lite tvilsomt at kompensasjon for ulempe ved å bo borte fra hjemmet objektivt sett er et tiltak som fremmer beskyttelse av arbeidstakeren.
- (110) De ankende parter har anført at tillegget ikke innebærer noen egentlig fordel fordi det angivelig fører til at markedet for utsendte arbeidstakere forsvinner på grunn av kostnadsøkninger. EFTA-domstolens merknader i avsnitt 85 går i samme retning. Synspunktet er at de norske reglene kan svekke jobbmulighetene for utsendte arbeidstakere ved at tillegget kan være med på å prise arbeidstakeren ut av markedet, hvilket ikke kan bedømmes som noen fordel. Jeg kan ikke se at de ankende parter her har dekning for sitt syn.
- (111) Opplysninger fremlagt i saken forteller at det er et stort antall arbeidstakere som har krav på utenbystillegg – og dessuten også på tillegg for reise, kost og losji som jeg senere skal komme tilbake til. Jeg viser her særlig til erklæringen fra representanten for STX OSV AS, den klart største verftsgruppen blant saksøkerne. Av erklæringen fremgår at det ble utført totalt om lag 340 000 dagsverk ved konsernets norske verft i 2011. Herav ble ca. 146 000 dagsverk utført av egne ansatte, mens omkring 118 000 dagsverk ble utført av arbeidere på fastpriskontrakter og om lag 76 000 dagsverk av arbeidere på innleid timebasis. Det er forklart at utenbystillegg ble betalt i 53 prosent av fastspristilfellene. Det er noe uklart om denne prosenten også omfatter innleide på timebasis, men uansett må også en stor andel av arbeiderne her ha utenbystillegg.
- (112) I selskapenes erklæringer er det pekt på en utvikling i retning av at underentreprenører og bemanningsselskaper etablerer seg lokalt for å unngå utenbystillegget og tillegget for reise, kost og losji. Tallene jeg nettopp har vist til forteller imidlertid at disse tilleggene fortsatt er en realitet for svært mange arbeidstakere. I tillegg kommer at det ikke er påvist at arbeidsmulighetene for utenlandske arbeidstakere er blitt redusert i vesentlig grad. Endringen har bestått i at en del av de utenlandske arbeidstakerne som tidligere var utsendte, nå er ansatt lokalt i Norge. Allmenngjøringen av utenbystillegget har altså ikke ført til at behovet for arbeidskraften som sådan har opphørt.
- (113) For øvrig er den aktuelle betraktningmåten tilbakevist i sak C-60/03 *Wolf & Müller*. Det var der reist spørsmål om tiltaket utgjorde noen faktisk fordel ettersom beskyttelsen kunne miste sin økonomiske verdi hvis den reelle mulighet til å få lønnet arbeid ble klart mindre. EU-domstolen konstaterte i avsnitt 40 at det fortsatt var tale om en fordel for utsendte arbeidstakere og uttalte:

"Anskuet under en objektiv synsvinkel er en sådan bestemmelse således egnet til at sikre beskyttelsen av udstationerede arbejdstagere. Tvisten i hovedsagen forekommer i øvrigt i sig selv at bekræfte dette beskyttelseshensyn ..."

- (114) Det samme er etter min oppfatning situasjonen i foreliggende sak.
- (115) Svekket arbeidsmarked som følge av fordyrelse, vil for øvrig alltid være en risiko ved ytelse som skal gi økt sosial beskyttelse, enten det er minstelønn i form av betaling pr. time, tillegg for overtid eller tillegg for arbeid utenbys. Etter mitt syn sier det seg selv at slike tillegg ikke mister sin karakter av objektiv fordel for arbeidstakeren selv om fordyrelsen gir risiko for redusert etterspørsel etter tjenesten. At de ankende parter i vår sak unngår tillegget ved å engasjere utenlandske arbeidstakere gjennom en lokal selskapssetablering, må i denne forbindelse være irrelevant.
- (116) Utenbystillegget går etter min oppfatning heller ikke lenger enn nødvendig for å oppnå sosial beskyttelse for utsendte arbeidstakere. En vesentlig faktor ved denne bedømmelsen er at det er tariffavtalens egne minstesatser som benyttes, og det er heller ikke kommet innsigelser til disse. Selv om tillegget gir en fordyrelse for arbeidsgiversiden, må det – slik saken er opplyst for Høyesterett – legges til grunn at det er tale om en reell forbedring for de utsendte sammenlignet med hva situasjonen ville være uten tillegget.
- (117) De ankende parter har på dette punktet imidlertid gjort gjeldende at Tariffnemnda i medhold av allmenngjøringsloven § 6 første ledd annet punktum heller skulle hevet minstesatsen pr. time til et nivå som gir økt sosial beskyttelse for alle. Til dette bemerker jeg at det først og fremst er arbeidslivets parter som forhandler tariffavtalene. Den fullmakten Tariffnemnda har etter lovens § 6 første ledd annet punktum til å justere avtalens innhold, bør ut fra systembetraktninger bare kunne brukes helt unntaksvis. Ved en økning i minstesatser ville man dessuten ikke oppnå det som er formålet med utenbystillegget, nemlig å kompensere for ulempen ved å bo borte fra hjemmet og dermed reparere en lønnsmessig skjevhet mellom arbeidstakere på stedet og utsendte arbeidstakere.
- (118) *Arbeidstid*
- (119) Forskriften § 5 om arbeidstid lyder:
- "Den ordinære arbeidstid må ikke overstige 37,5 timer pr. uke."**
- (120) Spørsmålet for EFTA-domstolen var om det etter utsendingsdirektivet er anledning til å allmenngjøre arbeidstidsbestemmelser som gir vern ut over lengste alminnelige arbeidstid etter arbeidsmiljøloven. Etter arbeidsmiljøloven § 10-4 er dette 40 timer pr. uke. EFTA-domstolen besvarte spørsmålet bekræftende i slutningens punkt 1 som lyder:
- "Begrepet 'lengste arbeidstid og korteste hviletid' fastsatt i bokstav a) i artikkel 3 nr. 1 første ledd i direktiv 96/71/EF omfatter vilkår om 'lengste ordinære arbeidstid' av den art som er beskrevet i anmodningen om rådgivende uttalelse."**
- (121) Jeg legger dette til grunn.
- (122) Som lagmannsretten har pekt på, har EFTA-domstolen i sin konklusjon ikke vist til at direktivets bestemmelse om arbeidstid må tolkes i lys av EØS-avtalen artikkel 36; dette i

motsetning til hva Domstolen uttaler om prøvingen av utenbystillegget. Det følger imidlertid av avsnitt 54 at konklusjonen for så vidt gjelder arbeidstid, forutsetter at "de generelle EØS-rettslige prinsipper er overholdt".

- (123) De ankende parter har med dette som utgangspunkt bestridt at noen slik forutsetning er oppfylt. Det er vist til at allmenngjøringen av arbeidstidsbestemmelsene ikke er begrunnet i noe tvingende allment hensyn i form av et behov for vern ut over det som følger av den alminnelige lovgivningen. Noe slikt behov kan heller ikke påvises.
- (124) Jeg er ikke enig i dette.
- (125) Først og fremst vil jeg peke på den reservasjon jeg tidligere har gitt uttrykk for med hensyn til anvendelsen av artikkel 36 på bestemmelser som faller direkte under den uttømmende oppregningen i direktivet artikkel 3 nr. 1.
- (126) Dernest viser jeg til det som allerede er nevnt, om at hensynet til likeverdighet etter allmenngjøringsloven § 1 tar opp i seg behovet for beskyttelse av utenlandske arbeidstakere på linje med norske. I hensynet til likeverdighet ligger med andre ord at utsendte arbeidstakere har et behov for sosial beskyttelse.
- (127) Videre viser jeg til at dette spørsmålet er særskilt vurdert av Tariffnemnda, som i begrunnelsen for vedtaket uttaler:

"Særlig på bakgrunn av den høye tariffavtaledekningen legger nemnda til grunn at normalarbeidstiden i skips- og verftsindustrien må anses å være det som følger av Verkstedsoverenskomsten. Følgelig vil avvikende arbeidstid for enkelte arbeidstakere innenfor denne industrien dermed medføre at lønns- og arbeidsvilkårene ikke vil være likeverdige for norske og utenlandske arbeidstakere. Arbeidstiden utgjør en vesentlig del av arbeidsvilkårene, og den ordinære arbeidstiden har dessuten betydning for når overtidsbetaling utløses."

- (128) Dette slutter jeg meg til.
- (129) De ankende parter har pekt på at nemnda i sine motiver har uttalt at lik regulering av arbeidstid innenfor bransjen også kan begrunnes "sikkerhetsmessig og logistisk". Det er anført at uttalelsen er ubegrunnet og udokumentert. Nemndas uttalelse på dette punktet fremtrer imidlertid som en tilleggsbemerkning uten avgjørende betydning for resultatet, og jeg går derfor ikke nærmere inn på den.
- (130) Jeg finner det etter dette ikke tvilsomt at allmenngjøringen av arbeidstidsbestemmelsene i Verkstedsoverenskomsten er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36.
- (131) *Overtidsbetaling*
- (132) Jeg går deretter over til å se på forskriften § 6 om tillegg for overtid. Bestemmelsen lyder:
- "Det skal betales et tillegg for arbeid utover ordinær arbeidstid med 50% av timesatsen. For arbeid utover ordinær arbeidstid i tidsrommet mellom kl. 21.00 og kl. 06.00 og på søndager og helligdager skal det betales et tillegg på 100% av timesatsen."**
- (133) De ankende parter gjør gjeldende at bestemmelsen må forstås slik at overtidstillegget skal regnes som prosentandel av den utsendte arbeidstakers oppnådde timelønn, og ikke av

minstelønnen. Det er anført at en slik regulering er uforenlig med hva som etter EØS-retten kan anses som minstelønn ved overtid. Bestemmelsen oppfyller under enhver omstendighet ikke det EØS-rettslige klarhetskravet.

(134) Om dette uttaler lagmannsretten:

"Lagmannsretten er av den oppfatning at forskriften § 6 er å anse som en bestemmelse om minstelønn i utsendingsdirektivets forstand. Det fremkommer av bestemmelsen at det skal betales et prosentvis tillegg av *timesatsen*. Etter rettens vurdering følger det av sammenhengen at '*timesatsen*' refererer seg til den 'lønn per time' som er fastsatt i samme kapittel, § 3 første ledd. Retten viser videre til at § 3 er en bestemmelse om minstelønn, jf. første ledd 'lønn på minst', og det ville etter rettens syn bryte mot forskriftens system og formål om man med '*timesatsen*' i § 6 skulle mene den faktisk avtalte timelønn uavhengig av om denne er høyere enn minstelønnen i § 3 første ledd, slik ankende parter har anført."

(135) Jeg slutter meg til dette og til lagmannsrettens konstatering av at det fremgår klart av forskriften hva overtidstillegget skal regnes av. Videre er jeg enig med lagmannsretten i at bestemmelsene i forskriften § 5 og § 6 er nødvendige, egnet og forholdsmessige for å fremme det beskyttelsesbehov som ligger til grunn for allmenngjøringen av minstevilkårene i Verkstedsoverenskomstens regler om arbeidstid og overtidsgodtgjørelse.

(136) *Dekning av utgifter til reise, kost og losji*

(137) Forskriften § 7 lyder:

"For arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, skal arbeidsgiver etter nærmere avtale dekke nødvendige reiseutgifter ved arbeidsoppdragets begynnelse og slutt, og for et rimelig antall hjemreiser.

Før arbeidsgiver sender arbeidstaker på oppdrag utenfor sitt hjemsted, skal det være avtalt ordninger vedrørende kost og losji. Arbeidsgiver skal som hovedregel sørge for kost og losji, men fast diettsats, betaling etter regning e.l. kan avtales."

(138) I vedtaket er uttalt følgende om kompensasjonsordningen:

"For utsendte arbeidstakere som i prinsippet er ansatt i et utenlandsk foretak, vil det vanlige være at bostedet er der virksomheten er lokalisert. Tariffnemnda legger til grunn at reisebestemmelsene innebærer dekning av faktiske utgifter til hjemreiser til arbeidstakers hjemsted, uavhengig av om hjemstedet befinner seg i Norge eller i utlandet, jf. Tariffnemndas uttalelse 20. oktober 2005.

Når det gjelder dekning av kost og losji i forbindelse med at arbeidstaker sendes på oppdrag utenfor sitt hjemsted, er det forutsatt at arbeidsgiver og arbeidstaker i forkant av oppdraget skal inngå avtale om dekning av slike utgifter. Som et utgangspunkt er det arbeidsgiver som skal sørge for kost og losji, men det kan også avtales dekning f.eks. ut fra dokumenterte utgifter, faste satser for kompensasjon, mv. ..."

(139) EFTA-domstolen har i slutningen punkt 3 gitt følgende rådgivende uttalelse:

"Direktiv 96/71/EF tillater ikke en EØS-stat å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med mindre dette kan rettfærdiggjøres på grunnlag av bestemmelser om offentlig orden."

- (140) Til grunn for konklusjonen ligger EFTA-domstolens oppfatning av at utgiftsdekning ikke er lønn, jf. uttalelsens avsnitt 97 der det blant annet heter:

"Slike betalinger kan ikke omfattes av begrepet lønn i artikkel 3 nr. 1 i direktivet, da de av natur er kompensasjon for nødvendige utgifter som er påløpt på grunn av utsendingen. De kan heller ikke anses å falle inn under noen av de andre områder som er uttømmende angitt i artikkel 3 nr. 1."

- (141) Jeg forstår Domstolen slik at den på bakgrunn av oppfatningen av at utgiftsdekning ikke er lønn – og dermed heller ikke minstelønn – mener denne type bestemmelser faller utenfor den uttømmende oppregningen av hva som kan allmenngjøres etter artikkel 3 nr. 1 første ledd.

- (142) Etter statens syn er EFTA-domstolens oppfatning av hva som er minstelønn i direktivets forstand, uriktig. I den forbindelse minner jeg om hva jeg tidligere har sagt om betydningen av EFTA-domstolens uttalelser.

- (143) Ved Høyesteretts egen prøving av minstelønns spørsmålet er det naturlig å ta utgangspunkt i artikkel 3 nr. 1 annet ledd. Bestemmelsen lyder:

"I dette direktiv defineres begrepet minstelønn nevnt i nr. 1 bokstav c) i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemstat arbeidstakeren er utsendt til."

- (144) Jeg forstår bestemmelsen slik at norsk rett vil være avgjørende for hva som er lønn i direktivets forstand når det er tale om arbeidstakere som er utsendt til Norge. EFTA-domstolens standpunkt i dette spørsmålet slik det er formulert, bygger imidlertid ikke på det rettsgrunnlaget direktivet her gir anvisning på. Domstolen har heller ikke formulert seg slik at det er overlatt til den nasjonale domstolen å treffe den endelige avgjørelsen i dette spørsmålet, hvilket ville ha vært naturlig. Like fullt bemerker jeg:

- (145) Ved fastleggelsen av hva som er lønn etter norsk rett, er det av interesse å vise til arbeidsmiljøloven § 14-12a nr. 1 bokstav f om likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak. Det heter der at den innleide skal sikres "lønn og utgiftsdekning" på samme måte som om han hadde vært ansatt hos innleier. Bestemmelsen inngår i gjennomføringen av det såkalte vikarbyrådirektivet i norsk rett, og trådte i kraft fra 1. januar 2013. Om lønnsbegrepet heter det i Prop. 74 L (2011–2012) side 56:

"Departementet uttalte i høringsnotatet at man vurderte det slik at også eventuell dekning av utgifter til kost, losji og arbeidstøy utgjør viktige elementer i lønnsbegrep med sikte på likebehandling. Mange høringsinstanser på arbeidsgiversiden har påpekt at det ikke er vanlig å innfortolke utgiftsdekning i begrepet 'lønn' og mener at dette må falle utenfor likebehandlingsreglene, eventuelt fastsettes uttrykkelig i lovteksten."

- (146) I proposisjonen uttales videre at utgiftsdekning ved arbeid utenfor hjemstedet vil kunne utgjøre relativt store beløp, og at det i disse tilfellene vil innebære en vesentlig forskjellsbehandling av innleide og direkte ansatte om dette ikke omfattes av likebehandlingskravet. Utgiftsdekning er derfor tatt inn som et selvstendig element i bestemmelsen om likebehandling på linje med lønn. Det heter at dette innebærer at utleide arbeidstakere har rett til dekning av utgifter til blant annet arbeidstøy, kost og losji

i samme utstrekning som vedkommende ville hatt ved ansettelse i innleievirksomheten for å utføre samme arbeidsoppgaver.

- (147) Slik jeg ser det, bygger den løsningen lovgiver her har valgt klart på den tanke at den innleide arbeidstakeren ville sitte igjen med mindre kompensasjon for samme stykke arbeid om vedkommende ikke fikk dekket sine kostnader på linje med den direkte ansatte.
- (148) De realbetraktninger som ligger til grunn for løsningen etter arbeidsmiljøloven § 14-12a nr. 1 bokstav f, bør også være av relevans ved bedømmelsen av om en arbeidstaker som sendes ut for å kunne utføre oppdraget, men selv må dekke nødvendige utgifter forbundet med dette, oppnår minstelønn i direktivets forstand.
- (149) Tallmateriale som er fremlagt i saken, viser i så måte at de aktuelle kostnader til reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere er gjennomsnittsberegnet til å utgjøre ca. 50 kroner pr. arbeidstime. Tallene er ikke bestridt. Med utgangspunkt i den allmenngjorte minstelønnen etter 2008-forskriften på 126,67 kroner per time for faglærte/spesialarbeidere og 120,90 kroner for ufaglærte/hjelparbeidere er den faktiske timelønnen som kan oppnås henholdsvis 76,67 kroner og 70,90 kroner før eventuelt utenbystillegg. Dersom det etter direktivet ikke kan gis pålegg om dekning av denne type utgifter, står man etter mitt syn i fare for å kunne uthule hele minstelønnsordningen; en ordning som er begrunnet i sosiale beskyttelsesbehov.
- (150) Verkstedsoverenskomsten § 7.3, svarende til forskriften § 7, inneholder bestemmelser som pålegger arbeidsgiver å dekke utgifter til reise, kost og losji ved arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Reglene bygger på et prinsipp om at arbeidstakeren ikke skal måtte bære de kostnader arbeidsgiver har til å få arbeidet utført.
- (151) Som jeg har referert, har nemnda ved allmenngjøringsforskriften lagt til grunn at dekning av denne type utgifter skal finne sted også dersom arbeidstakerens hjemsted er i utlandet. Talleksempelen jeg nettopp har vært inne på, illustrerer at man uten en slik regel ikke kan sikre at arbeidstakeren faktisk oppnår minstelønnen som jo er allmenngjøringens formål. Disse realbetraktningene bør etter min oppfatning være tungtveiende ved bedømmelsen av hva som etter direktivet kan defineres som minstelønn.
- (152) Jeg nevner at bestemmelsen i direktivet artikkel 3 nr. 7 annet ledd klart trekker i samme retning. Der heter det:
- "Ytelser som gjelder spesielt for utsendingen, skal betraktes som en del av minstelønnen, med mindre de betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, for eksempel reiseutgifter, kost og losji."**
- (153) Bestemmelsen er ikke diskutert i EFTA-domstolens uttalelse.
- (154) Det er vanskelig å forstå denne regelen på annen måte enn at minstelønn ikke kan anses for å være betalt ved å dekke arbeidstakerens utgifter ved utsendingen, slik som reise, kost og losji. Dersom den type kompensasjonsbestemmelser vi her står overfor ikke kan allmenngjøres og den utsendte arbeidstakeren derfor må betale kostnadene selv, er resultatet de facto – slik jeg har vist – at arbeidstakeren ikke oppnår minstelønnen. Det er derfor svært nærliggende å forstå artikkel 3 nr. 7 annet ledd slik at den bygger på en forutsetning om at denne utgiftsdekningen er minstelønn i direktivets forstand som kan allmenngjøres.

(155) Det er imidlertid ikke nødvendig for meg å ta endelig stilling til om de elementene jeg her har trukket frem gir grunnlag for å fravike den rådgivende uttalelsen på dette punktet. Dette har sammenheng med at jeg under enhver omstendighet finner det klart at bestemmelser om dekning av utgifter til reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere ivaretar hensynet til offentlig orden etter direktivets artikkel 3 nr. 10.

(156) Jeg går nå over til å se nærmere på dette spørsmålet. I bestemmelsen heter det:

"Dette direktiv er ikke til hinder for at medlemsstatene i henhold til traktaten på grunnlag av likebehandling kan pålegge nasjonale foretak og andre staters foretak

- arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden,
- ..."

(157) Direktivet åpner altså for at medlemsstatene kan gi pålegg om andre typer arbeids- og ansettelsesvilkår enn dem som er uttømmende angitt i artikkel 3 nr. 1 første ledd – det vil si om annet enn lengste arbeidstid, minstelønn osv. – såfremt det er tale om bestemmelser om "offentlige orden"; eller "public policy provisions", som det heter i direktivets engelske tekst.

(158) Hva som menes med "offentlig orden" er omtalt i EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 99 med videre henvisninger til EU-domstolens praksis. Det heter at begrepet – særlig når det anføres som begrunnelse for et unntak fra det grunnleggende prinsipp om fri bevegelighet for tjenester – må tolkes strengt og ikke kan defineres ensidig av den enkelte EØS-stat. EU-domstolens avgjørelse i sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxemburg* avsnitt 50 flg. slår fast at den offentlige orden kun kan påberopes "når der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn". I EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-12/10 *ESA mot Island* avsnitt 59 heter det at tiltaket "must be considered imperative for the protection of workers and crucial to the social order in Iceland".

(159) I vår sak må spørsmålet om allmenngjøring av Verkstedsoverenskomstens regler om dekning av utgifter til reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere gjelder "offentlig orden", bedømmes med utgangspunkt i den såkalte norske arbeidslivs- eller lønnsforhandlingsmodellen. Denne er beskrevet slik i NOU 2009: 10 side 179:

"Den norske lønnsforhandlingsmodellen er som nevnt karakterisert ved stor grad av koordinering i forhold til mange andre land. Slik koordinering har lange tradisjoner i Norge. Hovedorganisasjonene i arbeidslivet spiller en avgjørende rolle i gjennomføringen av inntektsoppgjørene, og en rekke mekanismer og institusjoner støtter opp under koordineringen i lønnsdannelsen, for eksempel Det tekniske beregningsutvalget for inntektsoppgjørene, Riksmeklingsmannen og Rikslønnsnemnda. Modellen hviler blant annet på erkjennelsen av at lønnsdannelsen over tid har avgjørende betydning for nivået på arbeidsledigheten, mens reallønnsutviklingen først og fremst er knyttet til produktivitetsutviklingen. Erfaringene fra Norge og andre land tilsier at høy nominell lønnsvekst uten bakgrunn i tilsvarende produktivitetsvekst over tid i all hovedsak slår ut i høyere inflasjon og økt arbeidsledighet, og ikke i høyere reallønnsvekst, jf. Holden I (NOU 2000:21). Et velfungerende system for lønnsdannelse bidrar til å holde arbeidsledigheten lav, yrkesdeltakelsen høy og gir gode rammebetingelser for virksomhetene.

En viktig del av det inntektspolitiske samarbeidet består i å legge til rette for en felles forståelse av situasjonen i norsk økonomi slik at partene i arbeidslivet så langt som mulig er enige om tallgrunnlaget for forhandlingene. Gjennomføringen av inntektsoppgjørene er imidlertid partenes ansvar.

Norge har tradisjon for bred sosial dialog og medvirkning fra partene i arbeidslivet. Viktig for denne dialogen er regjeringens Kontaktutvalg med organisasjonene i arbeidslivet og Det tekniske beregningsutvalget for inntektsoppgjørene."

- (160) Videre står den såkalte frontfagsmodellen sentralt i inntektsoppgjørene. I NOU 2009:10 side 180 er denne beskrevet slik:

"Den norske lønnsforhandlingsmodellen bygger på at lønnsveksten må tilpasses hva konkurranseutsatt sektor over tid kan leve med. En har ivaretatt dette ved at avtaleområder med stort innslag av konkurranseutsatt virksomhet (frontfag) har sluttet avtaler først, og at dette har virket som en norm for andre avtaleområder. Denne frontfagsmodellen er basert på den såkalte Aukrust-modellen fra 1966, også kalt hovedkursmodellen."

- (161) Selv om modellen for lønnsdannelse etter sin art er et politisk spørsmål, viser gjennomgangen at den norske arbeidslivsmodellen, herunder frontfagsmodellen, har lange tradisjoner og er en del av vårt samfunnssystem. Spørsmålet er om bestemmelser av betydning for stabiliteten i en slik grunnleggende samfunnsordning kan sies å angå "offentlig orden" i direktivets forstand. Ut fra den redegjørelse departementet gir i Ot.prp. nr. 88 (2008–2009) må dette etter min oppfatning langt på vei kunne besvares bekreftende. Der heter det på side 11:

"Flere grunnleggende hensyn taler for å ta i bruk sterke virkemidler i kampen mot sosial dumping, først og fremst hensynet til vern av utenlandske arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår. Sosial dumping er i tillegg uheldig for andre arbeidstakere og virksomheter i Norge. Det kan blant annet føre til en urettferdig konkurransesituasjon med urimelig press på opparbeidete rettigheter og svekket rekruttering til særlig utsatte yrker og bransjer, og til at seriøse bedrifter kan tape oppdrag og kunder til useriøse aktører. På grunnlag av blant annet Arbeidstilsynets funn og vurderinger, mener Regjeringen at dersom vi ikke får bedre kontroll med situasjonen, kan en negativ utvikling på sikt bidra til å undergrave den norske arbeidslivsmodellen med et regulert arbeidsmarked, høy organisasjonsgrad og et velfungerende trepartssamarbeid."

- (162) Departementet understreker her betydningen av å opprettholde stabiliteten i den norske arbeidslivsmodellen samtidig som det pekes på den utfordring sosial dumping representerer i så henseende. Det fremgår dernest klart at allmenngjøringsinstituttet er et verktøy for å kunne sikre stabiliteten i modellen.
- (163) Staten har fremlagt omfattende erklæringer for Høyesterett der konsekvensene av et bortfall av retten til dekning av kostnader til reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere er behandlet. Erklæringene har det til felles at det gjennomgående pekes på negative konsekvenser av et bortfall. Synet på hvor alvorlige de vil være varierer imidlertid noe. I erklæringen fra professor Ragnar Nymo, som jeg oppfatter som den mest moderate i så henseende, konkluderes det imidlertid slik:

"Dersom arbeidsgivere i et lønnsområde, enten ved direkte ansettelse, eller ved bruk av utsendte arbeidstakere, kan unnlate å betale deler av den samlede lønnskostnaden, vil det endre symmetrien i arbeidslivsrelasjonen, og det vil endre konkurranseforholdene mellom norsk og utenlandske arbeidstakere, og mellom bedrifter som arbeidsgivere."

Dersom det var snakk om små kostnadskomponenter ville effektene kunne være neglisjerbare. I denne saken er imidlertid forutsetningen at arbeidsgivers plikt til å dekke reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere innenfor skips- og verfts-næringen oppheves, og at tilsvarende skjer for byggsektoren og renholds-næringen. Hjelpedokument 3 viser at utgiftene til reise, kost og losji utgjør en betydelig del av samlet tariffestet timelønnskostnad.

Innenfor det norske systemet for lønnsdannelse, slik det er beskrevet i svaravsnitt 1, kan en forvente følgende effekter:

1. Svekkelse av arbeidstakersiden: Redusert velferd, press på norske lønninger
 2. Redusert samfunnsnytte av oppgjørene i frontfaget
 3. Lavere grad av koordinering og dårligere samarbeidsklima
 4. Lavere organisasjonsgrad
 5. Økte lønnsforskjeller, mellom avtaleområder og sektorer i arbeidslivet, men også mellom husholdninger og enkeltmennesker
- ..."

- (164) I hans videre drøftelse er disse konklusjonen nærmere begrunnet. I en samlet vurdering uttaler han avslutningsvis:

"Spesielt på lenger sikt, og dersom redusert allmenngjøring gjøres gjeldende for sektorer med mange sysselsatte, vil det skje en forringelse av koordineringen på bred front, og samarbeidsklimaet i arbeidslivet kan bli dårlig. Det må forventes at organisasjonsgraden i arbeidslivet vil bli redusert, fordi nytteverdien av å være fagorganisert blir gradvis mindre. Legitimiteten av kollektive forhandlinger vil dermed kunne forsvinne helt eller delvis. Konsekvensene kan bli at den norske arbeidslivsmodellen ikke lenger vil kunne fungere som reguleringsopplegg for forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Det kan innvendes at organisasjonsgrad, koordinering og høy legitimitet er robuste pilarer som tåler en viss reduksjon i dekningsområdet for tariffregulering i arbeidslivet. På den annen side kan en gjøre klokt i å ta i betraktning at det finnes en grense for hvor langt en prosess med gradvis svekkelse kan gå før selve systemet blir pervertert eller rakner. Jeg tror ikke det er noen gitt å vite nøyaktig når en slik terskelverdi er i ferd med å bli overskredet. Det er uansett et svært omfattende spørsmål hva som eventuelt skal erstatte systemet med lønnsledende og lønnsfølgende sektorer, og med tariffavtaler som privatrettslig reguleringsinstrument."

- (165) De ankende parter har bestridt at flere av de effekter som danner premiss for Nymoens konklusjoner, vil inntre. Særlig har de imøtegått at bortfall av allmenngjøringen vil føre til lavere organisasjonsgrad. Blant annet fremheves at utsendte arbeidstakere ikke organiseres i norsk fagbevegelse, like lite som bemanningsforetaket de jobber for organiseres i en arbeidsgiverorganisasjon. Disse arbeidstakerne regnes ikke som sysselsatte i Norge i offentlig statistikk, og vil derfor "hverken operere i teller eller nevner når organisasjonsgraden i arbeidslivet beregnes". Videre bestrides at bortfall av allmenngjøringen vil være årsak til at oppgjørene i frontfaget får redusert samfunnsnytte. Slike virkninger må tilskrives helt andre faktorer, blant annet industriens lave andel av den totale sysselsettingen, og andelens synkende tendens.
- (166) Nymoen har etter min oppfatning – når han forventer lavere organisasjonsgrad – ikke hatt organisasjonsgraden hos utsendte arbeidstakere eller forholdstall mellom norske og utsendte arbeidstakere for øye, slik de ankende parter synes å legge til grunn. Jeg forstår erklæringen slik at det må forventes lavere organisasjonsgrad som en effekt av at norske arbeidstakere over tid ikke vil se nytteverdien av å være organisert når lønningene går ned

som følge av det lønnspresset som sosial dumping skaper. Det samme vil gjelde organisasjonsgraden på arbeidsgiversiden. Nymoens uttaler eksempelvis:

"På arbeidsgiversiden vil en varig mulighet til å ansette arbeidskraft til en lavere timelønnskostnad enn den tariffavtalte, gjøre det mindre aktuelt for bedrifter å delta i arbeidsgiverorganisasjoner som kan inngå kollektive tariffavtaler."

- (167) Her siktes det etter min oppfatning klart til de norske arbeidsgiverne som gjør bruk av den utsendte arbeidskraften, og ikke til bemanningsforetakene.
- (168) Jeg kan heller ikke se at de generelle utfordringer de ankende parter har pekt på for frontfagets vedkommende, gjør den betydning som bortfall av allmenngjøringen vil representere i så henseende irrelevant. Nymoens har i sin erklæring gjort godt rede for at en reduksjon av den allmenngjorte lønnskostnaden innenfor frontfagområdet vil bryte med intensjonen og den iboende logikken til hovedkursmodellen.
- (169) Det er etter min oppfatning ikke fremlagt annet materiale for Høyesterett som svekker Nymoens vurderinger. Det er fra de ankende parter rett nok pekt på at den norske arbeidslivsmodellen gjennom de seneste ti-år har overlevd store påkjenninger og derfor har vist seg som en robust modell. Det hevdes at dette viser at modellen vil tåle konsekvensene av et bortfall av de goder for utsendte arbeidstakere det her er tale om. Etter mitt syn er imidlertid den empirien det er vist til ikke direkte relevant ved bedømmelsen av de utfordringer som de risikerer Nymoens har pekt på kan skape for systemet for lønnsdannelse og den norske arbeidslivsmodellen.
- (170) På bakgrunn av hva departementet generelt uttaler i Ot.prp. nr. 88 (2008–2009) om det destabiliserende potensial sosial dumping har for arbeidslivsmodellen, og på bakgrunn av de samfunnsøkonomiske analyser fremlagt i saken, finner jeg det tilstrekkelig dokumentert at allmenngjøring av Verkstedsoverenskomstens regler om dekning av utgifter til reise, kost og losji er av betydning for stabiliteten i den norske arbeidslivs- og frontfagsmodellen. Det følger av mitt generelle utgangspunkt at vi da har å gjøre med bestemmelser om "offentlig orden" etter artikkel 3 nr. 10. Ved vurderingen legger jeg atskillig vekt på den dominoeffekt en underkjenning av forskriften § 7 vil ha for andre allmenngjorte tariffavtaler som har likelydende ordninger. Et bortfall av refusjonsordningen vil altså ha konsekvenser for et betydelig større antall utsendte arbeidstakere enn bare dem som er virksomme i skips- og verftsnaeringen.
- (171) Under de forutsetninger spørsmålet om offentlig orden diskuteres – nemlig at dekning av utgifter til reise, kost og losji ikke er lønn – legger jeg ved en totalbedømmelse også vekt på at bestemmelsene vi står overfor etter sitt innhold er ment å sikre den sosiale beskyttelse av utsendte arbeidstakere. Vi ligger under enhver omstendighet altså svært nær lønnsbegrepet og svært tett opp til de hensyn direktivet skal fremme.
- (172) Det bør nevnes at de skriftlige erklæringene som er fremlagt for Høyesterett forteller – slik jeg allerede har vært inne på – at flere og flere av bemanningsselskapene etablerer seg lokalt for å unngå de ekstra kostnadene som allmenngjøringsforskriften har medført. Personellet er det samme som verftene tidligere leide inn, men de kommer fra selskaper som er etablert som norske datterselskaper. Konsekvensene av dette er at de utenlandske arbeidstakerne som er blitt lokalt ansatt, nå sitter igjen med mindre netto godtgjørelse enn de gjorde før. Talleksempelen jeg tidligere har vist til der det fremgår at kostnadene til

reise, kost og losji er gjennomsnittsberegnet til å utgjøre ca. 50 kroner av minstelønnen pr. time, illustrerer dette.

- (173) I erklæringen fra forskerne Dølvik og Eldring uttales det at verftene i økende grad er blitt avhengige av den utenlandske arbeidskraften som bemanningsforetakene kan tilby, og at flere av verftene har eierinteresser i eller annen nær tilknytning til slike foretak eller til underleverandører. Dernest heter det:

"Realiteten er derfor at disse firmaene som tilbyr utenlandsk arbeidskraft i form av innleie eller underentrepriser i dag i all hovedsak konkurrer med hverandre i lavprismarkedet for arbeidsintensive oppgaver. Dette har ført til at en del av dem har etablert seg 'lokalt' for å unngå kostnader til RKL + UB [reise, kost, losji og utenbystillegg; anmerket her], men de aller fleste av deres ansatte pendler like fullt mellom hjemlandet og de norske arbeidsplassene. Når først noen av de utenlandske aktørene har valgt en slik tilpasning, vil konkurransen om oppdrag gjøre at mange følger etter. De ansatte i firmaene er altså neppe blitt tvunget til å 'arbeidsinnvandre' til Norge for å unngå å bli utestengt fra det norske markedet gjennom å bli utkonkurrert av 'norske' underleverandører. Dette er antakelig en tilpasning som bygger på at deres arbeidsgivere har sett det nødvendig for å henge med i priskonkurransen med de andre firmaene som formidler utenlandsk arbeidskraft (inklusive verftenes egne)."

- (174) De ankende parter har uttrykt at det er regelverket som "tvinger" foretakene til å innrette seg slik som det er redegjort for. Staten og deres partshjelpere betegner for sin del situasjonen som en ren omgåelse av allmenngjøringsforskriften. Etter det som er opplyst for Høyesterett, kan det ligge nær å se det slik at de ordninger bemanningsselskapene har etablert, ikke innebærer noen annen realitet enn at de tidligere utsendte arbeidstakerne mister tilleggene sine. Jeg finner i så fall grunn til å stille spørsmål ved den rettslige holdbarheten av et slikt arrangement. Måten aktørene har innrettet seg på danner uansett ikke noe argument ved vurderingen av om allmenngjøringen av bestemmelsene om dekning av de aktuelle utgiftene er omfattet av artikkel 3 nr. 10.
- (175) Avslutningsvis nevner jeg at den dokumentasjon som er fremlagt for Høyesterett om det aktuelle spørsmålet, klart oppfylder det EØS-rettslige krav til analyse og underbyggelse av tiltakets egnethet og forholdsmessighet til beskyttelse av den offentlige orden.
- (176) Ettersom allmenngjøringsloven § 5 åpner for at vedtaket bare kan gjelde en del av en bransje, kan jeg ikke se at de ankende parters anførsel om at tiltaket må gjelde alle, og ikke bare en sektor, kan føre frem.
- (177) Jeg konstaterer etter dette at forskriften § 7 er forenlig med EØS-retten.
- (178) *Saksbehandlingsfeil*
- (179) De ankende parter har gjort gjeldende at selv om forskriften ikke er i strid med EØS-regelverket, er det slike feil ved Tariffnemndas saksbehandling at den likevel er ugyldig. Det pekes på at nemnda i vedtaket ikke har adressert de rettslige og skjønnsmessige vurderinger som EØS-regelverket krever. Det er derfor ikke mulig å vite om vedtaket ville ha blitt det samme om nemnda hadde vurdert spørsmålene opp mot de riktige rettslige problemstillingene.
- (180) Anførselen om saksbehandlingsfeil er etter mitt syn ikke holdbar. Det kan nok argumenteres for at Tariffnemnda kunne ha knyttet sin drøftelse tettere opp til EØS-

reglene. Det er imidlertid ikke nødvendig for meg å ta stilling til om det her foreligger noen feil. Jeg finner det åpenbart at dette ikke har hatt noen betydning for forskriften om allmenngjøring. Nemnda har for hvert punkt understreket og begrunnet behovet for allmenngjøring. Jeg kan ikke se at eventuelle drøftelser av EØS-avtalen artikkel 36 kunne ha ledet til andre konklusjoner. Nemnda har åpenbart ønsket å unngå fremveksten av en større lavlønnsguppe og et to-delt arbeidsliv, og utfallet av en eventuell vurdering opp mot artikkel 3 nr. 10 i direktivet ville heller ikke vært tvilsom.

- (181) Anken må etter dette forkastes.
- (182) *Sakskostnader*
- (183) Staten v/Tariffnemnda har vunnet saken fullstendig og skal etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 tilkjennes sakskostnader. Selv om saken har reist prinsipielle spørsmål, har løsningen ikke voldt tvil. Jeg kan ikke se at noen av unntaksreglene i § 20-2 tredje ledd kommer til anvendelse. Kostnader tilkjennes etter dette for alle instanser.
- (184) Staten v/Tariffnemnda har for behandlingen i tingretten etter fremlagt kostnadsoppgave krevd dekket til sammen 550 000 kroner, for lagmannsretten til sammen 466 200 kroner, og for Høyesterett til sammen 830 000 kroner hvorav 225 200 kroner er utgifter. Oppgavene legges til grunn. Sakskostnadskravet utgjør etter dette 1 846 200 kroner hvorav 225 200 kroner er utgifter.
- (185) LO har for behandlingen i tingretten i påstanden for Høyesterett krevd dekket 373 800 kroner som ved en åpenbar inkurie er en forveksling mellom den foreløpige og den endelige kostnadsoppgaven for førsteinstansbehandlingen. Beløpet tingretten tilkjente i henhold til den endelige oppgaven var 431 909 kroner hvorav utgifter utgjorde 59 309 kroner. Jeg legger for kostnadsavgjørelsen det korrekte beløpet til grunn. Videre er det for lagmannsretten krevd til sammen 598 979 kroner hvorav 6 979 kroner er utgifter, og for Høyesterett til sammen 540 100 kroner hvorav 1 100 kroner er utgifter. Oppgavene legges til grunn. Sakskostnadskravet utgjør etter dette 1 570 988 kroner hvorav 67 388 kroner er utgifter og gebyrer.
- (186) Fellesforbundet har for behandlingen i tingretten etter fremlagt kostnadsoppgave krevd dekket til sammen 228 600 kroner, for lagmannsretten til sammen 264 078 kroner hvorav 16 078 kroner er utgifter, og for Høyesterett til sammen 163 000 kroner. Oppgavene legges til grunn. Sakskostnadskravet utgjør etter dette 655 678 kroner hvorav 16 078 kroner er utgifter og gebyrer.
- (187) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. STX OSV AS, STX Norway Florø AS, Kleven Verft AS, Myklebust Verft AS, Bergen Group Shipbuilding AS, Ulstein Verft AS, Havyard Ship Technology AS, Aibel AS, Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri dømmes – en for alle og alle for en – til å betale sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett til

- Staten v/Tariffnemnda med 1 846 200 –
enmillionåttehundreogførtisekstusentohundre – kroner,
- Landsorganisasjonen i Norge med 1 570 988 –
enmillionfemhundreogsyttitusennihundreogåttiåtte – kroner, og
- Fellesforbundet med 655 678 –
sekshundreogfemtifemtusensekshundreogsyttiåtte – kroner

innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (188) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med
førstvoterende.
- (189) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (190) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (191) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (192) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. STX OSV AS, STX Norway Florø AS, Kleven Verft AS, Myklebust Verft AS, Bergen Group Shipbuilding AS, Ulstein Verft AS, Havyard Ship Technology AS, Aibel AS, Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri dømmes – en for alle og alle for en – til å betale sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett til
 - Staten v/Tariffnemnda med 1 846 200 –
enmillionåttehundreogførtisekstusentohundre – kroner,
 - Landsorganisasjonen i Norge med 1 570 988 –
enmillionfemhundreogsyttitusennihundreogåttiåtte – kroner, og
 - Fellesforbundet med 655 678 –
sekshundreogfemtifemtusensekshundreogsyttiåtte – kroner

innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: