Regjeringsadvokaten
14 MAI 2012
J.nr: 2009-0152-0027

BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 08.05.2012 i Borgarting lagmannsrett,

Saksnr.: 10-060176ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer	Nils Ihlen Ramm
Lagdommer	Einar Kaspersen
Ekstraordinær lagdommer	Helge Monstad

Ankende part	Bergen Group Shipbuilding AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Aibel AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Ulstein Verft AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Myklebust Verft AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Stx Osv AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Stx Norway Florø AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Kleven Verft AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Bergen Group Maritime Services AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankende part	Havyard Ship Technology AS	Advokat Kurt Weltzien
Ankemotpart	Staten v/ Tariffnemnda	Advokat Pål Erik Wennerås

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse

Saken gjelder for lagmannsretten spørsmål om forskrift av 6. oktober 2008 nr. 1137 om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien (nedenfor kalt allmenngjøringsforskriften/forskriften) var ugyldig for så vidt gjelder dens § 3 annet ledd (utenbystillegget), § 5 (arbeidstid), § 6 (godtgjørelse for overtid) og § 7 (utgifter til reise, kost og losji). Forskriften er i dag avløst av forskrift av 20. desember 2010 nr. 1764. De angrepne regler i 2008-forskriften er uendret i 2010-forskriften, med unntak av at kronebeløpet er hevet. De samme bestemmelser i den nye forskriften påstås ugyldige.

De ankende parter, STX OSV AS mfl., er norske skips- og offshoreverft. Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri er partshjelpere.

Ankemotparten, staten v/Tariffnemnda, er et offentlig, uavhengig organ oppnevnt i medhold av lov av 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv. (allmenngjøringsloven). Tariffnemnda kan fatte vedtak i form av forskrift om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller del av en bransje, jf. allmenngjøringsloven § 5 (§ 3 før lovendring med virkning fra 1. september 2009). De omstridte forskrifter er fastsatt av Tariffnemnda. Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet er partshjelpere.

For tingretten ble det gjort gjeldende at allmenngjøringsforskriften er ugyldig i sin helhet fordi den er i strid med allmenngjøringsloven slik den må forstås i lys av EØS-avtalen. Det ble subsidiært gjort gjeldende at grunnleggende saksbehandlingsregler var brutt, og at forskriften også på denne bakgrunn er ugyldig i sin helhet. Atter subsidiært ble det anført at forskriften er delvis ugyldig, da EØS-retten under enhver omstendighet innebærer at enkeltelementer i forskriften er uhjemlet. I tillegg til dom for ugyldighet krevde saksøkerne i stevningen fastsettelsesdom for at staten v/Tariffnemnda er erstatningsansvarlig for de økte kostnader forskriften har påført dem.

Ved Oslo tingrettens brev av 9. november 2009 ble det besluttet at forhandlingene og pådømmelsen deles, slik at spørsmålet om forskriftens gyldighet behandles og pådømmes for seg.

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 – femhundreogfemtitusen – 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.

STX Norway Offshore AS, STX Norway Florø AS, Kleven Verft AS, Myklebust Verft AS, Bergen Group Maritime Service AS, Bergen Group Shipbuilding AS, Ulstein Verft AS, Havyard Leirvik AS og Aibel AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri er partshjelpere.

STX Norway Offshore AS har senere endret navn til STX OSV AS. Havyard Leirvik AS har endret navn til Havyard Ship Technology AS.

Under saksforberedelsen besluttet lagmannsretten å forelegge saken for EFTA-domstolen. Ved rettens brev av 1. februar 2011 ble det anmodet om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen vedrørende følgende spørsmål:

1. Tillater direktiv 96/71/EF, herunder dets artikkel 3(1) første ledd bokstav a) og/eller c) jf annet ledd, at en EØS-stat sikrer arbeidstakere som er utsendt til deres territorium fra en annen EØS-stat, følgende arbeids- og ansettelsesvilkår som i EØS-staten der arbeidet utføres er fastsatt ved landsomfattende tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3(8):

a) lengste ordinære arbeidstid,

b) tilleggsvederlag til grunnlønn pr time, for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet, og

c) kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet?
Hvilken eventuell betydning har den aktuelle tariffavtales dekningsgrad, før den er erklært allmenngjort, for besvarelsen av ovennevnte spørsmål?

2. Dersom arbeids- og ansettelsesvilkår i EØS-staten der arbeidet utføres, som er fastsatt ved en landsomfattende tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3(8), oppfyller vilkårene i artikkel 3(1) i direktiv 96/71/EF; må den nasjonale domstolen foreta en selvstendig bedømmelse av om disse arbeids- og ansettelsesvilkårene oppfyller vilkårene i artikkel 36 EØS, herunder læren om tvingende allmenne hensyn?

3. Dersom spørsmål 2 besvares bekreftende,

a) Tillater artikkel 36 EØS at et allmenngjøringsvedtak, hvor enkelte arbeids- og ansettelsesvilkår i en landsomfattende tariffavtale er erklært å ha allmenn

gyldighet innenfor den aktuelle industri, begrunnes med "å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har"?

b) Kan det presumeres, med forbehold for motbevis som det påhviler de private parter å føre, at arbeids- og ansettelsesvilkår som er forenlige med direktiv 96/71/EF, jf artikkel 3(1) sammenholdt med artikkel 3(8), sikrer beskyttelse av arbeidstakere og lojal konkurranse?

c) Hvilken eventuell betydning for svaret på spørsmål 3a har det at vertsstaten har et system hvor nasjonal lovgivning fastsetter arbeidsvilkår som gjelder generelt og som suppleres ved at arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt ved landsomfattende tariffavtale kan erklæres å ha allmenn gyldighet innenfor det aktuelle yrke eller næring?

EFTA-domstolen avga ved dom av 23. januar 2012 (nedenfor benevnt EFTA-dommen) følgende svar på spørsmålene:

1. 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.

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.

3. 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 rettferdiggjøres på grunnlag av bestemmelser om offentlig orden.

På bakgrunn av EFTA-domstolens dom meddelte de ankende parter ved prosesskrift av 10. februar 2012 at de hadde besluttet å avgrense saken slik at det påstås delvis ugyldighet av forskriften, og da knyttet til § 3 annet ledd, utenbystillegget; § 5, arbeidstid; § 6, godtgjørelse for overtid og § 7; utgifter til kost og losji.

Ankeforhandling er holdt 20.–28. mars 2012 (seks rettsdager) i Borgarting lagmannsretts hus. Ankende parter, ankemotparten og partshjelpere møtte ved sine prosessfullmektiger.

Rune Arnøy, Bergen Group; Karl Erik Kalleland, Aibel AS; Sindre Rotevatn, Ulstein Verft AS; Lars Stark, STX; Magne Gurskevik, Kleven Veft; Eli Mette Jarbo, Arbeidsdepartementet; Svein Oppegård, Næringslivets Hovedorganisasjon og Liv Christiansen, Fellesforbundet, møtte sammen med prosessfullmektigene. Rune Arnøy, Magne Olav Gurskevik og Liv Christiansen avga forklaring. Det ble i tillegg avhørt ni vitner og foretatt den dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

De ankende parter, STX OSV AS, STX Norway Florø AS, Kleven Verft AS, Myklebust Verft AS, Bergen Group Maritime Services AS, Bergen Group Shipbuilding AS, Ulstein Verft AS, Havyard Ship Technology AS og Aibel AS, med støtte fra partshjelperne Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industr,i har i hovedtrekk anført:

Prinsippspørsmålene i saken er avklart i EFTA-domstolen. Domstolens uttalelse er formelt sett bare rådgivende, men uttalelsene må tillegges vesentlig vekt, jf. Rt-2000-1811. EFTA-domstolens råd har aldri blitt fraveket av norske domstoler.

Allmenngjøringsforskriften har ikke vært til fordel for utenlandske arbeidstakere. Etter allmenngjøringen av Verkstedsoverenskomsten er utsending av arbeidstakere til Norge nær avviklet. Avviklingen har ført til at utenlandske arbeidstakere har blitt arbeidsløse eller må arbeidsinnvandre.

Allmenngjøringslovens formål om likeverdighet er i utakt med EØS-reglene. Tariffnemnda har kun basert sitt vedtak på likeverdighetsbetraktninger.

Utenbystillegget (forskriften § 3 annet ledd)

EFTA-domstolen fastslår at utenbystillegget i prinsippet er i strid med utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) tolket i lys av EØS-avtalen artikkel 36.

Domstolen fastslår at unntak kan tenkes dersom tillegget er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og anvendelse av slike hensyn ikke er uforholdsmessig. De nasjonale regler må videre være fastsatt på en klar og lettfattelig måte.

For at utenbystillegget skal kunne allmenngjøres, må det være "fastsatt til en minstesats av begrepet minstelønn", jf. EFTA-dommen avsnitt 71. De ankende parter bestrider at utenbystillegget omfattes av minstelønnsbegrepet. Årsaken er at forskriften, slik den må tolkes, fastsetter tillegget til et kronebeløp per time som skal komme til utbetaling i alle tilfelle hvor overnattingsvilkåret er oppfylt, uavhengig av hvilken ordinær lønn arbeidstakeren etter sin arbeidsavtale har krav på fra arbeidsgiveren. Fordi utenbystillegget er pålagt også i tilfelle der arbeidstakeren mottar høyere ordinær lønn enn minstesatsen i forskriften § 3 første ledd, kan det ikke utledes noen entydig minstesats av begrepet

minstelønn. Utenbystillegget utgjør således ikke "den lønn som betraktes som minstelønn for slike oppdrag".

Det fremgår av EFTA-dommen avsnitt 72 at de nasjonale regler må være fastsatt på en klar og lettfattelig måte. Dette vilkår er åpenbart ikke oppfylt dersom man legger statens tolkning av forskriften til grunn.

Utenbystillegget er videre ikke begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Det fremgår av vedtaket at forskriftens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår "som samlet sett er likeverdig med hva norske arbeidstakere har". At norske arbeidstakere uten tariffavtale blir omfattet av allmenngjøringen, er en konsekvens "som ikke er tilsiktet", jf. vedtaket pkt. 7.1. Hvis det ikke er behov for å beskytte norske arbeidstakere, er det ikke beskyttelseshensynet som bærer allmenngjøringen av utenbystillegget. Dette ble også bekreftet av nemndas leder, som i tingretten forklarte at "sosialt beskyttelsesnivå har vi ikke vurdert". Allmenngjøringen er således ikke begrunnet i arbeidstakernes beskyttelsesbehov, men hensynet til innenlandsk arbeidskraft og innenlandske virksomheter. Dette er ikke et tvingende allment hensyn, jf. EFTA-dommen avsnitt 83. Andre legitime hensyn er vedtaket ikke bygget på.

Utenbystillegget er under enhver omstendighet verken et egnet eller proporsjonalt virkemiddel.

EFTA-domstolen fastslår at utenbystillegget ikke er et egnet virkemiddel for å oppnå sosial beskyttelse av arbeidstakerne dersom tillegget ikke gir utsendte arbeidstakere "en egentlig fordel som i vesentlig grad øker deres sosiale trygghet", jf. avsnitt 84. Utenbystillegget er ingen fordel for de utsendte arbeidstakere fordi utenlandske tilbydere blir utkonkurrert av norske tilbydere. Utenlandske tilbydere må betale 120 % av allmenngjort minstelønn, mens norsketablerte i praksis kan slippe med 100 %. Utsendte arbeidstakere mister således jobbmuligheter. Utenbystillegget ytes dem rent faktisk ikke, men fører til arbeidsløshet eller arbeidsinnvandring til Norge.

Om lagmannsretten skulle komme til at utenbystillegget faktisk ivaretar det allmenne hensyn å beskytte utsendte arbeidstakere, må lagmannsretten vurdere om tillegget står i forhold til å nå dette mål. Lagmannsretten må veie den administrative og økonomiske byrden tillegget påfører tjenesteytere mot den eventuelle økte sosiale beskyttelse som allmenngjøringen gir. Den eventuelle økte beskyttelse må dessuten bedømmes i lys av den beskyttelse arbeidstakerne er sikret i sine respektive hjemlands lovgivning, jf. EFTA-dommen avsnitt 86 og 87.

De ankende parter anfører at allmenngjøringen av utenbystillegget ikke er forholdsmessig. Det er ikke nødvendig å beskytte utsendte arbeidstakere bedre enn norske ikke-

tariffbundne. Det finnes videre mindre inngripende måter å beskytte utenlandske arbeidstakere på, f.eks. ved en generell heving av minstesatsene for alle.

Forskriften § 3 annet ledd er derfor ugyldig etter EØS-loven §§ 1 og 2 og allmenngjøringsloven tolket i lys av direktivet og EØS-avtalen.

Forskriften § 3 annet ledd er dessuten ugyldig fordi den etter vanlig norsk forvaltningsrett bygger på utenforliggende hensyn, er mangelfullt opplyst og er gitt med mangelfull begrunnelse.

EØS-retten legger føringer for hvilke omstendigheter som skal opplyses, hvilke hensyn som kan anvendes og hvilke begrunnelser som skal gis. Norske forvaltningsrettslige regler stiller selvstendige krav til sakens opplysning, begrunnelse m.v., som uansett fortolkning av EØS-retten kommer til anvendelse.

Tariffnemnda har ikke foretatt den brede vurdering de er pålagt. Saken er ikke tilstrekkelig opplyst. Sentrale momenter er ikke vurdert eller hensyntatt, og Tariffnemnda har bygget på andre hensyn enn de som følger av loven. Allmenngjøringen av utenbystillegget er også ugyldig fordi Tariffnemnda ikke har oppfylt den begrunnelsesplikt som foreligger etter norsk forvaltningsrett. Særlig i lys av det EØS-rettslige rammeverk vil allmenngjøring av et slikt vilkår kreve inngående begrunnelse fra Tariffnemndas side som knytter an til de avgjørende kriterier for at allmenngjøring kan skje. Slik begrunnelse foreligger ikke.

Arbeidstid og overtidsbetaling (forskriften §§ 5 og 6)

EFTA-domstolen fastslår i slutningen punkt 1 at utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 første ledd åpner for å allmenngjøre vilkår om lengste ordinære arbeidstid. Av avsnittene 54–59 fremgår imidlertid en rekke forutsetninger som i tilfelle må oppfylles. Det forutsettes således at "de generelle EØS-rettslige prinsipper" er overholdt. Det fremgår videre at beslutningen må bygge på det "beskyttelsesnivå de [staten] anser nødvendig". EØS-avtalen artikkel 36 får således anvendelse. I det minste gjelder presumpsjonsprinsippet.

Overtidsbetalingen må dreie seg om "minstelønn", jf. avsnitt 59. Dette er ikke tilfelle idet forskriften § 6 fastsetter overtidsbetalingen til en prosent av timelønnen. Det innebærer, slik forskriften må tolkes, at den overtidsbetaling som pålegges vil variere med den ordinære timesatsen som måtte være avtalt i det enkelte tilfellet. Følgelig fastsetter § 6 en varierende overtidssats, og ingen minstesats.

Det fremgår av EFTA-dommen avsnitt 72 at de nasjonale regler må være fastsatt på en klar og lettfattelig måte. Dette vilkår er åpenbart ikke oppfylt for så vidt gjelder overtidsbetalingen dersom statens tolkning av forskriften legges til grunn.

Videre er ikke fastsettelse av ordinær arbeidstid og overtidsbetaling begrunnet i hensynet til sosial trygghet for arbeidstakerne, slik de må, jf. avsnitt 54 og 55. Tariffnemnda begrunner også disse allmenngjøringene med at lønns- og arbeidsvilkårene skal bli likeverdige for norske og utenlandske arbeidstakere. Allmenngjøringen er således ikke begrunnet i arbeidstakernes beskyttelsesbehov, men hensynet til innenlandsk arbeidskraft og innenlandske virksomheter som er tariffbundet til 37,5 timer/50 % overtidsbetaling. Dette er ikke et tvingende allment hensyn, jf. EFTA-dommen avsnitt 83.

Regulering av arbeidstiden er i vedtaket også begrunnet med sikkerhetsmessige og logistiske grunner. Dette er kun en "tilleggsbegrunnelse". I den grad man måtte bygge på det, er det galt. Det er rotasjonsordningene, som arbeidstilsynet godkjenner ut fra bl.a. sikkerhet, som bestemmer arbeidstiden.

Det er under enhver omstendighet ikke påvist at allmenngjøringen av disse vilkårene er nødvendige og forholdsmessige. Det er ikke nødvendig å pålegge strengere regler i denne bransjen enn hva arbeidsmiljøloven fastsetter. Reglene er heller ikke begrunnet i dette. At norske arbeidstakere uten tariffavtale blir omfattet av allmenngjøringen, er en konsekvens "som ikke er tilsiktet", jf. vedtaket punkt. 7.1. Hvis det ikke er behov for å beskytte norske arbeidstakere, er det ikke beskyttelseshensynet som bærer allmenngjøringen av arbeidstid og overtidsbetaling.

Forskriften §§ 5 og 6 er derfor ugyldige etter EØS loven §§ 1 og 2 og allmenngjøringsloven tolket i lys av direktivet og EØS-avtalen.

Forskriften §§ 5 og 6 er dessuten ugyldige fordi de etter vanlig norsk forvaltningsrett bygger på utenforliggende hensyn, er mangelfullt opplyst og er gitt med mangelfull begrunnelse.

EØS-retten legger føringer for hvilke omstendigheter som skal opplyses, hvilke hensyn som kan anvendes og hvilke begrunnelser som skal gis. Norske forvaltningsrettslige regler stiller selvstendige krav til sakens opplysning, begrunnelse mv., som uansett fortolkning av EØS-retten kommer til anvendelse.

Tariffnemnda har ikke foretatt den brede vurdering de er pålagt. Saken er ikke tilstrekkelig opplyst. Sentrale momenter er ikke vurdert eller hensyntatt, og Tariffnemnda har bygget på andre hensyn enn de som følger av loven. Allmenngjøringen er også ugyldig fordi Tariffnemnda ikke har oppfylt den begrunnelsesplikt som foreligger etter norsk forvaltningsrett. Forskriften §§ 5 og 6 fastsetter bedre betingelser for arbeidstakerne enn de som Stortinget har fastsatt i arbeidsmiljøloven. Det følger av allmenngjøringsloven at slike tilfelle skal begrunnes særskilt. Begrunnelse må nødvendigvis knytte seg til oppfyllelsen av de hensyn/formål som er lovlig under EØS-avtalen. Slik begrunnelse mangler.

Reise, kost og losji (forskriften § 7)

EFTA-domstolen slår i slutningen punkt 3 fast at Norge i utgangspunktet er avskåret fra å allmenngjøre et krav om dekning av utgifter til reise, kost og losji med virkning også for utsendte arbeidstakere.

EFTA-domstolen åpner for at statene kan gjøre unntak og likevel allmenngjøre et slikt vilkår, dersom det kan rettferdiggjøres på grunnlag av bestemmelser om offentlig orden (ordre public). EFTA-domstolen uttaler i avsnitt 101 at den informasjon som er fremlagt "tyder ikke på" at ytelsene kan rettferdiggjøres. Staten har først sent i ankeforberedelsen for lagmannsretten, etter EFTA-domstolens dom, påberopt seg offentlig orden.

Begrepet offentlig orden må tolkes strengt. Omfanget av begrepet kan ikke defineres ensidig av den enkelte EØS-stat, og hensyn som EØS-staten kan påberope seg for å begrunne prinsippet om fri bevegelighet for tjenester, må være ledsaget av hensiktsmessig dokumentasjon eller en analyse av formålstjenligheten og forholdsmessigheten av det restriktive tiltak vedkommende stat har vedtatt, samt nøyaktig dokumentasjon som underbygger dens argumenter, jf. EFTA-dommen avsnitt 99. Fundamentale samfunnsinteresser må være truet, jf. EFTA-domstolens dom av 1. juli 2005, Piazza-dommen avsnitt 42.

Begrepet offentlig orden dekker bestemmelser om grunnleggende rettigheter og friheter, herunder retten til å danne fagforeninger, retten til kollektiv forhandling, forbud mot tvangsarbeid, forbud mot forskjellsbehandling og avskaffelse av barnearbeid, når dette innebærer utnyttelse, beskyttelse av personopplysninger og respekt for privatlivets fred, jf. meddelelse fra Kommisjonen av 25. juli 2001 om gjennomføringen av utsendingsdirektivet side 14. Allmenngjøring av reise, kost og losji, faller klart utenfor dette.

Det fremkommer videre av EF-domstolens dom, Kommisjonen – Luxembourg (2008), avsnitt 29, at bestemmelsen må være så avgjørende for opprettholdelse av medlemsstatens politiske, sosiale og økonomiske organisasjon, at de kreves overholdt av enhver person, som befinner seg på denne medlemsstats nasjonale område. Forskriften § 7 får ikke anvendelse på alle. Utgifter til reise, kost og losji er bare pålagt dekket på tre områder; Verkstedsoverenskomsten, samt to andre allmengjorte områder/forskrifter (bygg og renhold).

Det foreligger videre ingen analyse og dokumentasjon som nøyaktig viser formålstjenligheten og proporsjonaliteten av tiltaket.

Ingen av vilkårene for å kunne påberope seg ordre public er til stede, og forskriften § 7 er følgelig ugyldig etter allmenningsloven tolket i lys av direktivet og EØS-avtalen.

Forskriften § 7 er dessuten ugyldig fordi den etter vanlig norsk forvaltningsrett bygger på utenforliggende hensyn, er mangelfullt opplyst og er gitt med mangelfull begrunnelse. EØS-retten legger føringer for hvilke omstendigheter som skal opplyses, hvilke hensyn som kan anvendes og hvilke begrunnelser som skal gis dersom unntaket skal anvendes. Norske forvaltningsrettslige regler stiller selvstendige krav til sakens opplysning, begrunnelse mv., som uansett fortolkning av EØS-retten kommer til anvendelse.

Tariffnemnda har ikke begrunnet allmengjøringen av reise, kost og losji med hensynet til offentlig orden. Dette er i seg selv tilstrekkelig til at § 7 er ugyldig. Det er forvaltningsorganet som i første omgang må vurdere om det foreligger ordre public.

Tariffnemnda har heller ikke begrunnet allmenngjøringen av reise, kost og losji med hensynet til det norske systemet for lønnsdannelse. Dette er uansett neppe et grunnleggende samfunnshensyn, særlig ikke når bare noen få arbeidstakere gis rett til dekning.

De ankende partert la ned 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. STX OSV AS, STX Norway Florø AS, Kleven Verft AS, Myklebust Verft AS, Bergen Group Maritime Service AS, Bergen Group Shipbuilding AS, Ulstein Verft AS, Havyard Ship Technology AS og Aibel AS tilkjennes saksomkostninger av Staten v/Tariffnemnda, Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet – in solidum – for tingretten og lagmannsretten.

3. Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri tilkjennes saksomkostninger av Staten v/Tariffnemnda, Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet – in solidum – for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, Staten v/ Tariffnemnda, med støtte av partshjelperne Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet, har i hovedtrekk anført:

Tariffnemnda tok utgangspunkt i at allmenngjøringsloven bygger på den forutsetning at utenlandske arbeidstakere skal ha lønns- og arbeidsvilkår som samlet sett er likeverdige med hva norske arbeidstakere har. I "likeverdighet" ligger at utenlandske arbeidstakere beskyttes og at man sikrer rettferdig konkurranse/unngår illojal konkurranse. Ved dette beskyttes vertsstatens arbeidstakere, og man unngår sosial dumping.

EFTA-domstolens uttalelse er rådgivende. Lagmannsretten har plikt til å ta selvstendig stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for lagmannsrettens avgjørelse. Uttalelsen skal imidlertid tillegges vesentlig vekt, jf. Rt-2000-1811.

Det følger av Rt-2005-1601 at EU-domstolens praksis skal tillegges "meget stor vekt" ved tolkningen av EØS-retten. EFTA-domstolen har selv akseptert at EU-domstolens avgjørelser har større vekt enn praksis fra EFTA-domstolen, jf. sak E-9/07 L'Oreal.

Ankende parter ignorerer langt på vei utsendingsdirektivet og fokuserer i det vesentlige på artikkel 36 EØS. Etter statens syn er direktivet av avgjørende betydning, enten det avskjærer anvendelsen av artikkel 36 EØS eller ikke. Direktivet kodifiserer rettspraksis etter artikkel 36 EØS, jf. EU domstolens dommer Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 25 og Laval avsnitt 57–58.

Gjennom utsendingsdirektivet gjøres de alminnelige vilkår etter artikkel 36 EØS (legitime hensyn, egnethet og nødvendighet) operative gjennom konkrete bestemmelser. EU-domstolen har fortolket utsendingsdirektivet artikkel 3.1, jf. artikkel 3.8 slik at det uttømmende regulerer fastsettelse og virkeområde for nasjonale regler (likebehandling), hvilke arbeids- og lønnsvilkår som vertsstaten kan gi anvendelse (områdene) og hvilket nivå som vertsstaten kan gi anvendelse (beskyttelsesnivået), jf. dommene Laval, Rüffert og Kommisjonen mot Luxembourg.

Det følger av utsendingsdirektivet artikkel 3.1 første og annet strekpunkt at lov/forskrift og allmenngjøring av tariffavtaler er likestilt, at generelle minimumskrav i lov kan suppleres ved særskilte minimumskrav i den aktuelle bransje som følger tariffavtale, at minimumskravene kan variere fra bransje til bransje, som følge av ulike tariffavtaler og at arbeids- og lønnsvilkår kan utgjøre minimumsvilkår i direktivets forstand.

Allmenngjøring av tariffavtaler må oppfylle vilkårene i direktivet artikkel 3.8. Det er ikke bestridt at dette vilkår er til stede. Formålet og virkningen av dette vilkåret er å sikre likebehandling ved at alle foretak må oppfylle de aktuelle vilkår.

Hvilke arbeids- og lønnsvilkår som kan allmenngjøres fremgår av direktivet artikkel 3.1 a)–g). Oppregningen er uttømmende, dog slik at det er oppstilt et unntak i artikkel 3.10, jf. Kommisjonen mot Luxembourg avsnitt 31. Bare minimumsvilkår kan gjøres gjeldende, herunder "minstelønn", jf. artikkel 3.1 c).

Arbeidstid og overtidsbetaling (forskriften §§ 5 og 6)

EFTA-domstolen slår fast i avsnitt 54 at EØS-statene har anledning til å sette grenser både for lengste arbeidstid og for ordinær arbeidstid og dessuten kan tilpasse grensene i forhold til bestemte yrker og næringer.

Allmenngjøringen av lengste arbeidstid faller inn under området i utsendingsdirektivet artikkel 3.1 a) og c). I følge EFTA-domstolen er det forenlig med ordlyden i artikkel 3.1. a) at allmenngjøring av lengste arbeidstid varierer og dermed kan være gunstigere i én bransje. Det er ikke bestridt at klarhetskravet er oppfylt.

Forskriften § 5 er således forenlig med direktivet artikkel 3.1. a) og c), jf. artikkel 3.8 og er i samsvar med EØS-rettslige prinsipper. Dette er i samsvar med alle innleggene for EFTA-domstolen, jf. dommen avsnitt 46.

Forskiften § 6 om overtidsbetaling faller inn under området i direktivet artikkel 3.1 c). Det fremgår av § 6 at det skal betales et prosentvis tillegg av "timesatsen". Timesatsen er fastsatt i § 3 første ledd. Bestemmelsen angir således minstelønn. Dette følger også av forskriftrens formål og system. Formålet er å fastsette hva arbeidstakeren "skal ha...minst", jf. § 3 første ledd og § 10. Det vil stride mot formålet og systemet dersom overtidstillegget skal relateres til et bedre vilkår som måtte være avtalt. § 10 slår nettopp fast at forskriften ikke kommer til anvendelse dersom arbeidstakeren har bedre vilkår etter avtale.

Klarhetskravet er etter statens syn oppfylt.

Forskriftens bestemmelser om lengste arbeidstid og overtidstillegg er følgelig i samsvar med direktivets artikkel 3.1 a) og c), jf. artikkel 3.8. De oppfyller videre vilkårene om presisjon, klarhet og transparens, jf. EØS-rettslige prinsipper.

Ut over henvisningen til de generelle EØS-rettslige krav om klarhet og presisjon, har ikke EFTA-domstolen gitt anvisning på supplerende vurdering av legitime hensyn, egnethet og nødvendighet, jf. artikkel 36 EØS.

Subsidiært anføres at vilkårene i artikkel 36 EØS er oppfylt.

<u>Utenbystillegget (forskriften § 3 annet ledd)</u>

Det fremgår av EFTA-domstolens uttalelse at utenbystillegg er forenlig med utsendingsdirektivet § 3.1 første ledd c), forutsatt at den tilsvarer den lønn som betraktes som minstelønn for slike oppdrag, jf. avsnitt 72. Det fremgår videre at selv om direktivets vilkår er oppfylt, skal bestemmelsen prøver i lys av/på grunnlag av artikkel 36 EØS, jf. avsnitt 34–35 og 74.

Det fremgår av forskriften § 3 annet ledd at det for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendigs skal betales et tillegg til "timelønnen". Timelønnen er fastsatt i § 3 første ledd. Bestemmelsen angir således minstelønn. Dette følger også av forskriftens formål og system. Formålet er å fastsette hva arbeidstakeren "skal ha...minst",

jf. § 3 første ledd og § 10. Det vil stride mot formålet og systemet dersom utenbystillegget skal relateres til et bedre vilkår som måtte være avtalt. § 10 slår nettopp fast at forskriften ikke kommer til anvendelse dersom arbeidstakeren har bedre vilkår etter avtale.

Klarhetskravet er etter statens syn oppfylt.

Forskriften § 3 annet ledd er således i samsvar med direktivets artikkel 3.1 a) og c) jf. artikkel 3.8. Bestemmelsen oppfyller videre vilkårene om presisjon, klarhet og transparens, jf. EØS-rettslige prinsipper.

EFTA-domstolen uttaler i avsnitt 80 at restriksjonen kan rettferdiggjøres dersom den er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, den er egnet og ikke går lenger enn det som er nødvendig.

Etter statens syn fremkommer det av EU-domstolens praksis at direktivet artikkel 3.1. uttømmende regulerer vertsstatens handlingsrom, jf. Laval, avsnitt 57 flg., særlig avsnitt 79–81, Rüffert, avsnitt 30 flg. og Kommisjonen mot Luxembourg, avsnitt 31. Det følger således av sikker rettspraksis at artikkel 36 EØS ikke kommer til anvendelse. Subsidiært anføres at bestemmelsen om utenbystillegget er forenlig med artikkel 36 EØS.

Utenbystillegget gjelder så vel for norske som utenlandske bedrifter i samme situasjon og er ikke diskriminerende eller utestengende. Utenbystillegget har ikke svekket utsendingsbedriftenes muligheter eller arbeidstakernes jobbmuligheter. Bestemmelsen er nødvendig. Det finnes ingen andre alternativer som beskytter utsendte arbeidstakere like effektivt. Det å fjerne utenbystillegget og heve minstesatsen er ikke noe alternativ. Da vil ikke de utsendte arbeidstakere få kompensasjon for den ekstra ulempe som arbeid vekk fra hjemmet medfører. En slik løsning vil således være diskriminerende.

Utenbystillegger fremmer således objektivt sett beskyttelse av utsendte arbeidstakere. Det fremmer videre objektivt sett rettferdig konkurranse/hindrer illojal konkurranse og er egnet og nødvendig.

Reise, kost og losji (forskriften § 7)

Forskrifen § 7 fastsetter regler om dekning av utgifter tilknyttet reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Forskriften § 7 er begrunnet i hensynet til "public policy", jf. utsendingsdirektivet artikkel 3.10, og den er egnet og nødvendig for å fremme dette hensyn.

Artikkel 3.10 forutsetter at bestemmelser om "arbeids- og lønnsvilkår" kan være begrunnet i "public policy". Ankende parts henvisning til barnearbeid og tvangsarbeid er således ikke treffende. Ankemotparten viser i denne forbindelse også til EU-domstolens dom av 14.

oktober 2004, Omega, vedrørende laserspill. Av EU-domstolens dom av 16. desember 2010, Josemann, fremkommer at bestemmelsen kan være regional, dvs. at den ikke omfatter alle borgere.

Allmenngjøring av rett til dekning av utgifter til reise, kost og losji er vanlig forekommende i Sverige, Danmark og Finland. I Norge er det allmenngjort i seks av syv forskrifter.

Direktivet artikkel 3.10 første strekpunkt forutsetter at "arbeids- og lønnsvilkår" kan være begrunnet i "public policy". Dekning av reise, kost og losji er nær knyttet opp mot lønn. Direktivet artikkel 3.7 forutsetter at det er vanlig at arbeidsgiver dekker reise, kost og losji.

Beskyttelsen av utsendte arbeidstakere vil kunne bli alvorlig undergravet dersom de selv måtte dekke reise, kost og losji. Det vil undergrave bestemmelsen om minstelønn og vil øke lønnsforskjellene i bunnen av arbeidsmarkedet. Det vil videre undergrave faste ansettelser og gi færre opplærings- og rekrutteringsstillinger. Det vil også svekke organisasjonsgraden, legitimiteten for organisasjonene til å forhandle og dermed svekke lønnsfastsettelsesprosessen. Dette er dokumentert gjennom fremlagte FAFO-rapporter og offentlige utredninger, herunder NOU 2011:7. Fenomenet med utsendte arbeidstakere er nytt, og det er ikke forsket nok på. Den foreliggende dokumentasjon må etter statens syn oppfylle de krav som med rimelighet kan stilles etter EØS-retten. Det vises til EU-domstolens dom av 5. mai 1998, UK-Kommisjonen, avsnitt 98–99.

Brudd på norsk forvaltningsrett?

Forutsetningen for drøftelsen er at lagmannsretten har konkludert med at de omstridte reglene er forenlig med EØS-retten.

Det foreligger ikke saksbehandlingsfeil etter norsk rett i snever forstand. Grunnvilkåret for allmenngjøring er oppfylt, Tariffnemnda har holdt seg innenfor sin materielle kompetanse, og formålet med allmenngjøringen, likeverdighet, er ikke et utenforliggende hensyn.

Forskriften er i tråd med konsekvent nemndspraksis, og vedtaket oppfyller også kravet til "særskilt begrunnelse" for å fravike arbeidsmiljøloven.

Etter EØS-retten gjelder ikke begrunnelsesplikt for generelle rettsakter, jf. EU-domstolens dom av 17. juni 1997, Sodomare, avsnitt 19–20. Det har sammenheng med at oppgitte formål/begrunnelse ikke er avgjørende, men rettsaktens virkning.

Spørsmålet er således om rettsakten er egnet og nødvendig for å fremme et tvingende allment hensyn. Eller hvor det er harmonisering, hvorvidt det er forenlig med sekundærlovgivningen, her direktivet. Spørsmålet er dermed om nemnda i sin

skjønnsutøvelse faktisk har holdt seg innenfor disse rammene. Det er et lovbundet skjønn, som domstolene kan overprøve fullt ut.

Etter dette foreligger det heller ikke noen saksbehandlingsfeil/ugyldighetsgrunn etter EØS-retten.

Selv om det skulle foreligge saksbehandlingsfeil, er det klart at denne ikke har hatt betydning for Tariffnemndas vedtak.

Anken må etter dette bli å forkaste.

Ankemotparten har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Tariffnemnda tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.
3. Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten bemerker:

Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller del av en bransje. Vedtak om allmenngjøring kan bare gjelde de deler av tariffavtalen som regulerer de enkelte arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår. Allmenngjøring innebærer at de lønns- og arbeidsvilkår som er fastsatt i nemndas vedtak vil gjelde som ufravikelige minimumsvilkår for alle arbeidstakere innenfor vedkommende tariffområde, dvs. norske organiserte og uorganiserte, samt utenlandske arbeidstakere. Allmenngjøringen er regulert gjennom allmenngjøringsloven av 4. juni 1993 nr. 58.

Ved vedtakelsen av loven lød den dagjeldende formålsbestemmelsen i § 1-1 slik:

> 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.

Ved lovendring av 19. juni 2009 nr. 42 ble formålsbestemmelsen endret til:

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

Partene er enige om at lovendringen ikke innebærer noen realitetsforskjell. Lagmannsretten er enig i dette. Det vises i den forbindelse til det som uttales om hensikten med loven i Ot.prp.nr. 26 (1992-1993) side 22:

> Departementet vil imidlertid presisere at hensikten med loven er å sikre den enkelte utenlandske arbeidstaker mot urimelige lønns- og arbeidsvilkår og samtidig unngå uheldige konkurransevridninger for virksomheter med norske arbeidstakere i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalen.

Vedtak om allmenngjøring av en tariffavtale må holde seg innenfor de skranker som er satt gjennom EØS-avtalen og sekundær EØS-lovgivning. Aktuelle bestemmelser er EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 og direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet).

EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 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.

Allmenngjøringsforskriften inneholder pålegg om lønns- og arbeidsvilkår og utgjør således restriksjoner i henhold til EØS-avtalen § 36 nr. 1.

Det følger av EU-domstolens praksis at restriksjoner kan rettferdiggjøres dersom de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, er egnet til å sikre oppnåelsen av det fastsatte mål og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette målet, jf. EFTA-dommen avsnitt 80 med henvisninger. Dette er ikke omtvistet.

Utsendingsdirektivet artikkel 3 lyder:

> Arbeids- og ansettelsesvilkår
> 1. Medlemsstatene skal påse at foretak som nevnt i artikkel 1 nr. 1, uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet, på områdene nedenfor sikrer arbeidstakere som er utsendt til deres territorium, de arbeids- og ansettelsesvilkår som i medlemsstaten der arbeidet utføres, er fastsatt
>
> - ved lov eller forskrift og/eller
> - ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til nr. 8, i den utstrekning de angår virksomhet som er nevnt i vedlegget:
>
> a) lengste arbeidstid og korteste hviletid
>
> ..

c) minstelønn, herunder overtidsbetaling; dette gjelder ikke for supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger,

..

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

..

7. Nr. 1–6 skal ikke være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne.

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.

8. Med "tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet" menes tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som må overholdes av alle foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring.

..

10. 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 den som er nevnt i nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden,
- arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt i tariffavtaler eller voldgiftskjennelser i henhold til nr. 8 for annen virksomhet enn den som er nevnt i vedlegget.

..

Det er for lagmannsretten ikke omstridt mellom partene at direktivet artikkel 3 nr. 8 første ledd er oppfylt gjennom allmenngjøringsforskriften. Lagmannsretten er enig i dette.

Partene er videre enige om at det følger av praksis fra EU-domstolen at direktivet artikkel 3 nr. 1 utfyllende angir hva som kan allmenngjøres. Unntak fra dette fremgår av punkt 10: Direktivet 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 enn de som er nevnt i a) – g), når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden.

Lagmannsretten er enig med partene i dette, jf. EU-domstolens dom av 19. juni 2008, Kommisjonen mot Luxembourg, avsnitt 31. Dette er også i samsvar med EFTA-domstolens syn, jf. EFTA-dommen avsnitt 29.

Partene er uenige om forskriften er i overensstemmelse med direktivet artikkel 3 nr. 1. De er videre uenige om artikkel 3. nr. 10 kommer til anvendelse i denne saken for så vidt gjelder forskriften § 7.

Partene er også uenige om det er nødvendig å vurdere forskriften opp mot EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1, dersom lagmannsretten skulle komme til at forskriften er i samsvar med direktivets bestemmelser.

EFTA-domstolen har avgitt en "rådgivende uttalelse" i anledning saken. Om slike uttalelser fra EFTA-domstolen heter det i Rt-2000-1811 på side 1820:

> 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.

Tilsvarende må etter lagmannsrettens vurdering gjelde for lagmannsrettens behandling av de omstridte spørsmål.

Partene har henvist til en rekke dommer fra EU-domstolen til støtte for sine syn. Praksis fra EU-domstolen er ikke formelt bindende for Norge i henhold til EØS-avtalen, men skal tillegges meget stor vekt, jf. Rt-2005-1601, avsnitt 43.

EFTA-domstolen ble under saksforberedelsen for lagmannsretten for det første forelagt spørsmål om bestemmelser om lengste ordinære arbeidstid, utenbystillegg og reise kost- og losji er forenlig med utsendelsesdirektivet artikkel 3 første ledd a) og/eller c). Forutsatt at dette ble besvart bekreftende, reiste lagmannsretten spørsmål om den nasjonale domstol må foreta en selvstendig bedømmelse av om disse arbeids- og ansettelsesvilkårene oppfyller vilkårene i artikkel 36 EØS, herunder læren om tvingende allmenne hensyn.

EØS-domstolen besvarte det andre spørsmålet slik i dommen avsnitt 34–36:

> Når det gjelder den anmodende domstols spørsmål om arbeids- og ansettelsesvilkår som er i samsvar med direktivet også må vurderes i lys av EØS-avtalen artikkel 36, må det tas hensyn til at direktivets bestemmelser inngår i sekunder EU-rett tilpasset til EØS-avtalen ved avtalens protokoll 1, og derfor i størst mulig grad skal tolkes slik at de er i samsvar med bestemmelsene i EØS-avtalen og generelle EØS-rettslige prinsipper (se, for sammenligning, sak C-105/94 Celestini, Sml. 1997 s. I-2971, avsnitt 32, og forente saker C-90/90 og C-91/90 Neu m.fl., Sml. 1991 s. I-3617, avsnitt 12)

> Der det er nødvendig vil derfor spørsmålene fra den anmodende domstol vedrørende bestemte arbeids- og ansettelsesvilkår prøves under ett etter direktivets bestemmelser lest i lys av EØS-avtalen artikkel 36 og, der det er hensiktsmessig, etter sistnevnte bestemmelse alene (se, for sammenligning, Laval un Partneri, som omtalt over, avsnitt 61, og den praksis som det vises til der).
>
> Følgelig er det ikke nødvendig å besvare den anmodende domstols andre spørsmål særskilt med hensyn til om disse arbeids- og ansettelsesvilkår er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36.
>
> ..

Lagmannsretten er enig i denne vurdering. Allmenngjøringsforskriften må holde seg innenfor rammene av EØS-avtalen, utsendingsdirektivet og de EØS-rettslige prinsipper. Det må bero på en konkret vurdering om det er nødvendig å foreta en avveining mot EØS-avtalen og de generelle EØS-rettslige prinsipper dersom man finner at den konkrete bestemmelse er i overensstemmelse med direktivet.

Utenbystillegget (forskriften § 3 annet ledd)

EFTA-domstolen har på side 25 i dommen konkludert slik:

> 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 reglene faktisk forfølger et mål som er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og om dette gjøres ved bruk av forholdsmessige midler.

Forskriften § 3, lønnsbestemmelser, 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.

Lagmannsretten er av den oppfatning at forskriften § 3 annet ledd er å anse som en bestemmelse om minstelønn i utsendingsdirektivets forstand. Det fremkommer av forskriftens annet ledd at det skal betales et tillegg til *timelønnen*. Etter rettens vurdering fremkommer det av sammenhengen at "timelønnen" refererer seg til den "lønn per time" som er fastsatt i 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 "timelønn" i annet ledd skulle mene den faktisk avtalte timelønn uavhengig av om denne er høyere enn minstelønnen i første ledd, slik ankende parter har anført. Retten viser i denne forbindelse også til forskriften § 10, der det fremgår at forskriften ikke kommer til anvendelse dersom arbeidstakeren samlet sett er omfattet av gunstigere lønns- og arbeidsvilkår etter avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet.

Bestemmelsen angir etter lagmannsrettens vurdering klart hvilket tillegg som skal betales for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Tillegget er angitt som et fast kronebeløp, som kommer i tillegg til et annen fast kronebeløp. Lagmannsretten er således av den oppfatning at vilkåret er uttrykkelig angitt og lett forståelig for både den utenlandske tjenesteyter og de utsendte arbeidstakere. Lagmannsretten viser til direktivet artikkel 4 nr. 3 og EFTA-dommen avsnitt 32. Bestemmelsen er videre allmenngjort og gjelder således for alle innenfor den aktuelle næring, jf. EFTA-dommen avsnitt 72.

Lagmannsretten er etter dette av den oppfatning at forskriften § 3 annet ledd ikke er i strid med utsendingsdirektivet.

Sosial trygghet for arbeidstakere er blant de tvingende hensyn som rettspraksis har anerkjent, jf. EFTA-dommen avsnitt 81 med henvisninger.

Lagmannsretten må ta stilling til om reglene objektivt sett fremmer vernet av utsendte arbeidstakere, herunder om reglene gir de berørte arbeidstakere en egentlig fordel, jf. EFTA-dommen avsnitt 84. Lovgivers hensikt er ikke avgjørende. Det påhviler retten tvert om å ta stilling til om bestemmelsen fremmer beskyttelsen av utsendte arbeidstakere, jf. EU-domstolens dom av 25. oktober 2001, Finalarte, avsnitt 38–41.

Lagmannsretten legger på bakgrunn av besvisførslen til grunn at utenbystillegget fremmer vernet av utsendte arbeidstakere, og at det er egnet og nødvendig. Uten utenbystillegget vil utsendte arbeidstakere ikke få kompensasjon for den ekstra ulempe som arbeid vekk fra hjemmet medfører. Etter rettens vurdering er det ikke grunnlag for anførselen om at utenbystillegget øker kostnadene for bedriftene med den følge at det blir færre jobbmuligheter for utsendte arbeidstakere. Skipsverftene er avhengig av innleid arbeidskraft da det ikke finnes tilstrekkelig lokal arbeidskraft. Den fremlagte oversikt over lønnssatser for 2011, hjelpedokument 3, viser også at utsendingsbedrifter er konkurransedyktige selv med utenbystillegget. Etter lagmannsrettens vurdering kan man i

denne sammenheng ikke ta i betraktning at utsendingsbedrifter har tilpasset seg regelverket ved å etablere seg lokalt for å unngå utenbystillegget. Objektivt sett gir bestemmelsen den utsendte arbeidstaker en rettighet og beskytter således arbeidstakeren. Lagmannsretten viser til EU-domstolens dom av 12. oktober 2004, C-60/03, Wolff & Müller, avsnitt 39–40.

Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for anførselen om at utenbystillegget har en diskriminerende effekt. Retten viser til at bestemmelsen behandler utenlandske og norske bedrifter i samme situasjon likt.

Etter lagmannsrettens vurdering foreligger det ikke andre alternative tiltak som beskytter utsendte arbeidstakere like effektivt. En økning av minstelønnen, slik de ankende parter har pekt på, vil etter lagmannsrettens vurdering ikke være anvendelig. En slik bestemmelse vil ikke gi de utsendte arbeidstakere kompensasjon for den ekstra ulempe som arbeid vekk fra hjemmet medfører og vil i tillegg være diskriminerende.

Lagmannsretten er etter dette av den oppfatning at forskriften § 3 annet ledd heller ikke er i strid med EØS-avtalen eller EØS-rettslige prinsipper.

Arbeidstid og overtidsbetaling (forskriften §§ 5 og 6)

Forskriften § 5, arbeidstid, lyder:

> Den ordinære arbeidstid må ikke overstige 37,5 timer pr. uke.
>
> ...

Forskriften § 6, godtgjøring for overtid, 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 betales et tillegg på 100 % av timesatsen.

EFTA-domstolen har i dommen side 25 konkludert slik:

> Begrepet "lengste arbeidstid og korteste hviletid" fastsatt i bokstav a) i artikkel 3 nr. 1 første ledd i direktiv 96/71EF omfatter vilkår om "lengste ordinære arbeidstid" av den art som er beskrevet i anmodningen om rådgivende uttalelse.

EFTA-domstolen har slått fast at EØS-statene har anledning til å sette grenser både for lengste arbeidstid og for ordinær arbeidstid og dessuten kan tilpasse grensene hva gjelder bestemte yrker og næringer. Lagmannsretten viser til EFTA-dommen avsnitt 54. Som konsekvens av dette følger hva som er overtid.

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. Retten viser i denne forbindelse også til forskriften § 10, der det fremgår at forskriften ikke kommer til anvendelse dersom arbeidstakeren samlet sett er omfattet av gunstigere lønns- og arbeidsvilkår etter avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet.

Bestemmelsen angir etter lagmannsrettens vurdering klart hvilket tillegg som skal betales for overtid. Tillegget er angitt som en fast prosentsats, og lagmannsretten er av den oppfatning at det fremkommer klart av sammenhengen at prosenttillegget skal regnes av minstelønnen angitt i § 3 første ledd. Lagmannsretten er således av den oppfatning at vilkåret er uttrykkelig angitt og lett forståelig for både den utenlandske tjenesteyter og de utsendte arbeidstakere. Lagmannsretten viser til direktivet artikkel 4 nr. 3 og til EFTA-dommen avsnitt 32. Bestemmelsen er videre allmenngjort og gjelder således for alle innenfor den aktuelle næring.

Lagmannsretten er etter dette av den oppfatning at forskriften §§ 5 og 6 ikke er i strid med utsendingsdirektivet.

EFTA-domstolen har i sin konklusjon om arbeidstid, konklusjonen punkt 1, ikke henvist til EØS-avtalen eller EØS-rettslige prinsipper. Dette i motsetning til konklusjonen vedrørende utenbystillegget. Det fremkommer imidlertid av dommen avsnitt 54:

> Forutsatt at vilkårene fastsatt i artikkel 3 nr. 8 i direktivet er oppfylt og de generelle EØS-rettslige prinsipper er overholdt, følger det av bokstav a) og c) i artikkel 3 nr. 1 første ledd i direktivet at EØS-statene har anledning til å sette grenser både for lengste arbeidstid og for ordinær arbeidstid og dessuten kan tilpasse grensene i forhold til bestemte yrker og næringer.

Avsnittet viser etter lagmannsrettens vurdering at EØS-domstolen legger inn en forutsetning om at de generelle EØS-rettslige prinsipper er overholdt. Når ankende parter anfører at disse forutsetningene ikke er til stede, må lagmannsretten ta stilling til dette.

Sosial trygghet for arbeidstakere er blant de tvingende hensyn som rettspraksis har anerkjent, jf. EFTA-dommen avsnitt 81 med henvisninger.

Lagmannsretten må ta stilling til om reglene om arbeidstid og overtidsbetaling objektivt sett fremmer vernet av utsendte arbeidstakere, herunder om reglene gir de berørte arbeidstakere en egentlig fordel, jf. EFTA-dommen avsnitt 84. Lovgivers hensikt er ikke avgjørende. Det påhviler retten tvert om å ta stilling til om bestemmelsen fremmer beskyttelsen av utsendte arbeidstakere, jf. EU-domstolens dom av 25. oktober 2001, Finalarte, avsnitt 38–41.

Lagmannsretten er av den oppfatning at bestemmelsen om lengste ordinær arbeidstid, sett i sammenheng med at arbeid ut over dette er å anse som overtid, objektivt sett fremmer beskyttelse av utsendte arbeidstakere. Uten allmenngjøring av bestemmelsene ville de utsendte arbeidstakere måtte arbeide lenger enn innenlandske arbeidere som omfattes av Verkstedsoverenskomsten før de har rett til overtidsbetaling. Allmenngjøringen sikrer de utsendte arbeidstakere lik minimumslønn som innenlandske arbeidstakere som omfattes av Verkstedsoverenskomsten.

Allmenngjøring av bestemmelsene om lengste ordinære arbeidstid og overtidsbetaling er etter lagmannsrettens vurdering nødvendig for å fremme ovennevnte hensyn. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger alternative tiltak som er mindre restriktive og like effektivt fremmer det legitime hensyn, jf. EFTA-domstolens dom av 25. februar 2005, sak E-4/04, Pedicel, avsnitt 56. Allmenngjøringen er også nødvendig for å unngå uheldige konkurransevridninger for virksomheter med innenlandske arbeidstakere, jf. utsendingsdirektivet, fortalen punkt 5.

Lagmannsretten er etter dette av den oppfatning at forskriften §§ 5 og 6 heller ikke er i strid med EØS-avtalen eller EØS-rettslige prinsipper.

Reise, kost og losji (forskriften § 7)

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.

EFTA-domstolen har i dommen side 25 konkludert slik:

> Direktiv 96/71EF 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 rettferdiggjøres på grunnlag av bestemmelser om offentlig orden.

Partene bestrider ikke EFTA-domstolens konklusjon. De er imidlertid uenige om forskriften § 7 kan rettferdiggjøres på grunnlag av bestemmelsen om offentlig orden, direktivet artikkel 10.

Om begrepet "offentlig orden" heter det i dommen avsnitt 99–101.

> EØS-statene står i prinsippet fritt til å fastsette krav begrunnet i offentlig orden ut fra sine behov. Begrepet offentlig orden, særlig når det anføres som begrunnelse for et unntak fra det grunnleggende prinsipp om fri bevegelighet for tjenester, må imidlertid tolkes strengt (se ESA mot Island, som omtalt over, avsnitt 56, og den rettspraksis som det vises til der). Omfanget av dette begrep kan ikke defineres ensidig av den enkelte EØS-stat. Hensyn som en EØS-stat kan påberope seg for å begrunne et unntak fra prinsippet om fri bevegelighet for tjenester, må være ledsaget av hensiktsmessig dokumentasjon eller en analyse av formålstjenligheten og forholdsmessigheten av det restriktive tiltak vedkommende stat har vedtatt, samt nøyaktig dokumentasjon som underbygger dens argumenter. For eksempel....
>
> Vurderingen av om kompensasjonsordningen saken gjelder kan være begrunnet i hensynet til offentlige orden, må gjøres av den nasjonale domstol på grunnlag av alle de fakta den ha fått seg forelagt, og i lys av kriteriene fastsatt i avsnitt 86 til 87 i denne dom.
>
> Informasjonen som er lagt frem for EFTA-domstolen, tyder ikke på at de aktuelle ytelser kan rettferdiggjøres på grunnlag av hensynet til offentlig orden.

Lagmannsretten må ta stilling til om regelen rent objektivt kan rettferdiggjøres på grunnlag av hensynet til offentlig orden. Dersom det er tilfelle, må retten ta stilling til om bestemmelsen er formålstjenlig og forholdsmessig/nødvendig.

Det følger av EFTA-domstolens praksis at begrepet "offentlig orden" må tolkes strengt. I domstolens dom av 1. juli 2005, sak E-10/04, Piazza – heter det således i avsnitt 42:

> On this point, the Court first notes that deviations from the fundamental principles of EEA Agreement must be construed narrowly. As the Court has held in earlier judgment, justification on public policy grounds can only be accepted in the case of a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society (see....)

Tilsvarende er uttalt i EFTA-domstolens dom av 28. juni 2011, sak E-12/10, ESA – Island, avsnitt 56.

Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at utgifter til reise, kost og losji vil utgjøre en betydelig kostnad for den utsendte arbeidstaker dersom arbeidstakeren skal betale dette selv. Lagmannsretten viser til fremlagt hjelpedokument 3, lønnssatser 2011, jf.

hjelpedokument 2 - reise, kost og losji, der det fremkommer at utgiftene utregnet per time vil utgjøre ca. 50 kroner. De fleste utsendte arbeidstakere vil i praksis kun ha en minstelønn på 120,90 (2008-forskriften).

Fradraget for utgifter til reise, kost og losji vil således medføre at de utsendte arbeidstakere vil sitte igjen med en svært lav lønn. Det må videre kunne forventes, og en har sett eksempler på, at utenlandske arbeidstakere lever under til dels svært kummerlige forhold for å minimere kostnadene/sikre størst mulig inntekt.

Dersom arbeidstakere selv må dekke utgifter til reise, kost og losji, undergraves den allmenngjorte minstelønnen. Det øker også vesentlig forskjellene mellom utsendte arbeidstakere og gjennomsnittslønnen til norske arbeidstakere, noe som setter norske arbeidstakeres lønn under press.

Det er for lagmannsretten fremlagt og vist til utdrag av NOU 2012:2, Utenfor og innenfor, NOU 2011:7, Velferd og migrasjon samt flere FAFO-rapporter. Disse er også belyst gjennom vitneforklaringer.

Det synes enighet i fagmiljøet om at den norske arbeidslivsmodellen er kjennetegnet av nært samarbeid mellom myndighetene og arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene, og at dette samarbeidet bidrar til å skape en felles forståelse av hovedtrekkene i den økonomiske politikken og å legge til rette for god utnyttelse av arbeidskraftsressursene. Det synes også enighet om at lønnsdanningsmodellen i Norge er kjennetegnet ved stor grad av koordinering mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, noe som har ført til en sammenpresset lønnsstruktur med et relativt høyt lønnsgulv og et relativt lavt lønnstak, jf. NOU 2011:7, Velferd og migrasjon, side 50.

Etter lagmannsrettens vurdering er det sannsynlig at stor lønnsforskjell mellom norske og utenlandske arbeidstakere vil sette hele lønnssystemet, herunder forhandlingssystemet og organiseringen av arbeidstakere, under press. Det er videre grunn til å tro at resultatet vil kunne bli at både sysselsettingen og lønnen til norske arbeidstakere vil minke på grunn av økt konkurranse om jobbene. Konfliktnivået vil kunne bli høynet, og samarbeidet mellom myndighetene og arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene vil bli utfordret. Lagmannsretten viser i denne forbindelse også til at allmengjøring av bestemmelsen om dekning av utgifter til reise, kost og losji er gjort i flere forskrifter i tillegg til allmenngjøringen av Verkstedsoverenskomsten. Retten har oppfattet det slik at samtlige tariffavtaler som inneholder rett til dekning av reise, kost og losji er allmenngjort. Allmenngjøring av dekning av utgifter til reise, kost og losji gjelder således for et stort antall arbeidstakere.

Lagmannsretten er etter en samlet vurdering av den oppfatning at fundamentale samfunnsinteresser står på spill, og at allmenngjøring av Verkstedsoverenskomstens

bestemmelser om dekning av reise, kost og losji er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, offentlig orden. Etter rettens vurdering er forskriften § 7 egnet til å ivareta dette hensyn, og det foreligger ikke mindre inngripende alternativer som kan fremme formålet. Lagmannsretten er av den oppfatning at det tvingende behovet er dokumentert og underbygget så langt det er mulig. Lagmannsretten antar i den forbindelse at retten har fått fremlagt et bredere dokumentasjonsgrunnlag enn det EFTA-domstolen hadde.

Forskriften § 7 er etter dette ikke i strid med EØS-avtalen, utsendingsdirektivet eller EØS-rettslige prinsipper.

Ugyldighet som følge av brudd på norsk forvaltningsrett

For Tariffnemndas behandling av saker etter allmenngjøringsloven gjelder forvaltningslovens regler, likevel slik at opplysning av saken kan foregå i høringsmøter, jf. dagjeldende allmenngjøringslov § 6.

De ankende parter har anført at de angrepne bestemmelser i Tariffnemndas vedtak er ugyldige fordi de etter vanlig norsk forvaltningsrett – vurdert i lys av de føringer EØS-retten gir – bygger på utenforliggende hensyn, er mangelfullt opplyst og er gitt med mangelfull begrunnelse.

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at tariffnemnda startet sin behandling av saken etter begjæring fra LO. Det fremgår av begjæringen av 27. september 2007 på side 2 at

> LO og FF opplever i økende grad at sosial dumping også har blitt et problem innen skips- og verftsindustrien. Det avdekkes stadig oftere at utenlandske arbeidstakere arbeider på lønns- og arbeidsvilkår som samlet sett ligger langt lavere enn det som er vanlig innenfor næringen og i forhold til overenskomstens minstelønnsbestemmelser.

Det fremkommer i Tariffnemndas vedtak under punkt 4.2 side 4 at

> I LOs begjæring er det lagt frem opplysninger som lokalavdelinger i Fellesforbundet har innhentet om 15 virksomheter fra forskjellige steder i landet. LO og Fellesforbundet opplever i økende grad at sosial dumping har blitt et problem innen skips- og verftsindustrien. Det legges til grunn i begjæringen at det stadig oftere avdekkes at utenlandske arbeidstakere arbeider på lønns- og arbeidsvilkår som samlet sett ligger langt lavere enn det som er vanlig innenfor næringen og i forhold til overenskomstens minstelønnsbestemmelser.

Etter en høringsrunde, la nemndas flertall (fire medlemmer) til grunn at

> .. det er sannsynliggjort at det i dag finnes arbeidstakere innenfor skips- og verftsindustrien som utfører arbeid på vilkår som samlet sett ikke er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har.

Mindretallet (ett medlem) var av den oppfatning at kravet til dokumentasjon på dårligere lønns- og arbeidsvilkår ikke er oppfylt, jf. vedtaket side 8.

Det er for lagmannsretten ikke bestridt at utenlandske arbeidstakere innen skips- og verftsindustrien gjennomgående hadde dårlige arbeids- og lønnsvilkår enn norske arbeidere. Lagmannsretten legger således til grunn at allmenngjøringslovens materielle grunnvilkår var oppfylt, og at nemnda holdt seg innenfor sin kompetanse i henhold til loven da den allmenngjorde de viktigste arbeids- og lønnsvilkårene i Verkstedsoverenskomsten.

Det fremkommer av Tariffnemndas vedtak under punkt 7.1. på side 8 at

> Tariffnemnda tar utgangspunkt i at allmenngjøringsloven bygger på den forutsetning at utenlandske arbeidstakere skal ha lønns- og arbeidsvilkår som samlet sett er likeverdige med hva norske arbeidstakere har. Samtidig legger nemnda vekt på å ikke allmenngjøre i større utstrekning enn det som er nødvendig for å oppfylle formålet med loven og holde seg innenfor rammene av EØS-retten.

Tariffnemndas utgangspunkt for sin vurdering er etter lagmannsrettens oppfatning i samsvar med loven, og retten kan ikke se at nemnda har bygget på hensyn som er utenforliggende etter loven. Det vises til formålsbestemmelsen i allmenngjøringsloven § 1-1 (nå § 1).

Lagmannsretten kan heller ikke se at det ut fra allmenngjøringsloven isolert sett, sammenholdt med forvaltningsloven § 37, var behov for opplysning av saken ut over det som er redegjort for i nemndas vedtak.

Tariffnemndas vedtak i saken er formelt sett en forskrift. Noen alminnelig plikt til å begrunne forskrifter er det ikke etter norsk forvaltningsrett. Av allmenngjøringsloven § 6 annet ledd, slik bestemmelsen lyder etter lovendring av 19. juni 2009, følger det en særskilt plikt til å begrunne når nemnda finner det nødvendig å fastsette lønns- og arbeidsvilkår på områder som også er regulert i annen lovgivning. Nemnda har etter lagmannsrettens oppfatning i vedtaket punkt 7.1. gitt en tilstrekkelig begrunnelse for å fravike arbeidsmiljølovens regulering av arbeidstid og overtidsgodtgjøring.

De ankende parters forvaltningsrettslige anførsler er i det vesentlige knyttet til de krav som det anføres må stilles i lys av de føringer EØS-retten gir. Det er således vist til vurderinger som må foretas i henhold til EFTA-domstolens dom.

Når det gjelder utenbystillegget (forskriftens § 3 andre ledd), er det således vist til at det må inngå i vurderingen om kravene til tvingende allmenne hensyn er oppfylt, jf. dommens avsnitt 80, om tillegget gir de berørte arbeidstakerne en egentlig fordel, jf. avsnitt 84–85, og om inngrepet er forholdsmessig/nødvendig, jf. avsnitt 86–87.

Med hensyn til arbeidstid og overtidsgodtgjørelse (§§ 5 og 6), er det vist til at det må vurderes om en særskilt regulering i skips- og verftsindustrien vil være i samsvar med generelle EØS-rettslige prinsipper og om det er særlig vernebehov for arbeidstakere i skips- og verftsindustrien, slik at det av vernehensyn er nødvendig å endre beskyttelsesnivået i samsvar med Verkstedsoverenskomsten, jf. avsnitt 54–55.

Når det gjelder reise, kost og losji (§ 7), er det vist til at det må klargjøres hvilke ordenshensyn som kan være aktuelle, vurdert ut fra en streng fortolkning, og dette må ledsages av dokumentasjon/analyse av formålstjenlighet og forholdsmessighet, jf. avsnitt 99.

Lagmannsretten konstaterer at det ikke fremgår av Tariffnemndas vedtak at nemnda har vurdert alle de momenter som fremkommer av EFTA-domstolens dom. Dommen forelå da heller ikke på den tid Tariffnemnda traff sine vedtak. Lagmannsretten finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om det må regnes som en saksbehandlingsfeil etter norsk forvaltningsrett at det ikke fremgår at nemnda har foretatt en fullstendig vurdering av nevnte momenter. Det er nemlig, slik lagmannsretten ser det, ikke grunn til å regne med at nemnda hadde kommet frem til et annet resultat selv om en slik vurdering var blitt foretatt og synliggjort gjennom begrunnelsen.

Det fremgår av nemndas vedtak at nemnda var opptatt av å holde seg innenfor rammene av EØS-retten. Lagmannsretten har, som det fremkommer av drøftelsene ovenfor, kommet til at allmenngjøringen av de omtvistede bestemmelser faktisk holdt seg innenfor disse rammene.

Sett hen til utgangspunktet for nemndas behandling – ønsket om å fremme lovens formål om likeverdighet – og nemndas (flertallets) konklusjon om at det var utenlandske arbeidstakere som samlet sett ikke hadde likeverdige vilkår som norske arbeidstakere samt flertallets vurdering av at allmenngjøringen var i tråd med EØS-retten, synes det etter lagmannsrettens vurdering klart at flertallet ikke hadde kommet til en annen konklusjon om alle relevante momenter og hensyn i henhold til EFTA-domstolens dom var blitt uttrykkelig vurdert.

Lagmannsretten er følgelig av den oppfatning at eventuelle saksbehandlingsfeil ikke har virket bestemmende på vedtakets innhold. Det er således ikke grunnlag for å kjenne de omstridte bestemmelser ugyldig på grunnlag av brudd på norsk forvaltningsrett, jf. forvaltningsloven § 41.

Anken blir etter dette å forkaste.

Sakskostnader

Staten v/Tariffnemnda har vunnet saken og har i utgangspunktet krav på full erstatning for sine sakskostnader fra de ankende parter, jf. tvisteloven § 20-2 første jf. annet ledd. Lagmannsretten finner imidlertid at tungtveiende grunner gjør det rimelig å frita de ankende parter helt for erstatningsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Lagmannsretten viser til at saken har reist vanskelige juridiske spørsmål som ikke har vært avklart tidligere. EFTA-domstolens dom forelå først under saksforberedelsen for lagmannsretten. Selv om dommen var avklarende, var viktige konkrete vurderinger overlatt til nasjonal domstol. Lagmannsretten viser videre til at Tariffnemndas vedtak var fattet forut for EFTA-domstolens avgjørelse. Det fremgår ikke av Tariffnemndas vedtak at nemnda har vurdert alle de momenter som fremkommer av EFTA-domstolens dom, og betydningen av dette var uklar. Det var således god grunn til å få saken prøvet.

Saksomkostninger for lagmannsretten tilkjennes etter dette ikke.

Lagmannsretten er videre av den oppfatning at tilsvarende tungtveiende grunner tilsier at sakskostnader heller ikke tilkjennes for tingretten.

Dommen er enstemmig.

D o m s s l u t n i n g:

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for tingretten og lagmannsretten tilkjennes ikke.

Einar Kaspersen Nils Ihlen Ramm Helge Monstad

Bekreftes for
førstelagmannen: