

# REGJERINGSADVOKATEN

---

## OM ALLMENNGJØRINGSDOMMEN OG ANNET

FAFO 18. MARS 2013

ADVOKAT PÅL WENNERÅS

---

### 1. KORT OM DOMMEN

#### 1.1 Innledning

- Saksforløpet
- Forskriften(e) gyldig i sin helhet
- Klart, sakskostnader for alle instanser

#### 1.2 Betydningen av EFTA-domstolens uttalelse

- Høyesterett har myndighet og plikt til å foreta selvstendig vurdering, 93-94
- Men kreves ”særlige grunner” for å fravike EFTA-domstolens uttalelse, 94
- HR indikerer skepsis mht flere spm, men uten at det er nødvendig å konkludere

#### 1.3 Forholdet mellom direktivet og art 36 EØS

- Hvis vilkårene i utsendingsdirektivet art 3 er oppfylt, er det likevel nødvendig å foreta en vurdering etter EØS-avtalen art 36?

\* Mye taler for at det ikke er nødvendig - HR, 100 og 103 (og 125)

*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.*

*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 i det jeg under enhver omstendighet finner det klart at utenbystillegget er forenlig med denne bestemmelsen.*

- Hva er situasjonen da?
  - \* Tryggest å vurdere tariffbestemmelser både mot direktivets art 3 og art 36 EØS
- Men ikke så interessant spørsmål lenger:
  - \* De fleste viktige tariffbestemmelser er nå funnet forenlige med EØS-retten
  - \* Rettslogisk umulig at en tariffbestemmelse er ok mht direktivet art 3, men uforenlig med art 36 EØS (da er direktivet delvis ugyldig)
  - \* Og hva er sannsynlig utfall dersom HR velger å ta ”endelig stilling” til spørsmålet?

#### **1.4 Kort om anvendelsen av art 36 EØS**

- Kan ikke en rettighet begrunnes i beskyttelse av arbeidstakere, dersom kostnadene kan svekke jobbmulighetene?
  - \* Jo - HR, 113 og 115

*For øvrig er den aktuelle betraktningmåten tilbakevist i sak C-60/03 Wolff & Müller...*

*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 av tjenesten.*

- Er det forenlig med art 36 EØS at tariffbestemmelsene gir bedre minsterettigheter enn arbeidsmiljøloven (arbeidstid og overtidstillegg)?
  - \* Ja - HR 118 flg og 132 flg

#### **1.5 Dekning av reise, kost og losji (rkl)**

- Kan RKL anses som del av lønnsbegrepet?
  - \* Mye taler for det - HR, 155 (og 171)

*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 punkt*

- Kan RKL begrunnes mht ”offentlig orden” (“public policy”)?

\* Ja - HR 170 og 171

*På bakgrunn av [sakens dokumenter]... finner jeg det tilstrekkelig dokumentert at allmenngjøring av Verkstedsoverenskomstens regler om dekning av reise, kost og losji er av betydningen for stabiliteten i den norske arbeidslivs- og frontfagsmodellen. Det følger av mitt generelle utgangspunkt at vi da har med å gjøre med bestemmelser om ”offentlig orden” etter artikkel 3 nr 10.*

*Vi ligger under enhver omstendig altså svært tett opp til lønnsbegrepet og svært tett opp til de hensyn direktivet skal fremme.*

## **1.6 Saksbehandlingsfeil**

- Har det rettslig betydning at Tariffnemnda ikke drøftet alle vurderingstema som EFTA-domstolen anviste etter EØS-avtalen art 36?

\* Nei - HR, 180

*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.*

## **2. KONSEKVENSER**

### **2.1 ”Anke videre” – hvor?**

- Ikke mulig å fortsette for norske domstoler, dermed heller ikke foreleggelse for EFTAD
- Kan klage til ESA, som kan anlegge direkte søksmål mot staten

\* Helt usannsynlig at ESA vil gjøre dette, stort sett sammenfallende syn på jussen

## 2.2 Allmenngjøring

Alle de viktigste bestemmelsene i VO (og andre tariffavtaler) er funnet forenlige med EØS-retten

- Allmenngjøringsordningen er sikret
  - \* ”Norske” regler som byr på utfordringer
  - \* Behov og dokumentasjonskrav ved innføring og til dels ved videreføring (tredje periode)
  - \* ”sannsynlig at problemer på nytt vil kunne oppstå”? jf Innst. O. nr. 131 (2008-2009)

Men hva skjer ved regjeringsskifte?

- Kan ikke instruere Tariffnemnda
- Hva tenker NHO og NI?

## 2.3 Håndhevelse

- Omgåelse av RKL (og utenbystillegg)?

- \* Mye tyder på det - HR 174:

*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 spørsmål ved den rettslige holdbarheten av et slikt arrangement.*

- Forholdet til vikarbyrådirektivet
  - \* Likebehandling
  - \* Gjelder ikke underentrepriser, som reguleres av aktuelle allmenngjøringsforskrifter
  - \* Vil vi se nye ”tilpassninger”?
- Viktig at Arbeidstilsynet følger opp jf allgj § 11(2)
  - \* (Rt 2011 s 454 – røykeloven, skjedde noe?)
  - \* Inkluderer oppdragsgiverne jf § 11(2)
  - \* Kan gi pålegg og tvangsmulkt jf aml §§ 18-6 og 18-7

## 2.4 Forholdet til EFTA-domstolen

- Rettslig intet nytt, jf Rt 2000 s 1811 (plenum):

*”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 dette gjøres.”*

- Og dette følger av Grunnloven § 93

*...kan Stortinget med tre Fjerdedeles Flertal samtykke i, at en international Sammenslutning som er Norge er tilsluttet eller slutter seg til, paa et saglig begrenset Omraade, skal kunne udøve Beføielser der efter denne Grundlov ellers tilligge Statens Myndigheter...”*

- St.prp.nr. 100 (1991.1992) s 339-340

- \* Siden norske domstoler ikke har plikt til å innhente uttalelser fra EFTAD, og de heller ikke er bindende, ikke nødvendig med vedtak etter Grl § 93

- (Kanskje) første saken hvor HR på flere punkter indikerer et annet syn på jussen enn EFTAD

- \* Men forutsetningsvis vice versa: HR har i samtlige andre saker vært enig med EFTAD
- \* Klart at EFTADs uttalelser tillegges betydelig vekt

- Forøvrig: Hva er hovedformålet med EØS-avtalen?

- \* Å sikre samme regler som EU-traktaten, herunder samme tolkning som EU-domstolen, jf EØS-loven art 1 og 6
- \* Derfor ikke noe oppsiktsvekkende, men påkrevet, at EU-domstolens avgjørelser vektlegges selv om det medfører motstrid

## 3. HVEM ”EIER” EØS-RETTE

- Deler av venstresiden (og tilhørende media): Imot eller nødvendig onde

- \* Ta arbeidsretten ut av EØS-avtalen, reservere seg mot vikarbyrådirektiv, skeptisk til utsendingsdirektivet
- Høyresiden (og tilhørende media): For
  - \* Motsatt speilbilde
- Hva er virkeligheten?
  - \* Lang rettspraksis som gir statene stor grad av skjønnsfrihet
  - \* Store stygge Laval-ulven? Begrenset i liten grad handlingsrommet, i hovedsak spørsmål om hvordan tariffavtaler allmenngjøres
  - \* Utsendingsdirektivet: Skal b.la. sikre beskyttelse av arbeidstakere og lojal konkurranse – rett og plikt
  - \* Vikarbyrådirektivet: Sikrer likebehandling
  - \* EU-lovgivningen kan faktisk gi beskyttelse, dersom nasjonal lovgivning svinger for langt i motsatt retning
  - \* ESA: Lukket saker om 1) Allmenngjøringsloven og allmenngjøringsforskrifter, 2) forskrift om arbeids- og lønnsvilkår ved offentlig anskaffelse, 3) håndhevelsesregler – herunder krav om ID-kort
- Kan virkeligheten få slippe til i den offentlige debatten?