



RETTSMØTERAPPORT

i sak E-2/11

ANMODNING til EFTA-domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Borgarting lagmannsrett i en sak mellom

STX Norway Offshore AS m.fl.

og

Staten v/Tariffnemnda,

om arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt i en tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet innenfor skips- og verftsindustrien er forenlige med EØS-retten, og om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 36 og artikkel 3 i rettsakten omhandlet i nr. 30 i vedlegg XVIII til EØS-avtalen, dvs. europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, som tilpasset EØS-avtalen ved avtalens protokoll 1.

I Faktum og saksgang

1. Saken gjelder en anmodning om rådgivende uttalelse om tolkningen av direktiv 96/71/EF¹ (“direktiv 96/71”, eller “direktivet”) om utsending av arbeidstakere inngitt av Borgarting lagmannsrett. I hovedsak anmoder lagmannsretten om veiledning med hensyn til om arbeids- og ansettelsesvilkårene i en allmenngjort tariffavtale, er forenlig med EØS-retten.

2. Saken har sitt utspring i et søksmål mot staten v/Tariffnemnda inngitt av STX Norway Offshore og åtte andre selskaper i skips- og verftsindustrien, hvor det er nedlagt påstand om at Tariffnemndas vedtak om allmenngjøring av ulike bestemmelser i en tariffavtale er ugyldig, samt krevd erstatning i denne forbindelse.

¹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, EFT 1997 L 18, s. 1.

3. Ifølge anmodningen fattet Tariffnemnda den 6. oktober 2008 vedtak om fastsettelse av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedoverenskomsten ("VO") i skips- og verftsindustrien ("Tariffnemndas forskrift"). Tariffnemndas forskrift, som trådte i kraft 1. desember 2008, ble utstedt på grunnlag av Verkstedoverenskomsten 2008-2010 mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri på den ene side og Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet på den annen. VO kan utvides slik at den allmenngjøres i verkstedsindustrien og tilknyttede industrier dersom en av partene i overenskomsten anmoder om det. Den foreliggende sak ble brakt inn for Tariffnemnda etter en begjæring inngitt av Landsorganisasjonen i Norge.

4. Tariffnemnda vedtok at bestemmelsene på følgende områder i VO skulle allmenngjøres:

- grunnlønn per time (§ 3.1)
- ordinær arbeidstid, som ikke skal overstige gjennomsnittlig 37,5 timer pr uke (§ 2.1.2)
- overtidstillegg (§ 6.1)
- skifttillegg (§ 6.3)
- 20 % tillegg for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig (§ 7.3)
- godtgjørelse for kostnader ved arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, dvs. reise, kost, losji og hjemreiser (§ 7.3).

5. STX Norway Offshore og åtte andre selskaper aktive innenfor skips- og verftsindustrien reiste ved stevning 24. mars 2009 søksmål mot staten v/Tariffnemnda med krav om at Tariffnemndas vedtak kjennes ugyldig, samt krav om erstatning. Ved Oslo tingretts dom 29. januar 2010 ble Tariffnemndas vedtak ansett forenlig med direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere og EØS-avtalen artikkel 36. Dommen ble 2. mars 2010 anket til Borgarting lagmannsrett, som 9. februar 2011 besluttet å anmode om en rådgivende uttalelse.

II Spørsmål

6. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

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 domstol foreta en selvstendig bedømmelse av om disse arbeids- og ansettelsesvilkår 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 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?

III Rettslig bakgrunn

EØS-rett

7. 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.

8. Artikkel 56 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (“TFEU”) (tidl. artikkel 49 EF) lyder:

Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Union shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended.

The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may extend the provisions of the Chapter to nationals of a third country who provide services and who are established within the Union.

9. Artikkel 3 i direktiv 96/71 ble innlemmet i EØS-avtalen gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 37/98 av 30. april 1998 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVIII. Artikkelen lyder:

Arbeids- og ansettelsesvilkår

1. Medlemsstatene skal påse at foretakene 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;

b) minste antall feriedager med lønn per år;

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

- d) vilkår for utleie av arbeidstakere, særlig gjennom vikarbyråer;*
- e) helse, sikkerhet og hygiene på arbeidsplassen;*
- f) vernetiltak med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår for gravide kvinner eller kvinner som nylig har født, for barn og for ungdom;*
- g) likebehandling av kvinner og menn og andre bestemmelser om likebehandling.*

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.

...

3. Medlemsstatene kan etter konsultasjon med partene i arbeidslivet i samsvar med tradisjon og praksis i hver medlemsstat vedta ikke å anvende nr. 1 annet strekpunkt bokstav c) i de tilfeller som er nevnt i artikkel 1 nr. 3 bokstav a) og b), når utsendingens varighet ikke overstiger én måned.

4. Medlemsstatene kan i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis fastsette at det kan gjøres unntak fra nr. 1 annet strekpunkt bokstav c) i tilfellene nevnt i artikkel 1 nr. 3 bokstav a) og b) og fra vedtak gjort av en medlemsstat i henhold til nr. 3 i denne artikkel ved tariffavtaler i henhold til nr. 8 i denne artikkel for én eller flere virksomhetssektorer dersom utsendingens varighet ikke overstiger én måned.

5. Medlemsstatene kan fastsette at det kan gjøres unntak fra nr. 1 annet strekpunkt bokstav b) og c) i tilfellene nevnt i artikkel 1 nr. 3 bokstav a) og b) når omfanget av det arbeid som skal utføres, er ubetydelig.

Medlemsstater som benytter seg av muligheten nevnt i første ledd, skal fastsette kriterier som må oppfylles for at omfanget av arbeidet som skal utføres, skal kunne betraktes som «ubetydelig»

...

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.

Dersom det ikke finnes ordninger for å erklære at tariffavtaler eller voldgiftskjennelser skal ha allmenn gyldighet i henhold til første ledd, kan medlemsstatene, dersom de ønsker det, basere seg på

- tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som generelt anvendes på alle tilsvarende foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring, og/eller

- tariffavtaler som er inngått av de mest representative arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene på nasjonalt plan, og som anvendes på hele det nasjonale territorium,

forutsatt at det ved anvendelsen av dem på foretakene nevnt i artikkel 1 nr. 1 på områdene oppført i nr. 1 første ledd i denne artikkel sikres likebehandling av disse foretakene og de øvrige foretakene nevnt i dette ledd som er i en tilsvarende situasjon.

Likebehandling i henhold til denne artikkel skal anses å foreligge dersom nasjonale foretak i en tilsvarende situasjon

- på det aktuelle arbeidssted eller i den aktuelle sektor er underlagt samme forpliktelser som utsendingsforetakene på områdene nevnt i nr. 1 første ledd og

- er pålagt å oppfylle slike forpliktelser med samme virkninger.

9. Medlemsstatene kan fastsette at foretakene nevnt i artikkel 1 nr. 1 må sikre arbeidstakerne nevnt i artikkel 1 nr. 3 bokstav c) de arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for vikarer i den medlemsstat der arbeidet utføres.

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 dem 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.

10. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden² (“arbeidstidsdirektivet”, “direktiv 2003/88”) ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 45/2004 av 23. april 2004 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVIII (Helse og sikkerhet på arbeidsplassen, arbeidsrett og lik behandling av kvinner og menn). Artikkel 6 og 15 i dette direktiv lyder:

Artikkel 6

Øvre grense for arbeidstid per veke

Medlemsstatane skal, i medhald av krava om vern av tryggleiken og helsa til arbeidstakarane, gjere dei tiltaka som er naudsynte for å

a) avgrense arbeidstida per veke ved hjelp av lover eller forskrifter, eller ved hjelp av tariffavtaler eller avtaler som er gjorde mellom partane i arbeidslivet,

b) at den gjennomsnittlege arbeidstida for kvar sjudagarsperiode ikkje overstig 48 timar, medrekna overtid.

Artikkel 15

Gunstigare føresegner

Dette direktivet skal ikkje røre ved den retten som medlemsstatane har til å nytte eller innføre lover eller forskrifter som er gunstigare for vern av tryggleiken og helsa til arbeidstakarane, eller til å fremje eller tillate bruken av tariffavtaler eller avtaler som er gjorde mellom partane i arbeidslivet som er gunstigare for vern av tryggleiken og helsa til arbeidstakarane.

Nasjonal rett

11. Som påpekt av den anmodende domstol, er direktiv 96/71 samlet innarbeidet i norsk lovgivning ved arbeidsmiljøloven (lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern), allmenngjøringsloven (lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv.) og utsendingsforskriften (forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere).

12. Tariffnemnda er et uavhengig forvaltningsorgan som kan “*treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje, med de begrensninger som følger i og i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7*” (allmenngjøringsloven § 5 første ledd).

² EUT 2003 L 299, s. 9.

13. Som følge av Tariffnemndas forskrift ble allmenngjøringsloven endret, fastsatt, og endringene trådte i kraft 1. januar 2010. Formålsbestemmelsen ble da presisert og lyder i dag (§ 1): *“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.”*

14. Utsendingsforskriften § 2 lyder:

“Uansett hvilket lands rett som for øvrig regulerer arbeidsforholdet, kommer følgende bestemmelser om arbeids- og ansettelsesvilkår til anvendelse for utsendt arbeidstaker:

a) lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) kapittel 4

...

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

Bestemmelsene i første og annet ledd kommer bare til anvendelse dersom utsendt arbeidstaker ikke er omfattet av gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår ved avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet.

15. Tariffnemndas forskrift har følgende ordlyd:

Forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten for skips- og verftsindustrien

Fastsatt av Tariffnemnda 6. oktober 2008 med hjemmel i lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

Kap. I Innledende bestemmelser

§ 1. Grunnlaget for allmenngjøring
Forskriften er fastsatt på grunnlag av Verkstedsoverenskomsten (VO) 2008-2010 mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Norsk Industri på den ene siden og Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet på den annen side.

§ 2. Virkeområde og gjennomføringsansvar
Forskriften gjelder faglærte og ufaglærte arbeidstakere som utfører produksjons-, montasje- og installasjonsarbeid i skips- og verftsindustrien ...

Kap. II Lønns- og arbeidsvilkår

§ 3. Lønnsbestemmelser

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 ...

§ 5. Arbeidstid

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

§ 6. Godtgjøring for overtid

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 op 100% av timesatsen.

§ 7. Utgifter til reise, kost og losji

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. ...

Kap. III Fravikelighet m.m.

§ 10. Fravikelighet

Forskriften kommer ikke til anvendelse dersom arbeidstaker samlet sett er omfattet av gunstigere lønns- og arbeidsvilkår etter avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet ...

Kap. V Ikrafttreden m.m.

§ 12. Ikrafttreden og opphør

Forskriften opphører å gjelde 1 måned etter at Verkstedsoverenskomsten mellom LO og NHO 2008-2010 blir avløst av en ny tariffavtale eller hvis Tariffnemnda treffer nytt vedtak om allmenngjøring av tariffavtalen.

16. Forskriften er videreført ved forskrift 20. desember 2010 nr. 1764.

IV Skriftlige innlegg

17. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- de ankende parter, representert ved advokat Kurt Weltzien, NHO, advokatene Ingvald Falch og Peter Dyrberg, Advokatfirmaet Schjødt AS, Oslo, og advokat Tarjei Thorkildsen, BA-HR advokatfirma, Oslo,
- ankemotparten, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten,
- Belgias regjering, representert ved Liesbet Van den Broeck og Marie Jacobs, Directorate General Legal Affairs of the Federal Public Service for Foreign Affairs, Foreign Trade and Development Cooperation,
- Polens regjering, representert ved Maciej Szpunar, Undersecretary of State, Ministry of Foreign Affairs,
- Islands regjering, representert ved dr. Matthías Pálsson, Legal Counsel, og Hanna Sigríður Gunnsteinsdóttir, Head of Department of Standards of Living and Labour Market, Ministry of Welfare,
- Norges regjering, representert ved advokat Pål Wennerås, Regjeringsadvokaten,
- Sveriges regjering, representert ved Anna Falk, Director, og Charlotta Meyer-Scitz, Deputy Director, Ministry for Foreign Affairs,
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Xavier Lewis, Director, og Fiona Cloarec, Officer, Department of Legal & Executive Affairs,
- Europakommisjonen, representert ved Johan Enegren, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste.

V Sammendrag av fremsatte påstander og argumenter

18. I sine skriftlige innlegg viser Norges regjering til innleggene inngitt av ankemotparten, representert ved Tariffnemnda, og gjør gjeldende at spørsmålene anmodningen gjelder, bør besvares i samsvar med ankemotpartens innlegg og konklusjoner. Islands regjering gir sin fulle støtte til ankemotpartens argumenter og innlegg slik de er presentert i anmodningen om rådgivende uttalelse. I sine anførsler behandler Islands regjering imidlertid ikke de konkrete spørsmål saken gjelder, og foreslår heller ikke svar på dem.

VI Det første spørsmål

19. I sitt første spørsmål spør den nasjonale domstol om direktiv 96/71 tillater at en EØS-stat sikrer arbeidstakere som er utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat visse arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved landsomfattende tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3(8) i direktiv 96/71. Nærmere bestemt stiller den nasjonale domstol spesifikt spørsmål om arbeids- og ansettelsesvilkårene med hensyn til a) lengste ordinære arbeidstid, b) tilleggsvederlag til grunnlønn per 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.

De ankende parter

Lengste ordinære arbeidstid

20. De ankende parter fremholder at i samsvar med direktiv 2003/88 har norsk lov fastsatt lengste ordinære arbeidstid per dag og per uke, i tillegg til korteste hviletid. Imidlertid anfører de ankende parter at innenfor denne ramme skiller norsk lov mellom *ordinær arbeidstid* og *overtid*.

21. De ankende parter bemerker videre at Tariffnemnda i den forskrift saken gjelder, erklærte VOs ordinære arbeidstid på 37,5 timer per uke å ha allmenn gyldighet, og ikke lovens 40 timer per uke. Følgelig gjør de ankende parter gjeldende at spørsmål 1a) bør tolkes slik at man søker å fastslå om direktivets artikkel 3(1) tillater medlemsstatene å allmenngjøre lengste *ordinære* arbeidstid.

22. Ifølge de ankende parter søker ikke direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav a) å pålegge utenlandske tjenesteytere vertsstatens definisjon av ordinær arbeidstid og overtid. En vertsstat kan derimot fastsette lengste arbeidstid, uten hensyn til om timene innenfor denne betraktes som ordinær arbeidstid eller overtid, ettersom slike regler er ment å verne arbeidstakernes helse, ikke deres lønn.³ Derfor er de ankende parter av den oppfatning at Norge er forhindret fra å pålegge utenlandske tjenesteytere sine forskrifter med hensyn til hva som utgjør ordinær arbeidstid og overtid.

³ Det vises til Boemke, B., *Handbuch zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, Saxonia Verlag, Dresden, 2008, s. 70, som viser til en avgjørelse i Tysklands føderale arbeidsdomstol 19. mai 2004.

23. De ankende parter gjør gjeldende at artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet heller ikke tillater vertsstaten å definere hva som utgjør overtid, da denne bestemmelse gjelder overtidsbetaling. Subsidiært anfører de ankende parter at arbeidsmiljøloven inneholder bestemmelser om ordinær arbeidstid og fastsetter denne til 40 timer per uke. Dette utgjør det relevante minimumsvern direktivet gir, lest i lys av EØS-avtalen artikkel 36. Følgelig har norske myndigheter ikke anledning til å allmenngjøre alternative vilkår fastsatt i tariffavtaler uten å vise til hva som er nødvendig for å verne de berørte arbeidstakeres helse.

Tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig (spørsmål 1b)) og kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig (spørsmål 1c))

24. Når det gjelder lønsspørsmålet, bemerker de ankende parter innledningsvis at i henhold til artikkel 3 nr. 1 annet ledd i direktivet kan vertsstaten fritt fastsette minstelønn, med forbehold for begrensningene fastsatt i EØS-avtalen artikkel 36. De anser imidlertid at begrepet “lønn” (“*rates of pay*”) nevnt i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) gjelder betaling i betydningen godtgjørelse for tjenesten som ytes og som er omfattet av arbeidsforholdet, og ikke refusjon av utgifter. Dessuten indikerer bruken av begrepet “minstelønn” (“*minimum*” (*rates of pay*)) et definert nivå og ikke ulike elementer i en “lønnspakke”.

25. Ifølge de ankende parter underbygges dette syn av konteksten som denne bestemmelse står i. Artikkel 3 nr. 10 omhandler vertsstatens mulighet til å pålegge utenlandske tjenesteytere andre arbeids- og ansettelsesvilkår enn de som er fastsatt i artikkel 3 nr. 1, og fastsetter strenge vilkår, særlig at tiltaket må fremme offentlig orden. Offentlig orden må her tolkes snevert.⁴ Følgelig ville det være ulogisk om statene kunne omgå det strenge vilkår i artikkel 3 nr. 10 ved en vid tolkning av lønn i artikkel 3 nr. 1.

26. De ankende parter bemerker at artikkel 3 nr. 7 første ledd i direktivet understreker at arbeidsavtalen til utsendte arbeidstakere kan inneholde gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår enn vertsstatens minstekrav fastsatt i artikkel 3 nr. 1.⁵ Etter deres oppfatning forutsetter artikkel 3 nr. 7 en sammenligning mellom den minstelønn vertsstaten kan kreve med hjemmel i artikkel 3 nr. 1, og den lønn en utsendt arbeidstaker

⁴ Det vises til sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxembourg*, Sml. 2008 s. I-4323 (avsnitt 50), og Europakommisjonens og Rådets felles erklæring om vedtakelsen av direktivet, erklæring nr. 10, som omtalt i kommisjonsmelding COM(2003) 458 final.

⁵ Det vises til sak C-341/05 *Laval un partneri*, Sml. 2007 s. I-11767 (avsnitt 80).

mottar i henhold til sin arbeidsavtale eller den lovgivning den er underlagt. Imidlertid er en slik sammenligning ikke mulig dersom det ikke finnes noen felles forståelse av hva som utgjør "lønn".

27. De ankende parter bemerker at ifølge rettspraksis omfatter begrepet minstelønn i artikkel 3 nr. 7 i direktivet ikke tilleggsgodtgjørelse for tjenester i arbeidsavtalen som kommer i tillegg til selve arbeidsoppdraget.⁶ Dersom det er tale om tilleggsgodtgjørelser bare i navnet, som for eksempel en 13. månedslønn, vil disse bli omfattet av definisjonen av lønn. På den annen side vil for eksempel et tillegg for å arbeide i dårlig vær bare kunne opparbeides ved å yte den tilleggstjeneste det vil være å arbeide under slike forhold. Dermed vil lønn etter artikkel 3 nr. 7 være lønn uten tilleggsgodtgjørelse i egentlig forstand. Dersom begrepet lønn i artikkel 3 nr. 1 bokstav c) skulle omfatte tilleggsgodtgjørelse i egentlig forstand, ville en utenlandsk tjenesteyter risikere å måtte betale høyere lønn enn sine konkurrenter i vertsstaten. Dette kan for eksempel forekomme dersom den utenlandske tjenesteyter er forhindret fra å kreve visse tjenester av arbeidstakeren som følge av arbeidsavtalen eller den lovgivning den er underlagt, til tross for at vertsstaten har inntatt en godtgjørelse for slike tjenester i sin definisjon av minstelønn.

28. De ankende parter bemerker videre at annet ledd i artikkel 3 nr. 7 i direktivet fastsetter at 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. Etter deres oppfatning innebærer det at denne bestemmelse er inntatt i artikkel 3 nr. 7, at godtgjørelser for utsending ("*posting allowances*") utgjør en del av lønnen i henhold til arbeidsavtalen eller den lovgivning den er underlagt, som minstelønnen i vertsstaten må sammenlignes med. Den uttrykkelige henvisning til ytelser for utsending i artikkel 3 nr. 7 kan forklares med at behandlingen av slike avviker fra den generelle regel om at godtgjørelser i egentlig forstand ikke skal betraktes som lønn.

29. I denne sammenheng anfører de ankende parter at dersom en vertsstat kunne fastsette de godtgjørelser som skal gjelde spesielt for en utsending til dens eget territorium, ville dette innebære en risiko for at ytelsen kunne bli satt på et nivå som objektivt sett ikke ville kunne rettferdiggjøres, og ha som mål å utelukke utenlandske tjenesteytere fra å benytte sin adgang til å yte tjenester.

30. De ankende parter gjør gjeldende at de to ytelsene saken gjelder (tilleggsvederlag for overnatting utenfor hjemmet og kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji) er

⁶ Det vises til sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2005 s. I-2733 (avsnitt 39–40).

forbundet med den ulempe, eller de kostnader, det medfører å arbeide på et annet sted enn der arbeidstakeren ble ansatt. Plikten til å betale ytelsene vil, når de blir allmenngjort, nesten med sikkerhet alltid gjelde for utenlandske tjenesteytere, men ikke nødvendigvis for deres innenlandske konkurrenter. Følgelig vil en slik plikt innebære forskjellsbehandling. De ankende parter anfører at direktivet, lest i sammenheng med EØS-avtalen artikkel 36, ikke kan tolkes slik at vertsstatene tillates å pålegge tiltak som medfører at utenlandske tjenesteytere i realiteten utelukkes fra deres marked.

31. Videre anfører de ankende parter at ytelsene denne sak gjelder, ikke er ytelser for utsending i direktivets betydning, ettersom de ikke er relatert til bevegelser over landegrensene. Etter deres oppfatning er det derfor ikke tale om slike ytelser som det refereres til i artikkel 3 nr. 7.

32. De ankende parter mener at ytelsen nevnt i spørsmål 1b) klart er en ytelse i egentlig forstand ettersom den er knyttet til en tilleggstjeneste ytt av arbeidstakeren (og kompenserer for ulempen ved ikke å arbeide på det sted vedkommende ble inntatt). Følgelig omfattes ikke denne ytelse av begrepet lønn, og Norge kan ikke inkludere den i den minstelønn som utenlandske tjenesteytere må gi sine arbeidstakere.

33. Når det gjelder kompensasjonen for utgifter til reise, kost og losji, er de ankende parter av den oppfatning at disse ytelser gjelder refusjon av kostnader. Etter deres oppfatning kan kostnadsrefusjon etter sin natur ikke betraktes som lønn, og bestemmelser om dette kan ikke omfattes av artikkel 3 nr. 1 i direktivet.

34. De ankende parter anser den aktuelle tariffavtales dekningsgrad for å være irrelevant. Det er ingen indikasjoner i direktivet på at virkeområdet til artikkel 3 nr. 1 påvirkes av dekningsgraden for arbeidstakere som er eller har vært omfattet av en tariffavtale som er allmenngjort. De erkjenner at annet ledd i artikkel 3 nr. 8 fastsetter at dersom det ikke finnes et system for å erklære at tariffavtaler skal ha allmenn gyldighet, kan statene basere seg på tariffavtaler som "gjelder generelt". De er imidlertid av den oppfatning at et system som beskrevet i artikkel 3 nr. 8 første ledd finnes i Norge, og har blitt anvendt i den foreliggende sak. Denne oppfatning deles av ankemotparten og alle parter som har inngitt innlegg i saken.

35. De ankende parter foreslår følgende som svar på det første spørsmål:

Artikkel 3 nr. 1 i europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, som det vises til i nr. 30 i vedlegg XVIII til EØS-avtalen, sammenholdt med EØS-avtalen artikkel

36, må forstås slik at den er til hinder for at en EØS-stat kan kreve at et foretak fra en annen EØS-stat som har utsendt arbeidstakere til førstnevnte stat, overholder dens regler med hensyn til kostnadsrefusjon som kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, samt godtgjørelser som ikke inngår i minstelønnen i henhold til denne bestemmelse, ettersom slike godtgjørelser endrer forholdet mellom den tjeneste som ytes av arbeidstakeren, og den godtgjørelse han får som motytelse, inklusive tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig.

Artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF må tolkes slik at den er til hinder for at en EØS-stat kan kreve at et foretak fra en annen EØS-stat som har utsendt arbeidstakere til førstnevnte stat, overholder dens regler med hensyn til fordeling av ordinær arbeidstid og overtid innenfor lengste arbeidstid.

Ankemotparten

Lengste arbeidstid

36. Ankemotparten bemerker innledningsvis at §§ 5 og 6 i Tariffnemndas forskrift fastsetter vilkårene for betaling av overtidsarbeid. For arbeid utover 37,5 timer per uke skal det betales 50% og 100% tillegg til minste grunnlønn per time. Ankemotparten gjør gjeldende at §§ 5 og 6 omfattes av vertsstatens rett til selv å fastsette overtidsbetaling, som er uttrykkelig fastsatt i bokstav c) i artikkel 3 nr. 1 første ledd i direktivet.

37. Ankemotparten påminner om at når virkeområdet for en bestemmelse i EU- eller EØS-retten skal fastsettes, må både ordlyd, formål og kontekst tas i betraktning.⁷ Ifølge ankemotparten ligger det i begrepet “minstelønn, herunder overtidsbetaling” (artikkel 3 nr. 1 bokstav c)) at arbeidstakernes minstelønn kan variere avhengig av hvilke forhold det aktuelle arbeid utføres under. Tillegg for overtidsarbeid er dermed bare en av flere former for “minstelønn”. Ankemotparten hevder at begrepet “minstelønn”, i likhet med “overtidsbetaling”, består av to elementer: Definisjonen av de aktuelle arbeidsvilkår og fastsettelsen av det minstebeløp som skal betales som lønn for arbeid utført under de aktuelle vilkår. Det følger av dette at disse to elementer må sees samlet.

38. Ankemotparten hevder at denne forståelse blir klar når man holder første ledd bokstav c) sammen med den innledende ordlyd i artikkel 3 nr. 1 i direktivet, som viser til “på områdene nedenfor sikrer ... de arbeids- og ansettelsesvilkår ... c) minstelønn,

⁷ Det vises til sak C-280/04 *Jyske Finans*, Sml. 2005 s. I-10683 (avsnitt 34), og sak C-116/10 *Feltgen and Bacino Charter Company*, dom av 22. desember 2010, ennå ikke i Sml. (avsnitt 12).

herunder overtidsbetaling”. Henvisningen til “arbeids- og ansettelsesvilkår” gjør det ytterligere klart at medlemsstatene ikke bare kan fastsette forskjellige lønnskategorier, men også arbeidsvilkårene for hver kategori og følgelig også definisjonen av overtid.

39. Ankemotparten viser til de svenske og danske språkversjoner av bokstav c) i første ledd i artikkel 3 nr. 1, som viser henholdsvis til “*minimilön, inbegripet övertidsersättning*” og “*mindsteløn, herunder overtidsbetaling*”, som ankemotparten har oversatt som “*minstelønn, herunder overtidsbetaling*”.⁸ Ankemotparten bemerker videre at Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) periodisk har vist til “*minimum rates of pay*” og “*minimum wages*” både før direktiv 96/71 trådte i kraft⁹ og i forbindelse med bokstav c) i artikkel 3 nr. 1 første ledd.¹⁰

40. Følgelig gjør ankemotparten gjeldende at begrepet “*minimum rates of pay, including overtime rates*” er synonymt med “*minimum wage, including overtime pay*”. I denne sammenheng bemerker ankemotparten at annet ledd i artikkel 3 nr. 1 i direktivet fastsetter at “begrepet minstelønn (defineres) ... i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til”.

41. Ankemotparten understreker at formålet med direktivet er å samordne lovgivningen i medlemsstatene slik at vertsstaten fastsetter vilkårene på områder som faller inn under artikkel 3 nr. 1, mens artikkel 3 nr. 7 fastsetter at direktivet ikke er til hinder for at hjemstaten kan fastsette vilkår som er gunstigere for arbeidstakerne.¹¹ Ifølge ankemotparten ville en delt kompetanse til å fastsette minstelønn, herunder overtidsbetaling, være ulogisk dersom vilkårene tilknyttet minstelønnssatsene ble fastsatt uavhengig av hverandre og ville også anspore til et kappløp mot bunnen. Ankemotparten hevder i tillegg at en slik delt kompetanse ville føre til en situasjon der hver medlemsstat har like mange minstelønnssatser som det er medlemsstater.

42. Ifølge ankemotparten følger det av ordlyd, formål og kontekst i bokstav c) i første ledd i artikkel 3 nr. 1 i direktivet at vertsstatens kompetanse til å fastsette “minstelønn,

⁸ Det vises til sak C-187/07 *Enderdijk*, Sml. 2008 s. I-2115 (avsnitt 22), og til det faste prinsipp at tolkningen og anvendelsen av fellesskapsbestemmelser skal være ensartet på grunnlag av de versjoner som finnes på alle språk i Fellesskapet.

⁹ Det vises til forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.*, Sml. 1999 s. I-8453 (avsnitt 40–41) med ytterligere referanser.

¹⁰ Det vises til sak C-244/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2006 s. I-885 (avsnitt 61); *Laval*, som omtalt over (avsnitt 57 og 70); sak C-346/06 *Rüffert*, Sml. 2008 s. I-1989 (avsnitt 25) og *Kommisjonen mot Luxembourg*, som omtalt over (avsnitt 45).

¹¹ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 79–81).

herunder overtidsbetaling” både omfatter fastsettelsen av lønn som skal betales og definisjonen av arbeidsvilkårene som utgjør grunnlaget for den relevante minstelønn. Følgelig faller fastsettelsen av overtidsarbeid og betaling for slikt arbeid, som fastsatt i §§ 5 og 6 i Tariffnemndas forskrift, inn under virkeområdet til bokstav c) i første ledd i artikkel 3 nr. 1.

43. Subsidiært anfører ankemotparten at § 5 i Tariffnemndas forskrift, som fastsetter ordinær arbeidstid og dermed hva som anses som overtid, er utformet og har den virkning at den fastsetter lengste ordinære ukentlige arbeidstid. Ethvert unntak fra dette krever særlige omstendigheter. Ankemotparten anser at § 5 ikke bare faller inn under virkeområdet for bokstav c) men også for bokstav a) i første ledd i artikkel 3 nr. 1 i direktivet.

44. Ankemotparten anfører at § 5 i Tariffnemndas forskrift, lest i sammenheng med Arbeidsmiljøloven § 10-6 første ledd,¹² har som mål og virkning å beskytte arbeidstakernes helse og sikkerhet ved å fastsette lengste ordinære arbeidstid.

45. Ankemotparten bemerker at det finnes også andre bestemmelser i EU-retten om “lengste arbeidstid” og viser til artikkel 6 i direktiv 2003/88. Ankemotparten anfører at ved å lese artikkel 3 i direktiv 96/71 sammenholdt med artikkel 6 og 15 i direktiv 2003/88 kan medlemsstatene sikre at utsendte arbeidstakere gis vilkår vedrørende lengste arbeidstid som er gunstigere når det gjelder å verne arbeidstakerne enn det absolutte maksimum på 48 arbeidstimer, overtid inkludert. Ifølge ankemotparten utgjør derfor § 5 i Tariffnemndas forskrift et nødvendig element i reguleringen av “lengste arbeidstid” fastsatt ved lov og tariffavtaler, som er erklært å ha allmenn gyldighet i skips- og verftsindustrien, og som dermed faller inn under virkeområdet til bokstav a) i første ledd i artikkel 3 nr. 1. Ankemotparten gjør videre gjeldende at også ESA har denne oppfatning.¹³

46. På grunnlag av dette subsidiære resonnement anser ankemotparten direktivets artikkel 3 nr.1 første ledd bokstav a)for ikke å være til hinder for at en medlemsstat kan innrømme arbeidstakere utsendt til dens territorium slike arbeids- og ansettelsesvilkår

¹² Det vises til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (1977) § 49 nr. 1 fjerde ledd, s. 318.

¹³ Det vises til ESAs avgjørelse av 15. juli 2009 om å avslutte en sak mot Norge som ble innledet etter en klage mot staten vedrørende den frie bevegelighet for tjenester (320/09/COL), der det heter: “Whereas provisions on the working week fall within Article 3(1)(a) of Directive 96/71, Whereas the Authority must, therefore, conclude that decision by the Tariff Board with regard to the definition of the working week, whether they refer to the definition provided for in the Working Environment Act, or the definition in the relevant collective agreement, comply with Article 3(1)(a) of Directive 96/71.”

som i den medlemsstat der arbeidet utføres, er fastsatt i en tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til artikkel 3 nr. 8, herunder med hensyn til lengste ordinære arbeidstid.

Tilleggsvederlag, samt kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

47. Ankemotparten anfører at den anmodende domstol med spørsmål 1b) og c) spør om tillegg til minste grunnlønn per time for arbeidsoppdrag som krever overnatting utenfor hjemmet, utgjør “minstelønn” i henhold til direktivets artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c).

48. I dette henseende anfører ankemotparten for det første at bokstav c) i første ledd i artikkel 3 nr. 1 i direktivet erklærer at begrepet lønn består av flere elementer, som blant annet gjenspeiler de vilkår arbeidet utføres under. Dette følger av bruken av flertall (“*rates of pay*”) og ordet “herunder” (“*including*”). Ankemotparten understreker at begrepet “minstelønn” potensielt var så bredt at Fellesskapets lovgivere uttrykkelig utelukket “supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger”. Videre bemerker ankemotparten at annet ledd i artikkel 3 nr. 1 viser til “begrepet” minstelønn som definert i samsvar med nasjonal lovgivning og praksis. Dette indikerer, ifølge ankeparten, at som “begrep” er “lønn” (“*rates of pay*”) nødvendigvis et begrep som ikke er klart avgrenset, og som det dermed er opp til hver vertsstat å definere.

49. Ankemotparten understreker at selv om EU-domstolen har understreket at direktiv 96/71 ikke harmoniserer det materielle innhold i områdene nevnt i artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g), så er minstelønningen den eneste sak lovgiverne i Fellesskapet uttrykkelig har bestemt skal defineres i samsvar med vertsstatens lovgivning og/eller praksis. Ankemotparten anfører at ettersom det materielle innhold i artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) “*may accordingly be freely defined by the [host] Member States ...*”, gjelder dette desto mer for begrepet “minstelønn”.¹⁴

50. Ankemotparten viser til den rettspraksis som forelå forut for direktivet, som fastsatte at vertsstaten har anledning til å sikre utsendte arbeidstakere den minstelønn som er fastsatt i vertsstatens nasjonale regler¹⁵ og at det følgelig er opp til hver vertsstat å

¹⁴ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 60).

¹⁵ Det vises til forente saker 62/81 og 63/81 *Seco Desquenne & Giral* mot *Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, Sml. 1982 s. 223 (avsnitt 14); sak C-272/94 *Guiot*, Sml. 1996 s. I-1905 (avsnitt 12); *Arblade m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 33); sak C-165/98 *Mazzoleni* og *Inter Surveillance Assistance SARL m.fl.*,

fastsette det minimumsnivå av vern som er nødvendig av allmenne hensyn.¹⁶ Ankemotparten mener denne rettighet er lovfestet i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktivet.¹⁷

51. Ankemotparten hevder det fremgår av det ovenstående at det i dette henseende er to vilkår medlemsstatene må oppfylle. For det første må minstelønnen være fastsatt i samsvar med fremgangsmåtene fastsatt artikkel 3 nr. 1 og 8 i direktivet, og dernest må lønnen ha karakter av minstelønn. Som det fremgår av *Laval*¹⁸ og *Rüffert*¹⁹, vil disse vilkår ofte overlape hverandre.

52. I betraktning av at gjennomsnittslønnen for arbeidsoppdrag som krever overnatting utenfor hjemmet er høyere, er det etter ankemotpartens oppfatning klart at lønnen fastsatt i Tariffnemndas forskrift utgjør “minstelønn”. Spørsmålet er om tilleggene utgjør “lønn” i betydningen av artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktivet. Hva dette angår, bemerker ankemotparten at EU-domstolen konsekvent har ment at fellesskapsretten ikke er til hinder for at en medlemsstat krever at et utsendingsforetak skal betale sine arbeidstakere den “minstelønn” som er fastsatt i dens nasjonale regler²⁰, og at den rettspraksis, og den tilsvarende rettighet, er nedfelt i artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet.²¹ Etter ankemotpartens oppfatning hviler det materielle virkeområde for artikkel 3 nr. 1 bokstav c) på begrepene “remuneration” og “pay”, og i så måte innebærer annet ledd i artikkel 3 nr. 1 at disse begreper må tolkes vidt. . Selv om EU-domstolen ennå ikke har kommet med veiledning om disse begrep i forbindelse med utsending av arbeidstakere,²² er begge begrep definert i andre relasjoner av EU-domstolen og lovgiverne.

Sml. 2001 s. I-2189 (avsnitt 28–29); sak C-164/99 *Portugaia Construções Lda*, Sml. 2002 s. I-787 (avsnitt 21), og sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot Pereira Félix*, Sml. 2004 s. I-9553 (avsnitt 36 og 41–42).

¹⁶ Det vises tilsvarende til forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-52/98 til C-54/98 og C-68/98 til C-72/98 *Finalarte m.fl.*, Sml. 2001 s. I-7831 (avsnitt 58).

¹⁷ Det vises til sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 25), og sak C-244/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 61).

¹⁸ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 24–26, 30 og 70–71).

¹⁹ Det vises til *Rüffert*, som omtalt over (avsnitt 5–7 og 23–30).

²⁰ Det vises til *Seco*, som omtalt over (avsnitt 14); *Guiot*, som omtalt over (avsnitt 12); *Arblade m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 33); *Mazzoleni og ISA*, som omtalt over (avsnitt 28 og 29); *Portugaia Construções*, som omtalt over (avsnitt 21), og *Wolff & Müller*, som omtalt over (avsnitt 36 og 41–42).

²¹ Det vises til sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 25), og sak C-244/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 61).

²² Det vises til sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 39).

53. Ankemotparten viser til EU-domstolens rettspraksis om “*remuneration*” etter artikkel 57 TFEU (tidl. artikkel 50 EF), som tilsvarer artikkel 37 EØS.²³ Ankemotparten bemerker at EU-domstolens definisjon av “*remuneration*” i *Jundt*²⁴ er svært lik definisjonen av “*pay*” i artikkel 157 nr. 2 TFEU (tidl. artikkel 141 nr. 2 EF) og artikkel 69 nr. 2 EØS, som gjelder likelønn for mannlige og kvinnelige arbeidstakere. Ankemotparten anfører at ifølge EU-domstolens definisjon omfatter begrepene “*remuneration*” og “*pay*” ethvert økonomisk vederlag som en arbeidstaker mottar fra sin arbeidsgiver som en motytelse for en tjeneste som er ytt, inklusive refusjon av utgifter som er påløpt på grunn av tjenesten som er ytt.²⁵ Videre er de elementer som faller utenfor disse begreper hovedsakelig betalinger som oppfyller en sosial funksjon, typisk innbetalinger til eller utbetalinger fra sosiale fond, som dermed ikke utgjør vederlag for tjenester som er ytt.²⁶

54. Ankemotparten hevder at ordlyden og strukturen i bokstav c) i første ledd i artikkel 3 nr. 1 i direktivet og annet ledd i samme bestemmelse er i tråd med disse definisjoner. Ankemotparten anfører for det første at artikkel 3 nr.1 første ledd bokstav c) gjelder “lønn” og bare inneholder et forbehold med hensyn til “supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger”. Ankemotparten understreker, med henvisning til betraktning 12 i preambelen til direktivet, at intensjonen til lovgiverne i realiteten bare var å utelukke trygdeordninger fra begrepet “lønn”. Ifølge forarbeidene var begrepet “minstelønn” (“*minimum rates of pay*”) dessuten ment å omfatte “ytelser” (“*allowances*”) generelt, men ikke trygdeytelser.²⁷ Videre bemerker ankemotparten at Rådet og Kommisjonen til og med erklærte at artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav b) og c) “gjaldt avgifter til landsomfattende ordninger for sosiale ytelser regulert i tariffavtaler eller lovbestemmelser, og ytelser dekket av disse ordninger, forutsatt at de ikke er en del av trygdeordningen”.²⁸

55. Ankemotparten anfører at medlemsstatene derfor kan inkludere lønn (“*salaries*”) og eventuelle andre vederlag (“*consideration*”) som en arbeidstaker mottar som en motytelse for sine tjenester, i begrepet minstelønn (“*minimum rates of pay*”), bortsett fra

²³ Det vises til sak C-281/06 *Jundt*, Sml. 2007 s. I-12231 (avsnitt 29), med ytterligere referanser.

²⁴ Det vises til *Jundt*, som omtalt over (avsnitt 34), lest i sammenheng med avsnitt 2 og 11 i dommen.

²⁵ Det vises til sak C-191/03 *McKenna*, Sml. 2005 s. I-7631 (avsnitt 29).

²⁶ Det vises til forente saker C-159/91 og C-160/91 *Poucet og Pistre*, Sml. 1993 s. I-637 (avsnitt 18 og 19), og til uttalelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i sak C-157/99 *Geraets-Smits og Peerboom*, Sml. 2001 s. I-5473 (avsnitt 30–31).

²⁷ Det vises til COM(1993) 225 final.

²⁸ Det vises til rapport fra Kommisjonens kontorer om gjennomføringen av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, SEC(2006) 439, s. 16-17.

trygdeytelser og supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger. Ankemotparten anfører at Europakommisjonen har anerkjent denne betydelige skjønnsmyndighet.²⁹ Følgelig er det ifølge ankemotparten klart at “minstelønn” ikke bare inkluderer minste grunnlønn per time, men også andre tillegg og ytelser som inngår i minstelønnen som definert i vertsstatens lovgivning og praksis.

56. Ankemotparten mener derfor at bestemmelser i en landsomfattende tariffavtale som fastsetter en minste tilleggslønn, inklusive refusjon for reise, kost og losji, for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, faller inn under begrepet “minstelønn” (“*minimum rates of pay*”), og at slike bestemmelser kan allmenngjøres i samsvar med første ledd bokstav c) og annet ledd i artikkel 3 nr. 1 i direktivet. Etter ankemotpartens oppfatning kan slike tillegg sammenlignes med “overtidsbetaling” (“*overtime rates*”), som uttrykkelig er omfattet av artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c). Videre bemerker ankemotparten at slike tillegg og utgiftsrefusjoner er regulert i samme paragraf i tariffavtalen (§ 7.3), noe som etter ankemotpartens syn beviser disse tilleggs integrerte karakter.

57. Ankemotparten hevder at de ankende parter har en feilaktig forståelse av forholdet mellom direktivets artikkel 3 nr. 1 og artikkel 3 nr. 7, og at de følgelig tar feil med hensyn til den juridiske sammenheng i sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*.³⁰ I motsetning til hva ankemotparten hevder, synes de ankende parter å mene at om et tillegg “*alters the relationship between the service provided by the worker ... and the consideration which he receives in return*”, eller motsetningsvis, om tillegget gis for en “tilleggstjeneste”, er den rettslige prøve på om tillegget kan defineres som en del av minstelønnen i betydningen av artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c). På dette grunnlag gjør de ankende parter gjeldende at tilleggslønn for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, faller utenfor begrepet “minstelønn” (“*minimum rates of pay*”) i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c), subsidiært at refusjon av utgifter under henvisning til artikkel 3 nr. 7 uansett faller utenfor begrepet “lønn” (“*pay*”) i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c).

58. Ankemotparten bemerker at slik den leser direktivet, gir ikke artikkel 3 nr. 1 bare medlemsstatene rett til å utstrekke sin minstelønn til utsendte arbeidstakere, men gir dem

²⁹ Samme sted, s. 16-17: “*This definition may vary from one Member State to another: e.g. minimum wage rates relating to a particular period of time — monthly - or hourly - or to productivity, a single agreement-based rate for all employees in a given industry or different minimum wage rates applicable to occupation skills and jobs as laid down in collective agreements. Member States may also determine the various allowances and bonuses which are included in the minimum wage applicable within limits such as those set out in the Court’s jurisprudence.*”

³⁰ Det vises til sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over.

også plikt til å sikre at utsendte arbeidstakere faktisk mottar denne minstelønn. Dette er bakgrunnen for at artikkel 3 nr. 7 annet ledd klargjør at man ved en vurdering av lønnen til utsendte arbeidstakere må ta hensyn til ikke bare deres grunnlønn, men også til ytelser som gjelder spesielt for utsendingen. Ankemotparten mener at det var dette siste punkt som ble behandlet i *Kommisjonen mot Tyskland*.³¹

59. Ifølge ankemotparten klargjør *Kommisjonen mot Tyskland* at artikkel 3 nr. 7 i direktivet krever at vertsstaten tar hensyn til de ytelser og tillegg utsendte arbeidstakere mottar selv om de ikke er definert som deler av vertsstatens minstelønn. Imidlertid må dette bare gjøres i den utstrekning slike ytelser og tillegg representerer vederlag for arbeid utført under de samme vilkår som vertsstatens minstelønnslovgivning gjelder for. Hvis derimot ytelsene og tilleggene som en utsendt arbeidstaker mottar er definert som en del av minstelønnen i vertsstatens lovgivning og/eller praksis, oppstår ikke spørsmålet om ytelsene og tilleggene "alter the balance ...", og da må vertsstaten uten videre ta disse ytelser i betraktning i sammenligningen som skal foretas etter artikkel 3 nr. 7.

60. Når det gjelder de ankende parters subsidiære anførsel, gjør ankemotparten gjeldende at artikkel 3 nr. 7 i direktivet ikke er til hinder for at en vertsstat kan inkludere refusjon av utgifter påløpt på grunn av arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, som en del av dens minstelønnsbegrep i henhold til artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c). Etter ankemotpartens oppfatning fastsetter artikkel 3 nr. 7 kun at slike ytelser ikke skal tas i betraktning når minstelønnen beregnes med sikte på sammenligningen som skal foretas etter denne bestemmelse. Denne oppfatning støttes av punkt 5 i fortalen til direktivet, hvor det heter at direktivets formål er å sikre rettfærdig konkurranse og vern av arbeidstakerne.

61. Ankemotparten foreslår følgende som svar på det første spørsmål:

Artikkel 3 nr.1 første ledd bokstav a) og c) i direktiv 96/71 er ikke til hinder for at en medlemsstat kan pålegge at arbeidstakere utsendt til dens territorium sikres slike arbeids- og ansettelsesvilkår som i den medlemsstat der arbeidet utføres, er fastsatt i en tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til nr. 8, på følgende områder:

a) definisjonen av overtidsarbeid og lengste ordinære arbeidstid

b) minstelønn for, herunder kompensasjon for utgifter påløpt på grunn av, arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig.

³¹ Samme sted (avsnitt 7–12, 20–23, 28, 30, 39 og 40).

Den aktuelle tariffavtales dekningsgrad før den ble erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til artikkel 3 nr. 8 første ledd i direktiv 96/71, har ingen betydning for svarene på spørsmål 1 over.

Belgias regjering

Lengste arbeidstid

62. Belgias regjering anfører at det kan utledes av ordlyden i Tariffnemndas forskrift at gjennomsnittlig 37,5 timer arbeid per uke er grensen for ukentlig arbeidstid som det i den aktuelle sektor er forbudt å gjøre unntak fra. Følgelig tilsvarer dette gjennomsnitt på 37,5 timer per uke i realiteten begrepet “lengste arbeidstid” i artikkel 3 nr. 1 bokstav a) i direktivet. Av den grunn gjør Belgias regjering gjeldende at § 2.1.2. i VO er i samsvar med artikkel 3 nr. 1 bokstav a) og derfor får anvendelse for ansatte utsendt til Norge fra en annen EØS-stat.

Tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

63. Med hensyn til om tilleggsvederlag og kompensasjon kan betraktes som del av minstelønnen i henhold til artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet, anfører Belgias regjering at det etter artikkel 3 nr. 1 annet ledd skal vises respekt for definisjonen av minstelønn vedtatt i nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til. Belgias regjering anfører at hensynet direktivet tar til nasjonal lovgivning og praksis er knyttet til prinsippet om rettferdig konkurranse og kravet om tiltak som garanterer respekt for arbeidstakernes rettigheter, som direktivet er basert på, nevnt i punkt 5 i fortalen til direktivet og stadfestet i *Laval*.³² Følgelig er Belgias regjering av den oppfatning at artikkel 3 nr. 1 annet ledd i direktivet tillater at minstelønnsbegrepet kan variere mellom medlemsstatene.

64. Når det gjelder tillegg i grunnlønn per time for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, mener Belgias regjering imidlertid at dette faller inn under minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktivet.

³² Det vises til *Laval* (avsnitt 60) og den rettspraksis som det vises tildet vises til der.

Kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

65. Ifølge Belgias regjering vil kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, være en godtgjørelse som ikke inngår i minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 7 annet ledd i direktivet, ettersom den betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen. Her kan den nasjonale bestemmelse ikke anses å gjennomføre en ufravikelig regel om minimumsvern i betydningen av artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktivet.

66. Belgias regjering foreslår følgende som svar på det første spørsmål:

Artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav a) i direktiv 96/71/EF tillater en EØS-stat å anvende den lengste arbeidstid som er fastsatt i landsomfattende tariffavtaler som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til artikkel 3 nr. 8 i direktivet i landet der arbeidet utføres, på arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen medlemsstat.

Artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) og annet ledd i direktiv 96/71/EF tillater en EØS-stat å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen medlemsstat tilleggsvederlag til grunnlønn pr. time for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, som i landet der arbeidet utføres er fastsatt i landsomfattende tariffavtaler som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3 nr. 8 i direktivet, ettersom dette tilleggsvederlag inngår i minstelønnsbegrepet etter artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c).

Artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) og annet ledd i direktiv 96/71/EF tillater ikke en EØS-stat å anvende regelen om kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, som er fastsatt i landsomfattende tariffavtaler som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3 nr. 8 i direktivet i landet der arbeidet utføres, på arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen medlemsstat, siden denne kompensasjon etter artikkel 3 nr. 7 annet ledd i direktiv 96/71/EF, hva gjelder utsending av arbeidstakere, omfattes av de ytelser som ikke inngår i minstelønnsbegrepet fastsatt i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c), ettersom den betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen.

Dekningsgraden for den aktuelle tariffavtale før den ble erklært å ha allmenn gyldighet, har ingen betydning for svarene på ovenstående spørsmål.

Polens regjering

Lengste arbeidstid

67. Polens regjering peker på at ifølge sakens dokumenter fastsetter tariffavtalene en maksimal ordinær ukentlig arbeidstid på 37,5 timer, og kortere arbeidstid for særskilt belastende arbeidstidsordninger. Polens regjering anfører at VO inneholder en bestemmelse som fastsetter den maksimale arbeidstid som ble allmenngjort ved Tariffnemndas forskrift.³³

68. Ifølge Polens regjering følger det av disse bestemmelser at arbeidstiden i skips- og verftsindustrien, som en generell regel, verken for innenlandske arbeidstakere eller for utsendte arbeidstakere skal overstige 37,5 timer per uke. Selv om enkelte arbeidstakere kan ha kortere maksimal ukentlig arbeidstid på grunn av belastende arbeidsvilkår, er artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav a) i direktivet ikke til hinder for at det kan anvendes mer enn én lengste arbeidstid for ulike arbeidstakergrupper avhengig av arbeidsvilkår. Det foreligger ingen plikt til å fastsette én lengste arbeidstid som skal gjelde for alle arbeidstakere.

69. Polens regjering anfører dessuten at artikkel 6 i direktiv 2003/88 uttrykkelig pålegger medlemsstatene en plikt til å ta hensyn til nødvendigheten av å beskytte arbeidstakernes helse og sikkerhet når de vedtar tiltak (herunder tariffavtaler) som angir lengste ukentlige arbeidstid.

70. Ifølge Polens regjering har det faktum at arbeidsmiljøloven setter ordinær arbeidstid til 40 timer per uke, ingen betydning for ovennevnte betraktninger. Så lenge det ikke foreligger noen allmenngjort tariffavtale, vil bestemmelsene i arbeidsmiljøloven gjelde for utsendte arbeidstakere. Imidlertid kan vertsstaten i henhold til artikkel 3 nr. 8 i direktiv 96/71 sikre utsendte arbeidstakere arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved lov eller forskrift eller ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet.

71. Når det gjelder anførselen om lengste arbeidstid har betydning for definisjonen av overtid, er dette ifølge Polens regjering alltid tilfellet. En EØS-stat som spesifiserer arbeidstiden, definerer automatisk overtid, selv om dette ikke gjøres uttrykkelig. Denne innbyrdes avhengighet gjenspeiles i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktiv 96/71,

³³ Det vises til VO § 2.1.2.

som fastsetter at EØS-statene skal sikre utsendte arbeidstakere nasjonal minstelønn og overtidsbetaling.

Tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

72. Polens regjering gjør gjeldende at både tilleggsvederlaget og kompensasjonen det vises til i spørsmål 1b) og 1c) bør analyseres i lys av artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktivet. Polens regjering er av den oppfatning at disse elementer i tariffavtalen kan komme til anvendelse på utsendte arbeidstakere i samsvar med direktivet, bare dersom det konkluderes med at de inngår i minstelønnsbegrepet som fastsatt i artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c).

73. Polens regjering mener at det er innlysende at ingen andre arbeids- eller ansettelsesvilkår nevnt i artikkel 3 nr. 1 i direktivet kan påberopes når det gjelder disse elementer i Tariffnemndas forskrift. Den henleder oppmerksomheten mot EU-domstolens utlegning, der den sluttet at intensjonen til Fellesskapets lovgivere med artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktivet, var å begrense medlemsstatenes mulighet til å gripe inn i lønsspørsmål, til spørsmål som gjelder minstelønn.³⁴

74. Polens regjering bemerker at etter artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktivet innbefatter minstelønn overtidsbetaling, men ikke supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger. Artikkel 3 nr. 1 annet ledd i direktivet fastsetter at minstelønnsbegrepet skal defineres i nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til. Imidlertid inneholder verken direktivet eller EU-domstolens rettspraksis kriterier for å fastsette medlemsstatenes skjønnsmyndighet hva angår minstelønnsbegrepet. Ifølge regjeringen viser rettspraksis bare til de elementer i minstelønnen til en utsendt arbeidstaker som skal tas i betraktning ved en sammenligning med minstelønnen i vertsstaten, i samsvar med artikkel 3 nr. 7 i direktivet.³⁵

75. Videre anfører Polens regjering at det synes å være praksis i Norge at minstelønnsbegrepet defineres ved vedtak i Tariffnemnda som gir tariffavtaler allmenn gyldighet. Resultatet er at minstelønnen varierer alt etter sektor, yrke og type arbeid som utføres. Ut fra sakens dokumenter innbefatter minstelønnen, slik den er fastsatt i Tariffnemndas forskrift, minstelønn per time, minstetillegg for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, overtidsbetaling og utgifter til reise, kost og

³⁴ Det vises til *Kommisjonen mot Luxembourg*, som omtalt over (avsnitt 47).

³⁵ Som et eksempel vises det til sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*.

losji.³⁶ Av disse fire elementer ble det for lagmannsretten ikke reist tvil om at minstesatsen per time og for overtid var forenlig med EØS-retten.

76. Polens regjering bemerker at tilleggsvederlaget til grunnlønnen per time for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig (tillegget), tar form av et tillegg til minste timelønn på kr 25,32 for faglærte og kr 24,18 for ufaglærte.

77. På denne bakgrunn er Polens regjering av den oppfatning at tillegget utgjør en del av grunnlønnen per time som skal betales til alle arbeidstakere i skips- og verftsindustrien under bestemte vilkår, nemlig når oppdraget krever overnatting utenfor hjemmet. Regjeringen anfører at EU-domstolen indirekte har godtatt at en tilsvarende godtgjørelse til arbeidstakere i byggesektoren i Tyskland, som sammen med timelønnen utgjorde total timelønn i samsvar med den aktuelle tariffavtale som var erklært å ha allmenn gyldighet, utgjorde en del av minstelønnen i samsvar med artikkel 3 nr. 1 i direktivet.³⁷

Kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

78. Polens regjering bemerker at Tariffnemndas forskrift ikke angir beløpet på kompensasjonen, men bare fastsetter en plikt for arbeidsgiver (etter nærmere avtale) til å betale den og til å gjøre de nødvendige foranstaltninger før utsendingen. Den er av den oppfatning at kompensasjonsbeløpet kan variere fra sak til sak og avhenge for eksempel av hvor arbeidstakeren sendes og arbeidsoppdragets varighet. Følgelig vedrører ikke denne bestemmelse i forskriften et element i minstelønnen – den identifiserer bare den part som er ansvarlig for å dekke utgiftene, og spesifiserer hva som skal betraktes som utgifter (dvs. det arbeidsgiveren må betale for når arbeidstakere sendes ut på oppdrag som krever overnatting utenfor hjemmet).

79. Ifølge Polens regjering er det videre slik at ettersom bestemmelsen bare nevner kompensasjon for utgifter, er det ingen fortjeneste for arbeidstakeren, og det kan ikke slutes at betalte beløp utgjør vederlag for arbeid som er utført. Det kan også være slik at arbeidsgiver dekker minst en del av disse utgifter (dvs. til losji og reise) direkte, og da vil arbeidstakeren ikke en gang midlertidig være i besittelse av kompensasjonen. Følgelig er Polens regjering av den oppfatning at kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med unntak for

³⁶ Det vises til Tariffnemndas forskrift § 3, 6 og 7.

³⁷ Det vises til sak C-490/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2007 s. I-6095.

arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet, ikke inngår i minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktiv 96/71.

80. Polens regjering peker på at ifølge artikkel 3 nr. 7 i direktivet kan bestemmelsene i nr. 1–6 i samme artikkel ikke være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne. Imidlertid mener regjeringen at artikkel 3 nr. 7 ikke kan forstås slik at vertsstaten tillates å kreve at tjenesteyting på dens territorium krever arbeids- og ansettelsesvilkår som går ut over de ufravelige regler for minimumsvern nevnt i artikkel 3 nr. 1. Direktiv 96/71 fastsetter uttrykkelig hvilket nivå av vern en vertsstat har anledning til å kreve for arbeidstakere ansatt i foretak etablert i andre EØS-stater som er utsendt til dens territorium. En slik forståelse ville dessuten undergrave direktivets effektivitet.³⁸

81. Polens regjering mener det følger av dette at EØS-statene ikke kan påberope seg artikkel 3 nr. 7 i direktiv 96/71 for å innføre tilleggskrav til arbeids- og ansettelsesvilkår som går ut over artikkel 3 nr. 1.

82. Polens regjering foreslår at det første spørsmål besvares på følgende måte:

Artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav a) og c) i direktiv 96/71/EF tillater en EØS-stat å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat, en lengste ordinære arbeidstid og tilleggsvederlag til grunnlønnen pr. time for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet, som i EØS-staten der arbeidet utføres, er fastsatt ved landsomfattende tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3 nr. 8 i direktivet.

Artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav c) i direktiv 96/71/EF tillater ikke en EØS-stat å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat, med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet, kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, som i EØS-staten der arbeidet utføres, er fastsatt ved landsomfattende tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3 nr. 8 i direktivet.

Dekningsgraden for den aktuelle tariffavtale, før den ble erklært å ha allmenn gyldighet, har ingen betydning for svarene på ovenstående spørsmål.

³⁸ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 79–81), og *Rüffert*, som omtalt over (avsnitt 32–33).

Sveriges regering

Lengste arbeidstid

83. Sveriges regering anfører at ordlyden i direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav c) innebærer at minstelønnen skal inkludere overtidsbetaling. For å kunne vurdere når en arbeidstaker er berettiget til overtidsbetaling, er det nødvendig å vite hva hans eller hennes ordinære arbeidstid er. Når vilkårene for lengste ordinære arbeidstid er regulert, er arbeidstakeren beskyttet mot å bli fratatt den overtidsbetaling han eller hun ellers ville vært berettiget til. Slike vilkår kan derfor være nødvendig for å sikre at vertsstatens minimumsnivå av vern opprettholdes og inngår i kjernen av ufravikelige regler for minimumsvern fastsatt i artikkel 3 nr. 1 i direktivet. Videre kan det, for å kunne fastsette både lengste arbeidstid og minste hviletid nevnt i artikkel 3 nr. 1 bokstav a), være en nødvendig forutsetning at lengste arbeidstid er definert, slik at den dermed utgjør en integrert del av hvert av disse eller begge disse begrep. Etter Sveriges regjerings oppfatning ville en annen tolkning frata direktivet dets virkning hva gjelder rettfærdig konkurranse og minimumsvern.

Tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

84. Sveriges regering anser at tilleggsvederlag til grunnlønnen per time for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, også kan omfattes av begrepet minstelønn i artikkel 3 nr. 1) første ledd bokstav c) i direktivet, ettersom slike vederlag synes å inngå i minstelønnen slik den er definert av den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til. Den anfører at i samsvar med artikkel 3 nr. 1 annet ledd er det opp til vertsstaten å definere minstelønnsbegrepet. Etter dens oppfatning kan derfor definisjonen av minstelønn variere fra en medlemsstat til en annen, og medlemsstatene kan bestemme hvilke ytelser og tillegg som inngår i gjeldende minstelønn så lenge dette er forenlig med unionsretten.

85. Sveriges regering anfører også at artikkel 3 nr. 7 annet ledd i direktivet fastsetter at ytelser som gjelder spesielt for utsendingen, må 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. Derfor er Sveriges regering av den oppfatning når det gjelder spørsmål 1b), at direktivet ikke er til hinder for at en medlemsstat kan inkludere den bestemte godtgjørelse som denne sak gjelder, i minstelønnen. Med andre ord, dersom godtgjørelsen betales som kompensasjon for ulempen som er forbundet med det aktuelle arbeidsoppdrag, og ikke som dekning av faktiske kostnader påløpt på grunn av utsendingen, kan den inngå i grunnstammen av ufravikelige regler for minimumsvern fastsatt i artikkel 3 nr. 1.

Kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

86. Sveriges regjering anfører at etter artikkel 3 nr. 7 annet ledd i direktivet synes ikke medlemsstatene å kunne inkludere i sitt minstelønnsbegrep godtgjørelser som kompenserer for utgifter til reise, kost og losji i forbindelse med arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. For å sikre vern av utsendte arbeidstakere er det viktig å hindre at slik kompensasjon fra en arbeidsgiver medregnes som en del av minstelønnen, da dette kan innebære at det minstelønnsbeløp den utsendte arbeidstaker faktisk mottar, er lavere enn den minstelønn han eller hun er sikret etter direktiv 96/71.

87. Imidlertid mener Sveriges regjering at artikkel 3 nr. 1 og 7 i direktivet ikke må tolkes på en slik måte at det er til hinder for at den utsendte arbeidstaker har rett på kompensasjon for kostnader, for eksempel til reise, kost og losji. Dersom utsendte arbeidstakere må betale kostnader som arbeidsgiver normalt har ansvar for, ville dette rent faktisk påvirke deres minstelønn, og dermed ville direktivets regler bli omgått.

88. I lys av disse betraktninger anmoder Sveriges regjering ærbødigst om at spørsmålene fra Borgarting lagmannsrett besvares på følgende måte:

Spørsmål 1 a) og b)

Artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav a) og c) i direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting er ikke til hinder for at en EØS-stat sikrer arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat, en lengste ordinære arbeidstid og tilleggsvederlag til grunnlønnen pr. time for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, som arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved landsomfattende tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3 nr. 8 i direktivet.

Spørsmål 1 c)

Med sikte på beskyttelse av utsendte arbeidstakere skal refusjon av utgifter reise, kost og losji ikke medregnes når minstelønnen beregnes, da dette kan innebære at det minstelønnsbeløp den utsendte arbeidstaker faktisk mottar, er lavere enn den minstelønn han eller hun er sikret etter direktiv 96/71/EF. Imidlertid må artikkel 3 nr. 1 og 7 i direktivet ikke tolkes på en slik måte at det er til hinder for at den utsendte arbeidstaker har rett på kompensasjon for kostnader, for eksempel til reise, kost og losji.

Dekningsgraden for den aktuelle tariffavtale før den ble erklært å ha allmenn gyldighet, har ingen betydning for svarene på ovenstående spørsmål.

EFTAs overvåkingsorgan

Lengste arbeidstid

89. ESA gjør gjeldende at det er en naturlig sammenheng mellom “lengste ordinære arbeidstid” og “lengste arbeidstid”. ESA anfører at ordinær arbeidstid (i dette tilfelle fastsatt til 37,5 timer per uke) ikke kan defineres i en tariffavtale uten hensyn til lengste lovlig tillatte arbeidstid.

90. Når det gjelder spørsmålet om lengste lovlig tillatte arbeidstid, viser ESA til arbeidstidsdirektivet. ESA peker på at arbeidstidsdirektivet fastsetter bestemmelser om høyst 48 timers arbeidsuke (inkludert overtid), hviletid og pauser og minst fire uker betalt ferie, for å beskytte arbeidstakerne mot helse- og sikkerhetsrisiko. Disse bestemmelser utgjør de minstekrav som må oppfylles.³⁹ Dermed må enhver definisjon av “lengste ordinære arbeidstid” etter ESAs oppfatning ta hensyn til grensene for lengste arbeidstid fastsatt i arbeidstidsdirektivet.

91. ESA bemerker at arbeidstidsdirektivet har et klart formål. Det fastsetter minstekrav med hensyn til arbeidstid for å beskytte arbeidstakeres helse og sikkerhet. Direktiv 96/71 har det samme overordnede mål og anvender det spesifikt på utsendte arbeidstakere. ESA er av den oppfatning at artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71 tar sikte på å beskytte utsendte arbeidstakeres helse og sikkerhet ved å forhindre at de må arbeide ut over den lengste arbeidstid som er fastsatt i vertsstatens lovgivning. I fravær av harmonisering står det medlemsstatene fritt å definere – enten gjennom lovbestemmelser eller tariffavtaler – hva som utgjør lengste arbeidstid og minste hviletid i samsvar med direktiv 96/71.

92. ESA anfører at betraktninger vedrørende lengste ordinære arbeidstid naturligvis er relevant. Legges denne tolkning til grunn, synes det faktum at overtid er definert heller ikke å være uforenlig med direktivet.

Tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

93. ESA antar at det er artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet (“minstelønn, herunder overtidsbetaling”) dette delspørsmål relaterer seg til. ESA anfører at i henhold til Tariffnemndas forskrift § 3 er minstelønn per time og bestemmelsene om tilleggsvederlag generelt bindende der arbeidsoppdraget krever at arbeidstakeren må overnatte utenfor hjemmet. Videre fastsetter § 6 bestemmelser om overtidsbetaling.

³⁹ Det vises til artikkel 23 i arbeidstidsdirektivet.

94. Her bemerker ESA at etter artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet har EØS-statene rett til å kreve at uansett hvilken lovgivning arbeidsforholdet er underlagt, så skal foretak som er omfattet av dette direktiv, sikre arbeidstakere som er utsendt til deres territorium de arbeids- og ansettelsesvilkår, som blant annet omfatter minstelønn, som er fastsatt i vertsstatens regler. Ifølge artikkel 3 nr. 1 annet ledd defineres begrepet minstelønn nevnt i artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den EØS-stat arbeidstakeren er utsendt til. Slik ESA ser det, er det derfor i prinsippet EØS-statene som skal bestemme definisjonen av minstelønnsbegrepet, og dette kan variere fra én EØS-stat til en annen.

95. ESA anfører videre at annet ledd i artikkel 3 nr. 7 i direktivet også er relevant for dette delspørsmål. Slik ESA ser det, er denne bestemmelse bare indirekte relevant for spørsmålet fra den anmodende domstol, ettersom det gjelder det separate spørsmål om hvilke elementer i minstelønnen som skal medregnes ved en sammenligning mellom lønnsvilkårene for en utsendt arbeidstaker og lønnsvilkårene for arbeidstakere i vertsstaten. Likevel mener ESA at det er verdt å merke seg at denne bestemmelse fastsetter at ytelser som gjelder spesielt for utsendingen, skal betraktes som del av minstelønnen (med mindre de betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt, noe som ikke synes å være tilfellet her).

96. ESA anfører at EU-domstolen har gitt ytterligere veiledning med hensyn til dette i sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, der det ble lagt til grunn at ytelser og tillegg i) som ikke er definert som deler av minstelønnen i lovgivningen eller den nasjonale praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til, og ii) som endrer forholdet mellom på den ene side den tjeneste som ytes av arbeidstakeren, og på den annen side det vederlag han mottar, ikke kan betraktes som en del av minstelønnen i henhold til bestemmelsene i direktiv 96/71.⁴⁰

97. Når det gjelder gjeldende norsk praksis, bemerker ESA at ifølge sakens dokumentene har Tariffnemnda i alle sine vedtak allmenngjort overtidsbetaling, og i fire av fem tilfeller allmenngjort bestemmelsene om tillegg for skiftarbeid. Bestemmelsene om godtgjørelse for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, spilte imidlertid bestemmelsene i den aktuelle tariffavtale og synes å ha blitt inntatt i bare noen av Tariffnemndas vedtak.⁴¹ ESA bemerker videre at det synes som om Tariffnemnda helt siden oktober 2004 (da Tariffnemnda gjorde sitt første vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land) generelt har

⁴⁰ Se sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 27–29).

⁴¹ Det vises til anmodningen om rådgivende uttalelse, s. 9.

betraktet dette tilleggsvederlag som et ordinært tillegg som er av stor betydning for arbeidstakernes faktiske lønn.⁴²

98. ESA anfører også at bestemmelsene om tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, er en iboende del av § 3 i Tariffnemndas forskrift, som utelukkende omhandler minstelønn. ESA er av den oppfatning av denne særskilte type godtgjørelse i hovedsak er et tillegg som kompenserer arbeidstakerne for den ulempe det er å måtte overnatte utenfor hjemmet, som arbeidsoppdraget medfører. ESA anser dette tillegg som direkte forbundet med det arbeidsoppdraget krever, og har forstått at det beregnes utelukkende på grunnlag av antallet timers arbeid borte fra hjemmet og betales enten ved at det er medregnet i timelønnen, eller som et særskilt tilleggsvederlag til grunnlønnen (avhengig av vilkårene i den aktuelle tariffavtale).⁴³

99. På denne bakgrunn mener ESA det er grunner for å hevde at det er praksis i Norge for å inkludere tilleggsvederlag for overnatting utenfor hjemmet i definisjonen av minstelønn.

100. I tråd med EU-domstolens begrunnelse i sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, heller ESA også til den oppfatning at ethvert tilleggsvederlag som anses som en del av minstelønnen i vertsstaten, og som ikke endrer forholdet mellom den tjeneste som ytes og lønnen som betales, kan omfattes av artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet.

Kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji i forbindelse med overnatting utenfor hjemmet

101. ESA anfører at dette spørsmål kommer opp på grunn av § 7 i Tariffnemndas forskrift, som fastsetter at når arbeidsoppdrag krever overnatting utenfor hjemmet, skal arbeidsgiver dekke reiseutgifter ved arbeidsoppdragets begynnelse og slutt og for et rimelig antall hjemreiser. Den fastsetter videre at ordninger vedrørende kost og losji skal være avtalt på forhånd, før arbeidstakeren sendes ut. Endelig skal arbeidsgiver som hovedregel sørge for kost og losji, men en diettsats eller betaling etter regning kan avtales.

102. Ifølge ESA vedrører også dette delspørsmål artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet og definisjonen av minstelønn. Som anført i forbindelse med tilleggene for overnatting, må artikkel 3 nr. 1 bokstav c) leses i lys av artikkel 3 nr. 1 annet ledd, som fastsetter at

⁴² Samme sted, s. 9–10.

⁴³ Samme sted, punkt 2.3.2 siste avsnitt.

begrepet “minstelønn” nevnt i artikkel 3 nr. 1 bokstav c) er definert i nasjonal lovgivning og/eller praksis i den EØS-stat arbeidstakeren er utsendt til.

103. ESA understreker at også når det gjelder kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji, er annet ledd i artikkel 3 nr. 7 i direktivet, som de ankende parter påberoper seg, av begrenset relevans for spørsmålet (i den forstand at dette ledd gjelder spørsmålet om hvilke elementer i minstelønnen som må medregnes når lønnsvilkårene for en utsendt arbeidstaker sammenlignes med lønnsvilkårene for arbeidstakere i vertsstaten, som er et annet spørsmål). Imidlertid anser ESA denne bestemmelse for opplysende ettersom den uttrykkelig fastsetter at ytelser som gjelder spesielt for utsendingen, som utgifter til reise, kost og losji, må betraktes som en del av minstelønnen. Slik ESA forstår sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, kan disse ytelser ikke være refusjon av utgifter som faktisk er påløpt.

104. Når det gjelder spørsmålet om nasjonal praksis, bemerker ESA at Tariffnemnda synes konsekvent å ha gitt allmenn gyldighet til bestemmelser som vedrører reise, kost og losji i forbindelse med arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig.⁴⁴ I lys av artikkel 3 nr. 7 i direktivet og sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* mener ESA derfor at kompensasjonen for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, kan ligge innenfor definisjonen av “minstelønn”, forutsatt at den ikke betales i form av refusjon (som er omfattet av § 7 i Tariffnemndas forskrift).

105. ESA anfører at svaret på det første spørsmål anmodningen gjelder, bør være som følger:

1. *Direktiv 96/71/EF tillater en EØS-stat å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat vilkår vedrørende lengste ordinære arbeidstid fastsatt i en landsomfattende tariffavtale med allmenn gyldighet.*
2. *Hvorvidt direktiv 96/71/EF tillater en EØS-stat å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat, vilkår med hensyn til tilleggsvederlag til grunnlønnen pr. time for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig (med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsteden), må vurderes i lys av nasjonal lovgivning og/eller praksis, i den grad slikt tilleggsvederlag anses å være en del av minstelønnen i vertsstaten og ikke endrer forholdet mellom den tjeneste som ytes og lønnen som betales. Dette er det opp til den anmodende domstol å bestemme.*

⁴⁴ Samme sted, s. 10, annet avsnitt.

3. *Hvorvidt direktiv 96/71/EF tillater en EØS-stat å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat, bestemmelser med hensyn til 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), må vurderes i lys av nasjonal lovgivning og/eller praksis, på det vilkår at slike utgifter ikke er refusjon av utgifter som faktisk er påløpt. Dette er det opp til den anmodende domstol å bestemme.*

Europakommisjonen

Lengste arbeidstid

106. I tråd med de argumenter Norges regjering har fremsatt, anser Kommisjonen at det generelt er forenlig med direktiv 96/71 å erklære bestemmelser i en tariffavtale som fastsetter lengste arbeidstid, å ha allmenn gyldighet. Videre er direktiv 2003/88 om arbeidstid ikke til hinder for at lengste arbeidstid kan fastsettes gjennom en tariffavtale med allmenn gyldighet. Direktiv 2003/88 fastsetter en minstestandard men gir stort rom for nærmere bestemmelser i nasjonal lovgivning.

107. Kommisjonen viser også til sin tidligere rapport,⁴⁵ der begrepet “hviletid” (“*rest period*”) viser til enhver periode som ikke er arbeidstid. Ifølge denne rapport er begrepet “lengste arbeidstid” (“*maximum working time*”) ikke begrenset til en definisjon av en viss arbeidstid i strekk; det kan også innbefatte en lengste ukentlig arbeidstid.

108. Kommisjonen anfører at å definere (lengste) ordinære arbeidstid gjennom en tariffavtale som er allmenngjort, og dermed å definere de tidsperioder som defineres som overtid, er forenlig med direktivet. Særlig gjør Kommisjonen gjeldende at dette verken er i strid med artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktivet, som viser til “minstelønn, herunder overtidsbetaling”, eller artikkel 3 nr. 1 bokstav a) i direktivet, som gjelder lengste arbeidstid.

Tilleggsvederlag for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

109. Kommisjonen peker på at etter artikkel 3 nr. 1 annet ledd i direktiv 96/71 defineres direktivets minstelønnsbegrepet av nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til.

⁴⁵ SEC(2006) 439, som omtalt over, punkt 4.5.

110. Kommisjonen anfører at tilleggsvederlag for visse typer arbeid eller visse arbeidstider kan betraktes som et element i minstelønnen. Etter Kommisjonens analyse kan imidlertid ytelser og tillegg ifølge rettspraksis⁴⁶ ikke betraktes som elementer i grunnlønnen ved en sammenligning mellom minstelønn i henhold til bestemmelsene i vertsstaten og det vederlag som faktisk betales av arbeidsgivere etablert i en annen medlemsstat. Dette ville endre forholdet mellom på den ene side den tjeneste som en arbeidstaker yter, og på den annen side det vederlag han mottar. Videre, dersom en arbeidsgiver krever at en arbeidstaker utfører tilleggsarbeid eller arbeider under spesielle vilkår, må arbeidstakeren kompenseres for tilleggstjenesten uten at dette tas hensyn til i beregningen av minstelønnen.⁴⁷

111. Etter Kommisjonens oppfatning er forbindelsen mellom dette tilleggsvederlag og minstelønnen ikke klar. Den mener at dersom dette vederlag betraktes som en ytelse som gjelder spesielt for utsendingen i betydningen av artikkel 3 nr. 7 i direktivet, bør det vanligvis betales i forbindelse med en utsending fra EØS-stat A til det aktuelle arbeidssted i EØS-stat B. Imidlertid synes ordlyden i § 3 i den omtvistede forskrift å tilsi at ytelsen betales for å arbeide borte fra hjemmet, når arbeidstakeren befinner seg i utsendingslandet. Dersom en arbeidstaker sendes direkte ut til arbeidsstedet, noe som synes å være vanlig fremgangsmåte der arbeidsstedet er et verft, ville denne arbeidstaker, slik Kommisjonen forstår § 3, ikke få dette tilleggsvederlag.

112. Ettersom utsendte arbeidstakere per definisjon er borte fra hjemmet 24 timer i døgnet, vil de ifølge Kommisjonen alltid ha krav på maksimalt tillegg dersom tillegget beregnes utelukkende på grunnlag av antallet timer som arbeides borte fra hjemmet. Dessuten ville en slik arbeidstaker nok også ha krav på overtidsbetaling etter § 6 i den omtvistede forskrift.

113. Kommisjonen anfører at ifølge Norges regjering er formålet med tillegget å kompensere for den ekstra ulempe som arbeidet medfører. Tillegget synes i så måte å kunne sammenlignes med et tillegg for smuss eller for tungt eller farlig arbeid, eller overtidsbetaling eller tillegg for helkontinuerlig skift eller for endringer i skift. Kommisjonen bemerker imidlertid at disse to typer tillegg ikke er allmenngjort.⁴⁸

⁴⁶ Se sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 38–39).

⁴⁷ Samme sted (avsnitt 40).

⁴⁸ Det vises til nest siste avsnitt i punkt 2.3.3 i anmodningen om rådgivende uttalelse.

114. Under henvisning til ovenstående betraktninger og i påvente av ytterligere avklaring av hvordan det aktuelle tillegg kan betraktes som et element i minstelønnen, konkluderer Kommisjonen på det nåværende stadium at tillegget ikke synes å være omfattet av artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktiv 96/71.

Kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig

115. Kommisjonen bemerker at artikkel 3 nr. 7 annet ledd i direktiv 96/71 fastsetter at ytelser som gjelder spesielt for utsendingen, må 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. Kommisjonen er av den oppfatning at denne ordlyd ikke synes å tillate refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, som del av minstelønnen. Den mener imidlertid at artikkel 3 nr. 1 bokstav c) tillater å at ytelser inkluderes i minstelønnen dersom de betales som en fast sats, uten noen direkte forbindelse til den spesifikke utgift som er påløpt. Kommisjonen bemerker videre at artikkel 3 nr. 7 også omhandler metoden som skal anvendes ved sammenligning av minstelønnen i henhold til bestemmelsene i vertsstaten og det vederlag som faktisk betales av arbeidsgivere etablert i en annen medlemsstat. Samtidig gjelder denne bestemmelse definisjonen av minstelønn, i den grad en definisjon er nødvendig for en sammenligning mellom lønnen som betales av arbeidsgiver, og minstelønnen.

116. I motsetning til tillegget for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, dekker kompensasjonen for utgifter til reise, kost og losji etter Kommisjonens oppfatning situasjonen med en utsending fra stat A til stat B når det gjelder selve utsendingssituasjonen. Kommisjonen gjør derfor gjeldende at samme resonnement bør legges til grunn på "utsendingssituasjoner" i medlemsstaten som arbeidstakeren er utsendt til, på samme måte som den ville gjelde for innenlandske arbeidstakere.

117. Kommisjonen mener at å kreve overholdelse av en slik bestemmelse sikrer i praksis at den lønn som faktisk betales, ikke er lavere enn minstelønnen i vertsstaten. Ellers ville utgiftene til reise, kost og losji redusere kompensasjonen som arbeidstakeren mottar for den tid som er arbeidet. Følgelig sikrer en slik bestemmelse ifølge Kommisjonen likelønn i praksis.

118. Under henvisning til disse faktorer anfører Kommisjonen at å erklære allmenngyldig en bestemmelse som fastsetter kompensasjon for utgifter til reise, kost og

losji i en tariffavtale, kan anses å være forenlig med direktiv 96/71, forutsatt at denne kompensasjon betales som en ytelse med fast sats.

119. Kommisjonen foreslår følgende som svar på det første spørsmål:

1. *Artikkel 3 nr. 1 bokstav a) og c) i europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting må tolkes slik at den tillater en EØS-stat å sikre arbeidstakere som er utsendt til dens 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 nr. 8 i direktivet:*

- lengste ordinære arbeidstid,

- kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji i form av ytelser med fast sats for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet.

2. *Artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i direktiv 96/71 skal forstås slik at den ikke tillater en EØS-stat å sikre arbeidstakere som er utsendt til dens 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 nr. 8:*

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

VII Det andre spørsmål

120. Med sitt andre spørsmål spør den nasjonale domstol om den, dersom arbeids- og ansettelsesvilkårene fastsatt i den landsomfattende tariffavtale oppfyller kravene i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71, må foreta en selvstendig bedømmelse av om disse arbeids- og ansettelsesvilkår også oppfyller kravene i artikkel 36 EØS, herunder om de kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.

De ankende parter

121. De ankende parter gjør gjeldende at nasjonale bestemmelser vedrørende forhold som er regulert i artikkel 3 nr. 1 i direktivet, ikke kan være unntatt fra primærlovgivningen, og at vertsstatens forskrift om lengste arbeidstid er i strid med

artikkel 36 EØS, dersom den åpenbart diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet.⁴⁹ I så måte understreker de ankende parter at direktivet har som mål å samordne snarere enn å harmonisere de aktuelle lover i EØS-statene. Videre anfører de at vertsstatens tiltak må være “i samsvar med traktaten og de generelle prinsipper i fellesskapsretten”.⁵⁰

122. De ankende parter gjør gjeldende at dersom ankemotparten har rett i at nasjonale tiltak truffet i henhold til artikkel 3 nr. 1 i direktivet må vurderes utelukkende på grunnlag av direktivet, ville det ikke være noen muligheter for kontroll av de aktuelle tiltak på EØS-planet. Selv om artikkel 3 nr. 1 angir de områder der staten kan gi sin egen lovgivning forrang,⁵¹ fastsetter ikke direktivet ut fra deres analyse noen prøving av innholdet i nasjonal lovgivning på EØS-planet. Ifølge de ankende parter må en prøving av innholdet i tiltakene truffet av vertsstaten etter artikkel 3 nr. 1 i direktivet derfor gjøres i medhold av primærretten i EØS, og følgelig må det svares bekreftende på det andre spørsmål anmodningen gjelder. De foreslår følgende formulering:

Artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF harmoniserer ikke det materielle innhold i nasjonale regler på områdene angitt i bestemmelsen. Innholdet kan fritt defineres av EØS-statene, i samsvar med EØS-avtalen og de generelle prinsipper i EØS-retten som er innarbeidet med artikkel 36 i EØS-avtalen. Etter artikkel 36 i EØS-avtalen er det EØS-staten som skal bevise at dens regler forfølger et legitimt mål og er egnet, nødvendige og står i forhold til dette mål, og det faktum at reglene vedrører områder som omfattes av artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF, flytter ikke bevisbyrden.

Ankemotparten

123. Ankemotparten gjør gjeldende at det følger av fast rettspraksis at der et forhold er regulert på en enhetlig måte på fellesskapsplan, må ethvert nasjonalt tiltak som vedrører dette, bedømmes i lys av bestemmelsene i harmoniseringstiltaket og ikke i de aktuelle artikler i traktaten.⁵² Det samme gjelder tilsvarende for EØS-avtalen. Ankemotparten understreker behovet for å ta hensyn til at sekundærretten kan utgjøre delvis harmonisering.⁵³

⁴⁹ Det vises til sak C-490/04 Kommisjonen mot Tyskland (avsnitt 17–19), og *Laval*, som omtalt over (avsnitt 60).

⁵⁰ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 60 og 80).

⁵¹ Det vises til *Kommisjonen mot Luxembourg*, som omtalt over (avsnitt 26).

⁵² Det vises til sak C-37/92 *Vanacker, Lesage og SA Baudoux combustibles*, Sml. 1993 s. I-4947 (avsnitt 9); sak C-324/99 *DaimlerChrysler*, Sml. 2001 s. I-9897 (avsnitt 32); sak C-99/01 *Linhart og Biffl*, Sml. 2002 s. I-9375 (avsnitt 18); sak C-210/03 *Swedish Match*, Sml. 2004 s. I-11893 (avsnitt 82–83), og sak C-132/08 *Lidl*, Sml. 2009 s. I-3841 (avsnitt 42).

⁵³ Det vises til Dougan, M., “Minimum Harmonisation and the Internal Market”, 37 C.M.L.Rev. (2000), s. 853.

124. Ankemotparten erkjenner at EU-domstolen har ment at forhold som faller inn under virkeområdet til direktiv 96/71/EF må prøves opp mot disse bestemmelser og om relevant også artikkel 49 EF (artikkel 36 i EØS-avtalen).⁵⁴ Ankemotparten bemerker at områdene som er regulert av artikkel 4 og 5 i direktivet, ikke er regulert på noen ensartet måte, og følgelig har EU-domstolen lagt traktaten til grunn i saker vedrørende disse bestemmelser.⁵⁵ Imidlertid er ankemotparten av den oppfatning av dette ikke er tilfellet når det gjelder saker som faller inn under artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g).⁵⁶ Artikkel 3 nr. 1 og 8 regulerer virkeområdet for kjernen av ufravikelige regler som EU-domstolen mener utgjør uttømmende harmonisering. Ifølge ankemotparten følger det klart av rettspraksis at disse bestemmelser på en uttømmende måte regulerer de prosedyrer som medlemsstatene kan benytte for å fastsette arbeids- og ansettelsesvilkår etter artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g). Manglende oppfyllelse av disse vilkår, som gjennomfører prinsippet om likebehandling, gjør de nasjonale tiltak uforenlige med både direktivet og artikkel 56 TFEU (tidl. artikkel 49 EF).⁵⁷

125. Ifølge ankemotparten fant EU-domstolen at selv om artikkel 3 nr. 7 i direktivet opprinnelig ble ansett som en klausul om “minimumsvern”, ville en slik tolkning underminere direktivets effektivitet. Artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktivet fastsetter en uttømmende liste over områder der EØS-statene kan gi forrang til vertsstatens regler, og gir EØS-statene rett og plikt til å regulere disse nivåer av vern.⁵⁸ Områdene nevnt i artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) må anses å være fullstendig harmonisert.⁵⁹ Følgelig må enhver nasjonal bestemmelse vurderes i lys av artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktivet, og ikke artikkel 36 EØS.⁶⁰ Derfor er ethvert nasjonalt tiltak som finnes å være uforenlig

⁵⁴ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 61).

⁵⁵ Det vises til *Rüffert*, som omtalt over (avsnitt 28–30); sak C-490/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 67 og 78), og sak C-515/08 *dos Santos Palhota m.fl.*, dom av 7. oktober 2010, ennå ikke i Sml. (avsnitt 25).

⁵⁶ Det vises til uttalelse fra generaladvokat Cruz Villalón i *dos Santos Palhota m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 40–46); sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 25); sak C-244/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, som omtalt over (avsnitt 61), og *Laval*, som omtalt over (avsnitt 57–58).

⁵⁷ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 70–71 sammenholdt med avsnitt 110–111), og *Rüffert*, som omtalt over (avsnitt 30 sammenholdt med avsnitt 39–40).

⁵⁸ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 80–81), og *Rüffert*, som omtalt over (avsnitt 33–34).

⁵⁹ Det vises til en analyse av begrepene minimumsharmonisering og totalharmonisering, jf. f.eks. Weatherill, S., “Beyond preemption? Shared competence and constitutional change in the European Community” i O’Keefe, D., og Twomey, P., (redaktører) *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley, 1994, og Dougan, M., som omtalt over.

⁶⁰ Det vises til *Vanacker og Lesage*, som omtalt over (avsnitt 9); *Daimler-Chrysler*, som omtalt over (avsnitt 32); *Linhart og Biffel*, som omtalt over (avsnitt 18); *Swedish Match*, som omtalt over (avsnitt 82–83), og *Lidl*, som omtalt over (avsnitt 42).

med artikkel 3 nr. 1 og 8 i direktivet, nødvendigvis i strid med artikkel 36 EØS uten at det er nødvendig å foreta en selvstendig bedømmelse, og omvendt.⁶¹

126. Ettersom artikkel 3 nr. 1 og 8 i direktivet gir medlemsstatene anledning til å pålegge at utsendte arbeidstakere sikres arbeids- og ansettelsesvilkår nevnt i artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g), er ankemotparten av den oppfatning at dersom dette blir funnet å være i strid med traktatens bestemmelser, må en slik konklusjon støtte seg på at artikkel 3 nr. 1 og 8 i direktivet er vedtatt i strid med traktaten. Idet de ankende parter ikke har reist innsigelser med hensyn til gyldigheten til direktivet, som uansett ville falle inn under EU-domstolens prøvingsrett,⁶² ser ankemotparten ingen grunn til å kommentere dette forhold ytterligere.

127. For å konkludere foreslås følgende svar på det andre spørsmål:

Arbeids- og ansettelsesvilkår som omfattes av artikkel 3 nr. 1 første ledd bokstav a)–g) og nr. 8 i direktiv 96/71, skal vurderes i lys av disse bestemmelser og ikke artikkel 36 EØS.

Belgias regjering

128. Belgias regjering bemerker at artikkel 36 EØS, som tilsvarer artikkel 56 TFEU, garanterer friheten til å yte tjenester. Den gjør gjeldende at direktiv 96/71 inneholder kjernen av de beskyttelsesbestemmelser som må overholdes av tjenesteytere, og at lovgiverne i EU har vurdert dens restriksjoner på friheten til å yte tjenester som nødvendige og forholdsmessige. Følgelig mener Belgias regjering at forutsatt at kravene i direktivet blir oppfylt, er det unødvendig å foreta noen ytterligere analyse for å vurdere om også vilkårene i artikkel 36 EØS eller artikkel 56 TFEU er oppfylt. Derfor foreslår Belgias regjering følgende svar på spørsmål 2:

Dersom arbeids- og ansettelsesvilkårene 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 nr. 8, oppfyller vilkårene i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF, trenger den nasjonale domstol ikke foreta en selvstendig bedømmelse for å vurdere om disse arbeids- og ansettelsesvilkår oppfyller vilkårene i artikkel 36 EØS, herunder om dette kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.

⁶¹ Ankemotparten innrømmer at artikkel 3 nr. 10 i direktivet inneholder et forbehold i relasjon til dette. Den fremholder imidlertid at i den foreliggende sak har dette ikke noen betydning ettersom ankemotparten ikke har påberopt seg denne bestemmelse og den anmodende domstol ikke har stilt spørsmål om tolkningen av den.

⁶² Det vises til sak 314/85 *Foto-Frost*, Sml. 1987 s. 4199 (avsnitt 20).

Polens regjering

129. Når det gjelder det andre spørsmål, bemerker Polens regjering at EU-domstolen har bestemt at der et område har vært gjenstand for uttømmende harmonisering på fellesskapsplan, må ethvert nasjonalt tiltak vedrørende dette område vurderes i lys av bestemmelsene i harmoniseringstiltaket og ikke bestemmelsene i traktaten.⁶³ Følgelig oppstår behovet for å vise til primærretten bare dersom harmoniseringen av et bestemt område ikke er uttømmende.

130. Polens regjering er av den oppfatning at det følger entydig av EU-domstolens rettspraksis at både listen i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71 og metodene for gjennomføring angitt i samme bestemmelse er av uttømmende karakter. EØS-statene kan verken anvende ytterligere arbeids- og ansettelsesvilkår på utsendte arbeidstakere som ikke er nevnt i artikkel 3 nr. 1, eller bruke andre metoder for å gjennomføre dem enn ved lov eller forskrift og/eller ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet etter artikkel 3 nr. 8.⁶⁴

131. Videre mener Polens regjering at EØS-statene har plikt til å sikre at arbeidstakere utsendt til deres territorium er garantert minimumsvernet. Den er av den oppfatning at den eneste skjønnsmargin vedrører anvendelsen av artikkel 3 nr. 8 i direktiv 96/71, ettersom EØS-statene kan velge om de vil allmenngjøre en bestemt tariffavtale (eller voldgiftskjennelse), eller ikke. Dersom beslutningen om å allmenngjøre en tariffavtale tas, må imidlertid EØS-staten anvende på utsendte arbeidstakere de bestemmelser som regulerer områdene angitt i artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktiv 96/71.

132. Ifølge Polens regjering følger det av dette at direktiv 96/71 harmoniserer på en uttømmende måte spørsmål som vedrører anvendelsen av tariffavtaler med allmenn gyldighet i relasjon til utsendte arbeidstakere. Følgelig er den av den oppfatning at dersom arbeids- og ansettelsesvilkårene i EØS-staten der arbeidsoppdraget utføres oppfyller kravene i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71, trenger den nasjonale domstol ikke foreta en selvstendig bedømmelse av om arbeids- og ansettelsesvilkårene oppfyller kravene i artikkel 36 EØS, herunder om de kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.

133. Polens regjering foreslår følgende svar på det andre spørsmål:

⁶³ Det vises til sak C-309/02 *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. og S. Spritz KG*, Sml. 2004 s. I-11763 (avsnitt 53) og den rettspraksis som det vises til der.

⁶⁴ Det vises til *Kommisjonen mot Luxembourg*, som omtalt over.

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 nr. 8, oppfylder vilkårene i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF, trenger den nasjonale domstol ikke foreta en selvstendig bedømmelse av om disse arbeids- og ansettelsesvilkår oppfylder vilkårene i EØS-avtalen artikkel 36, herunder hvorvidt de kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.

Sveriges regjering

134. Ifølge Sveriges regjering er det ingen grunn til å foreta en selvstendig bedømmelse etter artikkel 36 EØS. Den anfører at der det finnes sekundær EU/EØS-rett som regulerer situasjonen for den nasjonale domstol, og gyldigheten av denne lovgivning ikke er bestridt, er det tilstrekkelig å forvise seg om at de aktuelle nasjonale regler er i samsvar med denne sekundærrett, ettersom sekundærlovgivning inneholder de nærmere vilkår for anvendelse av den primærlovgivning den er basert på. I dette henseende bemerker Sveriges regjering videre at siden direktivets uttrykte mål er å sikre balansen mellom adgangen til å yte tjenester over landegrensene og vernet av arbeidstakerne, er det ikke nødvendig for den nasjonale domstol å foreta en slik selvstendig bedømmelse, når den omtvistede avtale oppfylder kravene i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71.⁶⁵

135. Sveriges regjering foreslår følgende svar på det andre spørsmål:

En nasjonal domstol trenger ikke foreta en selvstendig bedømmelse av om arbeids- og ansettelsesvilkårene i EØS-staten der arbeidsoppdraget utføres oppfylder kravene i EØS-avtalen artikkel 36, dersom disse arbeids- og ansettelsesvilkår oppfylder kravene i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting.

EFTAs overvåkingsorgan

136. ESA gjør gjeldende at det andre spørsmål kan besvares ved å vurdere karakteren til artikkel 3 i direktivet. ESA gjør gjeldende at det er anerkjent i rettspraksis at EØS-avtalen artikkel 36 krever at enhver restriksjon på adgangen til å yte tjenester som kan forby, hemme eller gjøre virksomheten til en tjenesteyter etablert i en annen medlemsstat mindre gunstig fjernes, med mindre den forfølger et legitimt mål og er egnet og forholdsmessig.⁶⁶

⁶⁵ Det vises motsetningsvis til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 80).

⁶⁶ Det vises til sak E-1/03 *EFTAs overvåkingsorgan mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 145 (avsnitt 28), og sak C-76/90 *Säger*, Sml. 1991 s. I-4221 (avsnitt 12).

137. Når det gjelder artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktiv 96/71, er ESA av den oppfatning at denne bestemmelse har som mål å samordne lovene i EØS-statene ved å fastsette en grunnstamme av ufravikelige regler for minimumsvern som skal overholdes i vertsstaten av arbeidsgivere som sender arbeidstakere ut på midlertidige arbeidsoppdrag. De utgjør en “hard kjerne” av klart definerte beskyttelsesregler som skal overholdes av tjenesteyteren, uten hensyn til varigheten av utsendingen av arbeidstakeren.⁶⁷

138. ESA anfører at denne liste er uttømmende. Det følger av dette at artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktivet må tolkes som en liste over tillatte unntak fra prinsippet om fri bevegelighet for tjenester som er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 36. Om et arbeids- eller ansettelsesvilkår hører inn under virkeområdet til artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g), utgjør det etter ESAs oppfatning et tillatt unntak, og det kreves da ingen gransking for å fastslå om det er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36. Dersom en slik gransking var nødvendig, ville selve formålet med artikkel 3 nr. 1 i direktivet falle bort, for da ville lovgivningen i EØS-statene med hensyn til vern av utsendte arbeidstakere ikke lenger være samordnet men fastsatt fra sak til sak, og ville være avhengig av utfallet av den særskilte vurdering etter artikkel 36 EØS. ESA er av den oppfatning at dette aldri kan ha vært intensjonen da artikkel 3 nr. 1 i direktivet ble fastsatt.

139. ESA gjør gjeldende at om det derimot konkluderes med at et arbeids- eller ansettelsesvilkår faller utenfor virkeområdet til artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktivet, vil dette bli betraktet som en restriksjon på friheten til å yte tjenester i EØS-avtalen artikkel 36.⁶⁸ I så fall blir spørsmålet om denne restriksjon kan begrunnes.⁶⁹

140. I denne forbindelse anfører ESA at ettersom direktiv 96/71 inneholder utfyllende bestemmelser om minimumsvern for utsendte arbeidstakere, vil ingen arbeids- eller ansettelsesvilkår som faller utenfor virkeområdet til artikkel 3 nr. 1 i direktivet, og som dermed utgjør en restriksjon i strid med EØS-avtalen artikkel 36, kunne begrunnes i hensynet til vern av arbeidstakere som et allment tvingende hensyn. ESA mener at det ikke er mulig å påberope seg allment tvingende hensyn når det finnes sekundærlovgivning som fastsetter de tiltak som er nødvendige for å sikre at dette hensyn beskyttes.⁷⁰

⁶⁷ Punkt 13 og 14 i fortalet til direktivet.

⁶⁸ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 99).

⁶⁹ Det vises her til hensynet til offentlig orden i artikkel 3 nr. 10 i direktivet.

⁷⁰ Det vises til sak C-389/05 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 2008 s. I-5337 (avsnitt 74).

141. Som konklusjon anmoder ESA om at spørsmål 2 besvares som følger:

Dersom arbeids- og ansettelsesvilkårene i en landsomfattende tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet er funnet å oppfylle kravene i artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF, er det ikke nødvendig å foreta en selvstendig bedømmelse av disse arbeids- og ansettelsesvilkår etter EØS-avtalen artikkel 36.

Europakommisjonen

142. Slik Kommisjonen ser det, angis de arbeids- og ansettelsesvilkår som kan kreves av utenlandske tjenesteytere ved utsending av arbeidstakere uttømmende i artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktivet.⁷¹ Når det er godtgjort at de nasjonale bestemmelser er i samsvar med direktiv 96/71, er det derfor ikke rom for noen selvstendig bedømmelse av om disse bestemmelser er forenlige med EØS-avtalen artikkel 36.

143. Kommisjonen gjør gjeldende at spørsmål 2 bør besvares som følger:

Siden artikkel 3 nr. 1 bokstav a)–g) i direktivet uttømmende angir de arbeids- og ansettelsesvilkår som kan pålegges utenlandske tjenesteytere ved utsending av arbeidstakere, er det ikke nødvendig å foreta noen selvstendig bedømmelse av om disse bestemmelser er forenlige med EØS-avtalen artikkel 36.

VIII Det tredje spørsmål

144. Det tredje spørsmål er basert på den forutsetning at det andre spørsmål besvares bekreftende. I så fall spør den nasjonale domstolførst om det er forenlig med EØS-avtalen artikkel 36 at et vedtak om å allmenngjøre arbeids- og ansettelsesvilkår i en landsomfattende tariffavtale innenfor den aktuelle industri har det erklærte mål å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har. Dernest spør den nasjonale domstol om det kan presumeres – uten at det hindrer de ankende parter fra å legge frem bevis for det motsatte – at arbeids- og ansettelsesvilkår som er forenlige med direktiv 96/71, det vil si er i samsvar med artikkel 3 nr. 1 sammenholdt med artikkel 3 nr. 8, ivaretar vernet av arbeidstakere og rettfærdig konkurranse. For det tredje søker den nasjonale domstol å fastsette den eventuelle betydning det har for svaret på spørsmål 3a) at vertsstaten har et system hvor

⁷¹ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 80–81).

nasjonal lovgivning fastsetter arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder generelt, og som er supplert med arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved landsomfattende tariffavtaler som kan allmenngjøres innenfor det aktuelle yrke eller næring.

De ankende parter

Spørsmål 3a)

145. De ankende parter gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 36 er til hinder for et vedtak om å allmenngjøre visse arbeids- og ansettelsesvilkår i en landsomfattende tariffavtale innenfor den aktuelle industri dersom vedtakets erklærte mål er “å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har”.

146. De ankende parter anfører at ettersom allmenngjøringsloven § 1 er rettet mot utenlandske tjenesteytere, er den klart diskriminerende. De anfører videre at det norske system med å allmenngjøre tariffavtaler er klart i strid med det system direktivet forutsetter.

147. De ankende parter gjør gjeldende at direktivet forutsetter en tariffavtale som først er allmenngjort for alle landets borgere, og hvis anvendelse så utvides til utsendte arbeidstakere, som ellers kun ville være underlagt sin individuelle kontrakt eller den lovgivning kontrakten er underlagt. Men det norske system er ikke beregnet på at tariffavtaler som allerede er allmenngjort, skal utvides til utsendte arbeidstakere, men på å sikre at tariffavtaler får allmenn gyldighet dersom, og bare dersom, det er utenlandske arbeidstakere i Norge. De ankende parter gjør gjeldende at å allmenngjøre tariffavtaler bare fordi utenlandske arbeidstakere er til stede, er uforenlig med EØS-retten.

148. De ankende parter anfører at det utelukkende er utenlandske arbeidstakers tilstedeværelse i Norge som kan utløse prosessen for å allmenngjøre en tariffavtale. Det faktum at norske arbeidstakere også vil omfattes av den allmenngjorte tariffavtale, er ifølge de ankende parter en “utilsiktet følge” av systemet. Under disse omstendigheter kan en slik ordning etter deres oppfatning ikke aksepteres innenfor rammene av EØS-retten.

149. De ankende parter gjør videre gjeldende at kompetansen til den myndighet som har ansvar for å allmenngjøre tariffavtaler, ikke er begrenset til områdene angitt i artikkel 3 nr. 1 eller 3 nr. 10 i direktivet, men også tillater at den kan treffe vedtak om “hel eller delvis” allmenngjøring av tariffavtalen (allmenngjøringsloven § 3), og at den derfor er

problematisk i forhold til EØS-avtalen artikkel 36. Det skyldes at en utenlandsk tjenesteyter ikke har noen sikkerhet for at direktivets grenser vil bli overholdt, og dermed vanskelig kan utlede sine fremtidige forpliktelser.⁷²

150. De ankende parter mener dette spørsmål bare er en gjentakelse av det spørsmål EU-domstolen behandlet i *Portugaia Construções*.⁷³ Etter deres oppfatning er det å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, et økonomisk mål som ikke kan rettferdiggjøre en restriksjon på friheten til å yte tjenester.

Spørsmål 3b)

151. De ankende parter mener dette spørsmål må besvares benektende. De gjør gjeldende at det følger av direktivet og rettspraksis at direktivet ikke harmoniserer nasjonale bestemmelsers materielle innhold. Selv om en nasjonal bestemmelse gjelder et område angitt i artikkel 3 nr. 1 i direktivet, innebærer ikke det noen presumpsjon om at bestemmelsen er forenlig med primærretten, i dette tilfelle artikkel 36 EØS, eller at bestemmelsen sikrer beskyttelse av arbeidstakere og rettferdig konkurranse. Følgelig er de ankende parter av den oppfatning at de vanlige regler om bevisbyrde i forbindelse med restriksjoner i strid med EØS-avtalen artikkel 36 kommer til anvendelse, og følgelig er det staten som har bevisbyrden for at de omtvistede bestemmelser er rettferdiggjort.⁷⁴ De mener også at omstendighetene i den foreliggende sak fordrer en grundigere prøving for den nasjonale domstol og ikke presumpsjoner om nasjonale reglers forenlighet med EØS-retten.⁷⁵

Spørsmål 3c)

152. De ankende parter gjør gjeldende at dersom vertsstaten skulle anvende et system der nasjonal lovgivning fastsetter arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder generelt, og som er supplert med arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved landsomfattende tariffavtaler som kan allmenngjøres innenfor det aktuelle yrke eller næring, ville dette ikke gjøre det mindre uforenlig med EØS-avtalen artikkel 36. De ankende parter anser at dette element ville gjøre det norske systems diskriminerende og proteksjonistiske karakter desto tydeligere.

⁷² Samme sted (avsnitt 110).

⁷³ Det vises til *Portugaia Construções Lda*, som omtalt over (avsnitt 12 og 26).

⁷⁴ Det vises til sak E-3/06 *Ladbroke's*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 86 (avsnitt 42). De ankende parter viser også til Høyesteretts dom (Rt. 2009 s. 839) etter dommen i sak E-4/04 *Pedical*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1.

⁷⁵ Det vises til *Portugaia Construções Lda*, som omtalt over (avsnitt 29).

153. De ankende parter foreslår følgende svar på det tredje spørsmål:

Artikkel 36 i EØS-avtalen må tolkes slik at den er til hinder for et allmenngjøringsvedtak som det denne sak gjelder, hvis formål er å sikre utenlandske arbeidstakere utsendt til den aktuelle EØS-stat lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har i henhold til landsomfattende tariffavtaler, samtidig som situasjonen for norske arbeidstakere utenfor landsomfattende tariffavtaler ikke kan medføre et allmenngjøringsvedtak.

Ankemotparten

154. Selv om ankemotparten anser at spørsmål 3 ikke behøver å besvares, ettersom det andre spørsmål burde besvares benektende, fremlegger den subsidiære anførsler.

155. Ankemotparten bemerker at det i utgangspunktet ikke bestrides at vilkårene i forbindelse med kjernen av ufravikelige regler fastsatt i artikkel 3 nr. 1 i direktivet utgjør restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester. Etter ankemotpartens oppfatning er spørsmålet imidlertid om slike restriksjoner er begrunnet i tvingende allmenne hensyn.

156. Ankemotparten bemerker at selv om lovgivers intensjon kan gi en indikasjon på en lovs formål, er den ikke avgjørende, og at dette prinsipp gjelder for rettsakter vedtatt av andre myndigheter.⁷⁶ Imidlertid er ankemotparten av den oppfatning at det avgjørende spørsmål er om de regler saken gjelder, objektivt sett er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, herunder blant annet beskyttelse av arbeidstakere og forhindring av illojal konkurranse.⁷⁷

157. Ankemotparten minner om at EU-domstolen i *Laval* la til grunn at målet med og virkningen av artikkel 3 nr. 1 og 8 er å sikre et miljø med rettferdig konkurranse mellom nasjonale foretak og foretak som yter tjenester i en annen medlemsstat, og vern av arbeidstakere.⁷⁸ Dette innebærer at nasjonale tiltak som fastsetter arbeids- og ansettelsesvilkår som er i samsvar med artikkel 3 nr. 1 og 8, fremmer vern av arbeidstakere og hindrer illojal konkurranse, og er følgelig begrunnet i tvingende allmenne hensyn.

⁷⁶ Det vises til *Finalarte m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 40).

⁷⁷ Det vises til *Finalarte m.fl.*, som omtalt over (avsnitt 41), og *Wolff & Müller*, som omtalt over (avsnitt 38–42).

⁷⁸ Det vises til *Laval*, som omtalt over (avsnitt 73–77).

158. Derfor gjør ankemotparten gjeldende at EØS-avtalen artikkel 36 ikke er til hinder for at en medlemsstat i samsvar med artikkel 3 nr. 1 i direktivet kan gi arbeidstakere utsendt til dens territorium arbeids- og ansettelsesvilkår som omfatter områdene angitt i bokstav a)–g) i første ledd, som i vertsstaten er fastsatt i en tariffavtale som er allmenngjort i henhold til artikkel 3 nr. 8.

159. Ankemotparten anfører at reguleringen av arbeids- og ansettelsesvilkår i Norge hviler på to søyler: Arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven. Forholdet mellom de to lover er regulert i utsendingsforskriften § 2 annet ledd. Målet for og virkningen av disse regler er å sikre arbeidstakere minimumsvernet i den aktuelle sektor, og derved sikre likebehandling.

160. Ifølge ankemotparten har første og annet strekpunkt i artikkel 3 nr. 1 i direktivet samme begrunnelse. Følgelig understreker ankemotparten at utsendte arbeidstakere skal sikres grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår som omfatter områdene angitt i første ledd bokstav a)–g), “som fastsatt ved lov eller forskrift og/eller ved tariffavtaler som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til nr. 8”. Ankemotparten mener det følger av ordlyden og strukturen i artikkel 3 nr. 1, noe også EU-domstolen har bekreftet, at medlemsstatene har anledning til å supplere det minimumsvern loven gir, med et minimumsvern gitt i tariffavtaler, med forbehold for artikkel 3 nr. 8 første ledd og prinsippet om likebehandling. Derfor går ikke arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt i en tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til artikkel 3 nr. 1 og 8, ut over det som er nødvendig for å sikre beskyttelse av arbeidstakere og forhindre illojal konkurranse, uten hensyn til om slike bestemmelser supplerer de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved lov.

161. Ankemotparten gjør gjeldende at ESA kom til samme konklusjon i sin avgjørelse av 15. juli 2009.⁷⁹ Følgelig er ankemotparten av den oppfatning at om grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt i en tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3 nr. 1 annet strekpunkt og artikkel 3 nr. 8 første ledd i direktivet, supplerer de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved lov, har ingen betydning for svaret på spørsmål 3a).

162. Hvis derimot spørsmål 2 besvares bekræftende, i strid med ankemotpartens anførsler, foreslås subsidiært følgende svar på det tredje spørsmål:

⁷⁹ Det vises til ESAs avgjørelse av 15. juli 2009 om å avslutte en sak mot Norge som ble innledet etter en klage mot staten vedrørende den frie bevegelighet for tjenester (320/09/COL), som ankemotparten siterer i avsnitt 299 i sine anførsler.

3a)-b) EØS-avtalen artikkel 36 er ikke til hinder for at en medlemsstat i samsvar med artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71 kan gi arbeidstakere utsendt til dens territorium arbeids- og ansettelsesvilkår som omfatter områdene angitt i bokstaver a)–g), som i den medlemsstat der arbeidsoppdraget utføres, er fastsatt i en tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til artikkel 3 nr. 8.

3c). Hvorvidt grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt i en tariffavtale som er erklært å ha allmenn gyldighet i samsvar med artikkel 3 nr. 1 annet strekpunkt og artikkel 3 nr. 8 første ledd i direktiv 96/71 supplerer de grunnleggende arbeids- og ansettelsesvilkår som er fastsatt ved lov, har ingen betydning for svaret på spørsmål 3a).

Belgias regjering

163. Belgias regjering tolker det tredje spørsmål slik at det søkes å bringe på det rene om EØS-avtalen artikkel 36 tillater et vedtak om å allmenngjøre arbeids- og ansettelsesvilkår i en landsomfattende tariffavtale med sikte på å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har.

164. Ifølge Belgias regjering følger det av fast rettspraksis i EU-domstolen at en rettsakt som utgjør en restriksjon på adgangen til å yte tjenester får anvendelse på alle personer eller foretak som utfører en aktivitet på territoriet til en vertsstat, kan rettferdiggjøres når den tjener til oppfyllelse av tvingende allmenne hensyn. Dette gjelder i den utstrekning nevnte hensyn ikke er ivaretatt i den lovgivning tjenesteyteren er underlagt i den medlemsstat der den er etablert, og i den utstrekning rettsakten er egnet til å sikre oppnåelse av det fastsatte mål og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål.⁸⁰

165. Belgias regjering bemerker at Tariffnemndas mål med å allmenngjøre VO er å sikre vern av utenlandske arbeidstakere hvis arbeids- og ansettelsesvilkår generelt er mindre gunstige enn de vilkår norske arbeidstakere har, og å bekjempe sosial dumping. Etter regjeringens oppfatning er begge disse mål anerkjent av EU-domstolen. Dessuten, slik regjeringen leser rettspraksis, har EU-domstolen understreket at nettopp disse to mål var bakgrunnen for at direktiv 96/71/EF ble vedtatt. Følgelig er det den belgiske regjeringens syn at EØS-avtalen artikkel 36 tillater at en tariffavtale kan allmenngjøres med det mål å gi utenlandske arbeidstakere samme lønns- og arbeidsvilkår som innenlandske arbeidstakere.

⁸⁰ Det vises til *Wolff & Müller*, som omtalt over (avsnitt 34).

166. Når det gjelder spørsmålet om arbeids- og ansettelsesvilkårene kan presumeres å beskytte arbeidstakerne og rettferdig konkurranse dersom de er forenlige med direktivet, anfører Belgias regjering at direktivets bestemmelser utgjør kjernen av ufravikelige regler for minimumsvern. Derfor er regjeringen av den oppfatning at det kan presumeres at arbeids- og ansettelsesvilkår som er forenlige med direktivet, ivaretar beskyttelsen av arbeidstakerne og et miljø med rettferdig konkurranse. Direktivet er dessuten, i henhold til artikkel 3 nr. 7, ikke til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne. Dersom utenlandske arbeidstakere ikke omfattes av lovgivningen i vertsstaten på områder der lovgivningen i hjemlandet er gunstigere, skal lovgivningen i vertsstaten ikke komme til anvendelse.

167. Når det gjelder spørsmålet om det faktum at en medlemsstat fastsetter generelt gjeldende arbeids- og ansettelsesvilkår både i nasjonal lovgivning og i tariffavtaler som kan erklæres å ha allmenn gyldighet kan påvirke svaret på spørsmål 3a), gjør Belgias regjering gjeldende at artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71 gjelder arbeidsvilkår som er fastsatt ved lov eller forskrift og/eller ved allmenngjorte tariffavtaler eller voldgiftskjennelser. Følgelig mener regjeringen at det at disse to typer standarder eksisterer parallelt i norsk arbeidslovgivning, ikke har noen betydning for svaret på spørsmål 3a).

168. Dersom spørsmål 2 besvares bekreftende, foreslår Belgias regjering at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 3a) til 3c) på følgende måte:

3. a) EØS-avtalen artikkel 36 tillater at en EØS-medlemsstat erklærer landsomfattende tariffavtaler å ha allmenn gyldighet dersom målet er å sikre utenlandske arbeidstakere samme lønns- og arbeidsvilkår som innenlandske arbeidstakere.

3. b) Det kan presumeres at arbeidsvilkår som er forenlige med artikkel 3 nr. 1 i direktiv 96/71/EF, sammenholdt med artikkel 3 nr. 8 i samme direktiv, ivaretar beskyttelsen av arbeidstakerne og et miljø med rettferdig konkurranse.

3. c) Det faktum at vertsstaten anvender et system der arbeidsvilkårene er fastsatt ved lov, og også ved landsomfattende tariffavtaler som kan erklæres å ha allmenn gyldighet innenfor det aktuelle yrke eller sektor, har ingen betydning for svaret på spørsmål 3a).

169. Ettersom Polens og Sveriges regjering har svart benektende på det andre spørsmål, avstår de fra å besvare det tredje spørsmål forelagt av den nasjonale domstol. Det samme gjelder ESA og Kommisjonen.

Páll Hreinsson
Forberedende dommer