FAGFELLEVURDERTE ARTIKLER
Erik Oddvar Eriksen: EØS, Norge og demokratiet 230
Stein Evju: Arbeidsrett i møte med Europa 244
Fagfellevurdert artikkel

Arbeidsrett i møte med Europa
Om utstasjonering, tjenestedirektiv og andre direktiver

Av STERN EVJU
E-post: stein.evju@jus.uio.no

1 Introduksjon


---

1 Stein Evju er professor i arbeidsrett ved Institutt for privatrett, UiO. Han har bl.a. publisert en lang rekke artikler om nasjonalt og internasjonalt om arbeidsrettslike og EF-arbeidsrettsslike spørsmål, og har deltatt i diskusjonen om slike emner som artikkelen behandler, i de siste 20 år.


Kritisk Juss 2009 (35) s 244–270
det større bildet er sammensatt. Det er gjennomført en rekke endringer i norsk arbeidsrettsovervåking som følge av EF-retslige reguleringer, som ikke har skapt særlig oppmerksomhet og heller ikke har vært særskilt omstridd, men som har bidratt til et styrket vern for arbeidstagere.

I det følgende starter jeg med å se på slike nykappinger i norsk arbeidsrett. Dette gjør jeg forholdsvis kortfattet og oversiktsmessig. Hver for seg kunne de enkelte temaene være et artikellemne, men en så inngående behandling er det ikke rom for her. Hovedveken i fremstillingen ligger på utstasjoneringseksitivet\(^3\) og tjenestetidregelset,\(^4\) på forholdet mellom dem og dernest på EF-domstolens dommer i «Laval-kvartetten» og konsekvenser av disse for nasjonale arbeidsrett.

2 RETTSUTVIKLING MED EF-ARBEIDSRETT SOM MOTOR

2.1 Bakgrunn og utgangspunkter

Da forhandlingene om en EØS-avtale kom i gang i 1989–90, fantes det endel arbeidsrettslige reguleringer i EF-retten (da EØF) om ulike typer av spørsmål. Det var karakteristisk for disse regelverkene at de gjaldt spredte og avgrensede enkeltemner; det var ikke tale om noen sammenhengende eller helhetlig regulerende. Omfanget var beskjedent. Men det var også karakteristisk for de regelverkene som gjaldt arbeidstallforhold, at de sikket til å sikre individuelle rettigheter for enhver som var omfattet av reglene. Dette er grunnleggende også for senere EF-lovgivning på arbeidsrettsområdet. Efter at EØS-avtalen kom på plass, har det vært en utvikling av et visst omfang i slik lovgivning.

Kvaret om å sikre enhver innebar, og innebærer, at slike EF-retslige regelverk ikke kan gjennomføres i norsk rett ved tariffavtaler eftersom tariff-avtaledekninangen i Norge er langt fra å omfatte alle arbeidstakere.\(^5\) Derfor har det i alt vesentlig ikke vært noen aktuell problemstilling hos oss – i motsetning til i Danmark – å la direktivene bli implementert ved tariffavtale, hverken direkte eller i form av å gi tariffavtalte regel «forrang» fremfor en gjennomføringslov.\(^6\) Et hovedsypresspunkt bak den norske praksis har vært at lovgivning er nødvendig for å sikre rettigheter for samtlige som tilkommer dem. Dels har lovgivning dessuten vært ansett ønskelig av rettstekniske og rettssikkerhetsmessige hensyn, ved at regler av betydning for arbeidstakernes rettstil-

---

\(^3\) Europaparlaments- og Rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsendelse av arbeidstakere i forbindelse med tjenestetjening.

\(^4\) Europaparlamentets og Rådets direktektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenestetjedelser i det andre marked.


ling i størst mulig grad samles og er tilgjengelige for alle brukere i felles regelverk.

EØF-rettens orientering mot individuelle rettigheter gav grunnlag for en viss bekymring på hjemlig hold for at den ville føre med seg en svekkelse av arbeidsrettlig vern og kollektiv arbeidsrett. Dette kommer jeg tilbake til i 2.3 nedenfor.

2.2 Opprinnelige og senere reguleringer – oversikt


7 Jfr. litt nærmere Stein Evju, «Direktivimplementering og arbeidsgivners søksmålposisjon: Tillike om 'tilstiltevalg' og noen sider ved den nye arbeidsmiljølovens, Arbeidstakere og arbeidsliv bind 1, 175-251 (2005), på s. 177-183.
13 Lov nr. 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønne (likestillingsloven), som her må sees i sammenheng med EØS-avtalens artikkel 69.

Også på andre delområder har det skjedd en omfattende rettsutvikling i EFs arbeidsrett som har slått inn i norsk arbeidsetterslovgivning. Arbeidstid og ferie ble tidlig gjenstand for regulering,16 som voldte noen mindre komplikasjoner i en første fase, men ellers er transformert til norsk rett uten problemer. Til dette kommer direktiver om deltidssørde, om foreldrepermisjon og om vern av unge,17 og på stillingsvernområdet regler om midlertidig ansettelse.18

Et annet viktig felt er informasjon og drøftelser om arbeidsvilkår og forhold av betydning for arbeidsplassene. Bestemmelser om dette inngår i masseoppgjørs- og virksomhetsoverdragelsesregelverkene.

Ellers var den EF-rettslige utviklingen i første omgang konsentrert om transnasjonale forhold, med direktivet om europeiske samarbeidssutvalg19 som spredspiss og med en rekke senere direktiver for særlige europeiske selskapsformar og grensekryssende fusjoner.20 På nasjonalt plan kom så informasjons- og konsultasjonsdirektivet fra 2002,21 som er transformert inn i arbeidsmiljølovens kapittel 8.


18 Rådets direktiv 1999/70/EF av 28. juni 1999 om rammeavtalen vedrørende midlertidig ansettelse inn- gått mellom ETUC, UNICE og CEED.


På arbeidsmiljøområdet er hovedinstrumentet rammedirektivet fra 1989 om sikkerhet og helse på arbeidsplassen. Det er i alt vesentlig blitt gjennomført ved passiv transformasjon; direktivet er i stor grad modellert over arbeidsmiljøloven av 1977 og tilsvarende nordisk lovgivning. Rammedirektivet er fullstendig opprettet med en stort antall "datterdirektiver" og spesialdirektiver, som i alt vesentlig er gjennomført i norsk rett ved forskrifter.

Til åttende kommer enkelte særregler for spesielle arbeidstagergrupper, som sjøfolk, mobile arbeidstagere i sivil luftfart og i grensekryssende jernbanetrafikk.

2.3 Betenkeligheter og konsekvenser

Særlig fra EU-skeptisk hold ble det ytterligere betenkeligheter overfor EFs arbeidsrettssystemer i tillegg med folkeavstemningen om EU-medlemskap i november 1994. Innvendige gikk i liten grad på enkelthetene i de regelverkene som forelå. Skепisens knyttet seg først og fremst til det strukturelle. Det ble fremhevet at EFs arbeidsrettssystemer i regelverk gir individuelle rettigheter i motsatt til kollektive rettigheter, og at det ofte var tale om minimumsrettigheter på et beskjedent nivå. Tarifavtaler og fagforeninger hadde liten eller ingen plass i reguleringsystemet, i motsatt til det som preger norsk og nordisk arbeidsplassen. I Danmark var det blitt hevdet at integrasjonen av EF-retten kunne sees som en "deregulering" i forhold til den kollektive dimensjonen i nordisk arbeidsplass. Synspunktet vant gjenklang blandt norske kritikere. Bekymringen var særlig om EF-retten og et eventuelt EU-medlemskap ville endre vårt nasjonale arbeidsrettssystem i en EF-rettslig individuellistikk retningslinje, og om det ville føre til en svekkelse av fagbevegelsen og dens rolle i nasjonale sammenhenger.

22 Rådskonferanse 89/491/EØF av 12. juni 1989 om i overensstemmelse med saker om arbeidslivets sikkerhet og helse på arbeidsplassen.
24 Antallet forskrifter, og detaljeringsgraden, er betydelig. En oversikt over de regelverkene kan finnes i arbeidstilsynets nettsider – http://www.arbeidstilsynet.no/c26962/)
regelverk/eos-direktiver/index.html?id=28666.

Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
I tilbakeblikk må det sies at det ikke har gått så galt. På en rekke punkter har gjennomføringen i norsk rett av EF-rettslige arbeidsrettsdirektiver ført til et bedre vern for arbeidstageren enn det vi hadde fra før av. Det gjelder for eksempel i stillingsværet, med reglene om masseoppsigelse og virksomhetsoverdragelser, reglene om «skriftlig arbeidsavtale», informasjons- og drøftelsesregler nasjonal og transnasjonal, og i deler av arbeidsrettsreguleringene. Det kan heller ikke sies at EF-retten og veksten i den har svekket arbeidstagerorganisasjonenes eller deres posisjon som aktører på virksomhetsnivå og nasjonal nivå i norsk arbeidsrettslig og samfunnspolitisk perspektiv. Partisamarbeidet og trepartssamarbeidet har fortsatt en dominerende plass i den norske modellen.

En annen bekymring knyttet seg til arbeidsinnvandring og mulig økt bruk av utenlandske arbeidskraft i Norge. I det så man en fare for «sosial dumping» ved at utenlandske arbeidstagerer kunne arbeide i Norge på dårligere vilkår enn det som er vanlig for norsk arbeidskraft. Det knyttet seg usikkerhet til hvor alvorlig en slik fare ville være; det forelå ikke noe vedtatt regelverk på dette området i EF-retten, ut over traktatreglene, på den tiden det er snakk om her. Men det var fremmet forslag om direktegjennomgått medlemmers saksbehandling, og det ledet til at det tidlig i EØS-prosessen ble reist krav om lovgivning som kunne møte et mulig problem. Dette er tema i 3 nedenfor.

3 ARBEIDSINNVANDRING, UTSTASJONERING OG ALMENNGRØNINGSLOV

3.1 Fri bevegellighet og utstasjonerings i EØF

Med EØS-avtalen og forhandlinger om et mulig EU-medlemskap rykket et nytt regime nærmere, med langt mer omfattende fri bevegellighet på arbeidsmarkedsområdet enn tidligere. I EØF ble den traktatfestede frie bevegelse for arbeidstagerer (nu artikkel 39 EF) tidlig gjenstand for sekundærlovgivning, først med Forordning 1612/68, dermed et generelt frie bevegelsesfororden (EF) nr. 1408/71. EØF ble den første gjenstand for arbeidsavtalen («vertsstatens», eller «arbeidsstatens») rett fra første dag, og det andre er det hjemlandets rett som skal gje, men slik at mottagerlandets rett får anvendelse dersom et utstasjoneringsarrangement har vart i minst 12 måneder. Forordningen fra 1968 løste imidlertid langt fra alle relevante rettsvalgspørsmål. Spesielt med sikte på utstasjoneringsarrangementene ble det lagt frem et forslag til rettsvalgsforordning i 1972; det ble revidert og gjenntatt i 1976. Disse forslagene bygget på traktatreglene om fri bevegelse for arbeids-

28 På enkelte punkter er heller ikke EU-skeptikere uenige i dette; jfr. for eksempel Thoresen, Stueland & Øvervold 1994, s. 23.
29 Rådsforordning nr. 1612/68/EØF av 15. oktober 1968 om arbeidskraftens frie bevegellighet innenfor EF; jfr. lov 27. november 1992 nr. 112 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtales vedlegg V punkt 2 (rådeforordning (EØF) nr. 1612/68) om fri bevegellighet for arbeidstakere mv innenfor EØS.

- Domstolen la til grunn at det ikke var traktatreglene om fri bevegelse for arbeidstagere, men derimot tjenestereglene (nu artikkel 49–50 EF) som hadde anvendelse.
- Domstolen fyset til et obiter dictum hvor den uttalte at «fellesskapsretten er ikke til hinder for at en medlemsstat kan utstrekke [gi anvendelse] sin lovgevinng, eller kollektive arbeidsavtaler inngått mellom partene i en øvringsj, til enhver person som er ansatt, også midlertidig, på sitt territorium, uansett i hvilket land arbeidsgiveren er etablert, og fellesskapsretten forbyr heller ikke medlemsstatene å håndheve slike regler på passende måter» (avsn. 18, min oversettelse fra engelsk).


Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
3.2 Norsk situasjon og reaksjon


Disse reglene ble avløst av utlendingsloven av 1988 og utlandingsfor- skriften, der de alminnelige vilkår for arbeidstilatelse ble fastsatt i § 2. Kravet om lønns- og arbeidsvilkår ble videreført i forskriftens § 2 første ledd nr. 2:9

«Lønns- og arbeidsvilkår må ikke være dårligere enn ette gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Utlendingsdirektoratet kan gi nærmere retningsliner i samråd med Arbeidsdirektoratet.»

Ved inngangen til 1990-årene var rettsituasjonen således at det ble krevet arbeidstilatelse, og derved stillet vilkår om tarifflik eller «normal» lønn, både overfor individuelle arbeidssøkere og overfor «utsendte» arbeidstagere fra utenlandske tjenesteydere.40

De første skriftene for å møte en ny situasjon ble tatt allerede høsten 1991. Da startet Kommunaldepartementet forberedelsen til en lov. I juni året etter ble et høringsnotat sendt ut.41 I høringsnotatet gikk departementet inn for en

---

37 Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold hør (utlendingssaken).
38 Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold hør (utlendingssaken). 
40 Se nærmere om dette Stein Evju, «Almenning på norsk», Arbeidsrett og arbeidsliv bind 4, s. 1–37 (2009), s. 2–9 (Evju 2009b).
lov om fastsettelse av minstelønn, som skulle ha aavendelse for alt arbeid som utføres i Norge uansett om et arbeidsforhold etter ellers gjeldende rettsvalgsregler ble regulert av et annet lands lov. Forslaget gikk ut på at Riksloennsnemnda skulle gis kompetansen til å fastsette minstelønn for en bransje eller en del av en bransje etter krav fra fagforening eller arbeidsgiverforening med innstillingsrett og forutsatt at almene hensyn "tilsier et det fastsettes minstelønn" (lovutkastets § 2 første ledd). Utkastet ville altså ikke etablere noen autonom kompetanse til å gi minstelønnsregler, men heller ikke noe krav på å få en regulering dersom en berettiget organisasjon fremmet "krav" om det.

Høringsutkastet fikk i hovedsak en positiv mottagelse, men det var uenighet om hva slags tiltak som var ønskelige. Arbeidsgiversonen var gjennomgående for en lov om minstelønsfastsettelse. LO gikk derimot bestemt inn for en ordning med å gjøre "tarifavtaler allmenngyldige"; det samme gjorde YS og endel andre arbeidstagerorganisasjoner. Det ble også utfallet, ikke minst etter sterkt press fra LO. Efter en omfattende lovbehandling med skarpe motsetninger mellom arbeidsmarkedsparter og partier på flere punkter ble almengjøringsloven vedtatt i juni 1993.43

3.3 Almengjøringsloven i korte trekk
Almengjøringsloven har en tosidig formål. Det er et dels «å sikre den enkelte utenlandske arbeidstaker lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de norske», og dels «å utelukke muligheten for konkurransevidninger overfor virksomheter med norske arbeidstakere» i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalen.44 Denne dualismen er fastholdt og tydeliggjort i den nye formålsbestemmelsen i lovens § 1 etter lovendringer i 2009:45

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

Standarden «likeverdige vilkår» bygger på innvandringsreglenes lønnsstandard, som er blitt sett på som et uttrykk for et «siktemål [om] å sikre likebehandling med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår».46

42 Et teknisk begrep i henhold til lov 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister § 11 og lov 18. juli 1958 nr. 2 om tjenestevister § 25.

Kritisk Just 2009 (35) nr 3
Loven etablerer et særskilt, uavhengig forvaltningsorgan, Tarifternemnda, som er gitt kompetanse til å treffe vedtak om «allmenngjøring av tariffavtaler», jfr. § 2 og § 3. I realiteten utøver Tarifternemnda delegert lovgivningsmyndighet; nevnden kan fastsette forskrifter om ufravikkelige minsteviklår for individuelle arbeidsspor forhold (lovens § 6). Tarifternemnda kan ikke ta alle bestemmelser i en tariffavtale inn i en forskrift. Vedtak om «allmenngjøring» kan bare gjelde de deler av tariffavtalen som regulerer de enkelte arbeidstageres lønn- og arbeidsvilkår, såkalte normative bestemmelser, i motsætning til «kollektive» bestemmelser om partsforhold, forhandlinger, tillitsvalgte, m.v. Dernest må Tarifternemnda som forvaltningsorgan se til at dens vedtak holder seg innenfor EØS-rettens rammer.47 Dette har fått et konkret uttrykk i lovens § 5 første ledd (tidligere § 3 første ledd). Vedtak kan bare treffes «med de begrensninger som følger i og i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7».48 I det ligger både tematiske og nivåmessige begrensninger med hensyn til hva som kan fastsettes for utenlandske arbeidstagere. Dette kommer jeg tilbake til i 4 nedenfor.


49 Se nærmere Evju 2009b, s. 25–27.
Stein Evju

Loven er ellers bygget ut i flere trinn med regler om kontroll og håndhevelse, sist ved endringsloven fra 2009. Dette går jeg ikke inn på her.50


4 Utstasjoneringsdirektivet — introduksjon

Direktivet er et komplett instrument. Her skal jeg bare gå inn på noen hovedpunkter.53 Det grunnprinsippet direktivet bygger på, er i og for seg enkelt. En «hard kjerne» av mottagerstatens nasjonale bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår skal ha anvendelse også for arbeidstagere som er utstasjonert fra andre land av arbeidsgivere med annen hjemstat (jfr. artikkelen 3 nr. 1 og fortløps punkt 14). Direktivet har dermed også en rettsvalgsdimensjon. Ved arbeid over landegrensen er det et sentralt spørsmål hvilket lands rett som skal gjelde for arbeidsforholdet. Direktivet regulerer dette (et stykke på vei), som en viktig funksjon — eller side — av hovedtemaet:

Direktivet regulerer hvilke regler mottagerstaten skal gjøre gjeldende for visse arbeidsforhold ved grenseoverskridende tjenesteydelser, og gir dessuten bestemmelser om adgang til å gi regler som skal ha anvendelse. Indirekte gir det med det også en avgrensning av adgangen til å gjøre ytterligere regler gjeldende.

Hvilke regler om lønns- og arbeidsvilkår som skal ha anvendelse og hvilke som kan gis anvendelse, er reguleren gjennom en kombinasjon av bestemmelser om vilkår og rettsgrunnlag i artikkelen 3 nr. 1 og nr. 7–10.

Eftet artikkelen 3 nr. 1 er utgangspunktet at vilkår av de typer som er nevnt i bestemmelsens bokstav a–g (kalt «listen» eller «den harde kjerren»), skal gis

51 Forskrift 10. november 2004 nr. 1396 om almenngjøring av tariffavtaler for enkelte petrolsumsorganisasjoner på land.
anvendelse for utsendte arbeidstagere. I den norske oversettelsen av direktivet lyder listen slik:

«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 uteie 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 direktivet defineres begrepet minstelønn nevnt i nr. 1 bokstav c) i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til.»

Temafeltene er slike som er gjenstand for EF/EØS-rettslig regulering, i stor grad gjennom minimumsdirktiver. Unntakene er bokstav d, vilkår for uteie, og bokstav c, minstelønn. Noen medlemsstater har minstelønnslavning, andre har det ikke. I den siste kategorien hører som kjent de skandinaviske landene hjemme. Mens de øvrige vilkårskategoriene er «obligatoriske», det vil si slike hvor statene skal ha regler, er det klart at artikkel 3 nr. 1 ikke innebærer noen plikt for stater som ikke har minstelønnslavning, til å innføre regler om dette.54

Andre vilkår enn slike som er nevnt i artikkel 3 nr. 1, kan gjøres gjeldende i henhold til artikkel 3 nr. 10 (og den spesielle regel for uteide arbeidstakere i artikkel 3 nr. 9). «Listen» i artikkel 3 nr. 1 er alltså ikke uttømmende. I direktivet av inntrekkpunkt står det at direktivet «ikke [er] til hinder» for at statene «i henhold til traktaten» og «på grunnlag av likebehandling» kan gi andre og flere vilkår enn de som omfattes av «listen» i artikkel 3 nr. 1, anvendelse (også) for utsenderforetak og utsendte arbeidstakere, så langt dreier seg om bestemmelser om «offentlig orden» (ordre public, eller public policy, i andre sprogversjoner). Direktivet gir forsåvidt statene en frihet til å gjøre nasjonale vilkår gjeldende ut over området for det man er forpliktet til. Det er imidlertid en frihet med begrensninger. Det er understreket til overmål i EF-domstolens dom fra juni 2008 i Luxembourg-saken.55

56 Commission of the EC v Luxembourg; jfr. note 2.

Kritisk Juss 2009 (35) nr 3

For andre typen virksomhet enn «byggearbeid» krever direktivet ikke at tariffregulerte vilkår – hverken i «kjernen» eller forsvig – skal ha anvendelse for utstasjonerte arbeidstagere. Men mottagerstaten har en viss adgang til å gjøre tariffvilkår gjeldende, med artikkel 3 nr. 10 som utgangspunkt. Bestemmelsen viser tilbake til nr. 8, som dels gir en definisjon av hva som i direktivets forstand skal forstås med «tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet». Men nr. 8 annet ledd gir i tillegg anvisning på to former for tariffavtaler som medlemsstatene kan basere seg på – som «ekvivalenter», om man vil – dersom det ikke finnes ordninger for å «erklære» at tariffavtaler skal ha almen gyldighet. Direktivet definerer og anerkjenner således tre ulike kategorier av tariffavtaler som mulige retningslinjer for sine formål. For det første tariffavtaler som er «erklært» som «alment gyldige» («d’application générale», «universally applicable»), artikkel 3 nr. 8 første ledd. For det annet tariffavtaler som «generelt anvendes» på alle «tilsvarende foretak» i «det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring», nr. 8 annet ledd første strekpunkt. Og for de tredje tariffavtaler inngått av «de mest representative» organisasjoner på nasjonalt plan, og som «anvendes» på «hele det nasjonale territorium», nr. 8 annet ledd annet strekpunkt. Felles for de to siste alternativene er at det gjelder et krav om «likebehandling» av utsenderforetak med nasjonale foretak. Likebehandling i direktivets forstand vil foreligge dersom nasjonale foretak «i en tilsvarende situasjon» er underlagt de samme forpliktelser som utsenderforetak og pålagt å oppfylle slike forpliktelser med de samme virkninger (nr. 8 tredje ledd).

De vilkår direktivet krever eller tillater anvendt, har karakter av «minimumsvilkår». Efter artikkel 3 nr. 7 første ledd gjelder et «gunstighetsprinsipp». Dersom løns- og arbeidsvilkårene etter hjemstatens regulering er gunstigere

57 Hva som skal forstås som dette, er defineret – relativt bredt – i vedlegg til direktivet. Nettopp «byggearbeid» og hva det skal omfatte, var både et utgangspunkt for prosessen med direktivet og et av de kontroversielle temaer under arbeidet med det.
for arbeidstageren enn de i mottagerstaten, har arbeidstageren fortsatt rett til de førstnevnte. Det er ikke ment at direktivet skal føre til noen reduksjon av det sosiale vernet man har i det landet man kommer fra, ved en uttaksjonering til et annet EU/EØS-land.58

Direktivets regler skal ha anvendelse der et foretak som er etablert i en EU/EØS-medlemsstat, sender ut arbeidstagere til en annen medlemsstats territorium «i forbindelse med tjenesteyting over landegrensen» (artikkelen 1 nr. 1). Dette omfatter både ordinære oppdragstagerforhold der foretaket sender ut arbeidstagere for egen regning og under egen ledelse i henhold til avtale med mottageren av tjenesteydelsene, og uttaksjoneringer mellom selskaper i et konsern, og arbeidsutleie (artikkelen 1 nr. 3). Virkeområdet er dermed omfattende.


5 TJENESTEDIREKTIVET OG ARBEIDSRETTEN

5.1 Bakgrunn og tilbivelse


58 Jfr. forsvaivit «räddetnøten» ad artikkelen 3, Statement 227/96, by the Council and the Commission, punkt 1. Denne forntolkningen ligger også klart til grunn for dommen i Laval, jfr. i 6.2 nedenfor. – Skjønt det ikke følger direkte av ordsorden, må regelen i artikkelen 3 nr. 7 første ledd, ut fra formålet og domstolens fortolkning, gjelde tilsvarende for vilkår som gjelder i mottagerstaten etter artikkelen 3 nr. 10.


5.2 Direktivet og arbeidsretten

I det vedtatte direktivet er det generelle opprinnelseslandsprinsippet ikke med. Regler om hjemstatskontroll er endret slik at de ikke får betydning på det arbeidstrettelige området. Nasjonale arbeidsrett er unntatt fra direktivets anvendelsesområde efter artikkel 1 nr. 6 og 7. Nr. 6 unntar «arbeidsretten», som i bestemmelsens forstand er lov- og kontraktsbestemmelser om «ansettelsesvilkår, arbeidsvilkår, herunder helse og sikkerhet på arbeidsplassen og forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere». Nr. 7 unntar, enkelt sagt, kollektivarbeidstrettelige spørsmål; direktivet skal ikke berøre «retten til å forhandle frem, inngå og håndheve tariffavtaler og retten til å gjennomføre faglige aksjoner», og skal heller ikke berøre «utøvelsen av grunnleggende rettigheter som er anerkjent i medlemsstatene og i fellesskapsretten». Det som omfattes av utstasjoneringsdirektivet, er dessuten særskilt unntatt etter tjenestedirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav a. I artikkel 2 nr. 2 bokstav e er det dessuten et særskilt unntak for «tjenester som ytes av vikarbyråer».

---

61 Forslagets artikkel 17 nr. 5, og tilsvarende for direktivet om europeisk samarbeid, artikkel 17. nr. 6.

Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
Forholdet til tjenestedirektivets artikkel 16 står sentralt. Artikkel 16 er en hovedbestemmelse. Den angir hvilke restriksjoner på grensekyssende som ikke er tillatelige, dels i form av generelle standarder som knytter seg til den almenneligheten lærer om «vingende almene hensyn» og restriksjoner, og dels (i nr. 2) ved å angi spesifikke typer av krav som ikke skal kunne stilles.

Sunnhet og sikkerhet på arbeidsplasser («arbeidsmiljø») er berørt i artikkel 16 nr. 2 bokstav f, men omfattes eksplisitt også av artikkel 1 nr. 6. Det er utvilsomt at direktivets artikkel 16 ikke kan leses slik at arbeidsrettsgive spørsmål i videre forstand omfattes av denne artikken, bare med de spesifikke unntakene som er tatt inn i artikkel 16 selv. De generelle unntaksbestemmelsene i artikkel 1 nr. 6 og 7 har «forsang» – de gjelder også på artikkel 16s område. Det samme illustreres også av unntaksbestemmelsen i direktivets artikkel 17 nr. 2. Det heter det at artikkel 16 ikke får anvendelse på «områder som er omfattet av direktiv 96/71/EF». Det er klart at denne konkrete bestemmelsen ikke innebærer at andre deler av tjenestedirektivets kapittel IV om fri bevegelighet for tjenesteydelser skal ha anvendelse på utstasjoneringsdirektivets område. Bestemmelsen i artikkel 17 nr. 2 innskrenker heller ikke på noen annen måte rekkevidden av den generelle unntaksbestemmelsen i artikkel 3 nr. 1 bokstav a.

Det knytter seg imidlertid et særlig spørsmål til forståelsen av tjenestedirektivets artikkel 16 nr. 1. Opplistingen i tredje ledd bokstav b av grunner som kan berettige krav eller restriksjoner, er knappere enn det sett av hensyn EF-domstolen har anerkjent under doktrinen om «vingende almene hensyn» i artikkel 16 nr. 1 nevnes bare «hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet, den offentlige sunnhed eller beskyttelsen av miljøet» som slike hensyn som kan berettige restriksjoner (hensyn som kan gjøre restriksjoner «nødvendige»). I sin rettspraksis har EF-domstolen anerkjent et langt bredere spekter av hensyn. Det illustreres av fortalens punkt 40, hvor de fleste typene av hensyn er regnet opp. Det omfatter «opprettholdelse av samfunnsordenen, sosialpolitiske mål, [...] forbrukerbeskyttelse, beskyttelse av arbeidstakere, herunder den sosiale beskyttelse av disse; dyrevelferd, opprettholdelse av den økonomiske balanse i det sosiale sikringssystem» og meget annet. Dette punktet er egnet til å vise at det neppe kan antas at teksten i artikkel 16 nr. 1 tredje ledd bokstav b er ment å skulle være uttømmende. Fortalens betraktning fremstiller seg tvert imot som en «forklaring» på hvordan direktivtexten skal forstås. Til dette kommer at domstolens almennelige tilnærming er at et direktt på dette området må tolkes i lys av traktatens artikkel 49. Det kan derfor anses lite trolig at domstolen vil innla en annen stilling og la direktivet lede til omfattende innskrenkninger av hva som kan anses som slike «vingende almene hensyn» som kan berettige restriksjoner. Dette er imidlertid et

Se litt nærmere om denne i 6.1 nedenfor.

Kritisk Justis 2009 (35) nr 3
uavklart og omstridt spørsmål i debatten om tjenestedirektivet, ikke minst i den hjemlige diskusjonen.

For unntaksbestemmelsene for arbeidsrett er to videre spørsmål av særlig betydning.

Det første gjelder den tematiske rekkeordenen. Bestemmelsene knytter seg til det jeg har kalt «nasjonal arbeidsrett». Artikkel 1 nr. 6 bruker uttrykket «arbeidsretten». Det kan gi associasjoner til hele rettsfeltet eller området for disiplinen arbeidsrett. Men i direktivets sammenheng kan uttrykket ikke forstås på en så omfattende måte. Det går frem av distinksjonen mellom nr. 6 og nr. 7, ved at sentrale kollektivarbeidsrettelige temaer er omfattet av det siste. Dess-uten går det eksplicit frem av nr. 6 selv hva som menes med «arbeidsrettene» i denne bestemmelsens forstand. Oppregningen i nr. 6 favner vidt. Grovt sett faller den i tre hoveddeler:
- ansettelsesvilkår («terms and conditions of employment»);
- arbeidsforhold -- som særlig omfatter sundhet og sikkerhet på arbeidsplassen;
- «forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere».

Ordlyden gir i seg selv ingen særlig veiledning for tolkningen med hensyn til hva dette skal omfatte. Fortalens pkt. 14 kan gi litt mer av en pekepinn. Der heter det:

«[...] arbeids- og ansettelsesvilkår som f.eks. maksimal arbeidstid og minimum hviletid, minste antall betalte feriedager pr. år, minstelønn og sikkerhet, sundhet og hygiene på arbeidsplassen, [og] forholdet mellom arbeidsmarkeds parter, [...]»

Eksemplene indikerer at det typisk er regulering for individuelle arbeidsforhold – om (minste)lønn, arbeidstid, fritid, permisjoner, m.v. – og regulering av det vi med hjemlig terminologi kan kalle arbeidsmiljø, som omfattes av de to første alternativene. Det tredje må nok forstå slik at det retter seg mot ulike former for arbeidstagerrepresentasjon og deltagelse i beslutningsprosesser, informasjons- og drøftelsesprosedyrer, m.v. Det er i første rekke slike emner som vil skille «forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere» fra det videre uttrykket «forholdet mellom arbeidsmarkedets parter», som knytter seg nærmere til de kollektivrettelige temaene som er beskrevet i artikkel 1 nr. 7.

Det andre spørsmålet gjelder «forbeholdsklausulene» om fellesskapsretten forrang. I artikkel 1 nr. 6 og 7 heter det i sluttfomuleringen av bestemmelsene henholdsvis «som medlemsstatene anvender i samsvar med nasjonal lovgivning som overholder fellesskapsretten», og «i samsvar med nasjonal lovgivning og praksis som overholder fellesskapsretten». Ikke minst i den norske debatten har dette vært et omstridt og ofte sentralt tema.
Formuleringene har en mangslungen bakgrunn som del av direktivteosten. De første forslagene som ble fremmet om unntak for «arbeidsrett» («labour law») av komitéer i Europaparlamentet, hadde ingen referanser til fellesskapsretten. Det hadde heller ikke de formuleringene som Parlamentet vedtok i februar 2006. Kommisjonens reviderte direktivforslag fra april samme år hadde derimot med en henvisning til fellesskapsretten, med en litt annen formulering i artikkel 1 nr. 6 enn den som ble sluttresultatet. Den formuleringen som til sist ble vedtatt, skriver seg fra Rådets behandling av direktivforslaget. Til Parlamentets sluttbehandling foreslo Komitéen for det indre marked, støttest av Den europeiske faglige samorganisasjon (DEFS, eller ETUC), andre formuleringer i både nr. 6 og nr. 7, som ville gi «nasjonal rett og praksis» et mer fremskuddt posisjon.

Forslagene er ofte omtalt som «Gebhardt-forslagene» e.l., etter komitélederen i IMCO (Committee on the Internal Market and Consumer Protection). Formuleringene som ble foreslått, løs «in accordance with Community law and national law and practices» i artikkel 1 nr. 6, og «in accordance with Community law and national law and practices, especially the rules connected to relations between the social partners in the Member States» i nr. 7. Jfr. IMCO Draft Recommendation for the Second Reading, PE 376.648v02-00, 7.9.2006, 7.


64 Jfr. COM(2006) 160 final, s. 40 Jfr. s. 5. I forslagets artikkel 1 nr. 6 het det «i overensstemmelse med fellesskapsretten» («in compliance with Community laws»), i nr. 7 var det ikke med noen tilsvarende formulering.
Selv om endringsforslagene ikke førte frem, ble den utformningen tjenestedi-
rektivet til slutt fikk, betraktet som en seier og et i det vesentlige godt resultat
av ETUC og stopparten av europeisk fagbevegelse.\textsuperscript{66} I Norge fikk diskusjonen
derimot en ganske annen tone.

5.3 Tjenestedirektivet og arbeidsretten i norsk tapning

Den norske debatten har hatt flere sider enn bare forholdet til arbeidsretten, og
det ble fra ulike hovedtender mottatt for å nedlegge «veto» mot tjenestedirek-
tivet, det vil si å avslå å ta det inn i EØS-avtalene. Det har allså ikke blitt
resultatet, jfr. i 5.1 ovenfor.

På arbeidsrettssiden har argumentasjonen fra motstandere av direktivet
fulgt to hovedlinjer. Den ene kan kort sammenfattes slik at direktivet vil åpne
for økt tjenestemobilitet. Med et utvidet EU vil det føre til større press på
tjenestemarkedet, hvilket igjen vil føre til økt «sosial dumping» i form av sub-
standard lønn- og arbeidsvilkår og svekkede muligheter for kontroll med
overholdelsen av nasjonale regler.\textsuperscript{67} Dette er i første rekke et empirisk spørsmål.
Det er mer enn regelverk om tjenestemobilitet som spiller inn på arbeids-
kraft- og tjenesteavtakere i et indre marked. Når det gjelder regelverket om
nasjonal kontroll og håndhevelse, er den rettlige situasjonen at tjenestedirek-
tivet bare i marginal grad berører slike tiltak som er satt i verk i Norge, særlig
gjennom «handlingsplanene mot sosial dumping».\textsuperscript{68} I en diskusjon om effekter
av tjenestedirektivet er det også ganske forfeil at anføre at nasjonale reguler-
som den er, er utilstrekkelig. Det vil være mulig å endre nasjonal rett og gjøre
den mer effektiv med tanke på venn mot «sosial dumping», både gjennom
minimumslovgivning om lønn- og arbeidsvilkår og ved å bygge ut nasjonale
kontrolltiltak. Begge deler er fullt mulig innenfor rammene av eksisterende
EF/EØS-rett. Endringene i almengjøringen i 2009 med innføring blandt

\textsuperscript{66} Illustrasjonsvis heter det i ETUCs pressemelding 15. november 2006, etter Parlamentets sluttbe-
handling: <<The in-depth modification of the Services Directive is a success but the ETUC will con-
tinue its action to improve certain areas.>> – Today, the European Parliament (EP) has approved at
second reading the modified Services Directive, burying for once and for all the initial Bolkstein pro-
posal. The European Trade Union Confederation (ETUC) considers this outcome as a success story for
the European trade union movement, and an example of good cooperation with the European Parlia-
ment. However the ETUC will continue its fight for improvements in some areas.>> Et av de områden
det blir spesielt nevnt i denne forbindelse, var arbeidsrettssaken. ETUC viste i å organizingen
hått kritisert «the introduction by the Council of some ambiguous language with regard to the most
sensitive issues, such as the exclusion of labour law and respect for fundamental rights», og beklaget at
 dette ikke var blitt klargjort av Parlamentet.

\textsuperscript{67} Se særlig Roar Elletsen & Stein Stugu, EU tjenestedirektiv: Hva blir prisen – hvem betaler, De
Facto rapport, Oslo 2006, spesielt s. 31 f.; Roar Elletsen & Stein Stugu, EU Tjenestedirektiv og Kom-
pen mot sosial dumping, De Facto notat, Oslo 2008; og Stein Stugu & Roar Elletsen, Er garantier
nok?: En vurdering av Stortingsproposisjon nr 34 (2008-2009) om tjenestedirektivet, De Facto notat,
Oslo 2009.

\textsuperscript{68} Se nærmere Alsoe, Evju & Ødegård 2008, s. 32–40, og Kristin Alsoe, med vedlegg av Stein Evju,
Tjenestedirektivet og arbeidsretten: Kommentarer til De Factos notat «Er garantier nok?», Fifu-notat
2009/01, Oslo 2009.
annet av solidaransvar (jfr. ovenfor med note 45 og 50) er forsåvidt en illustrasjon.

Den andre hovedlinjen går ut på at tjenestedirektivets unntak for arbeidsrett og utstasjoneringsdirektivets virkemåte er uklare og utilstrekkelige. Det mest sentrale argumentet har vært å vise til at det bare er nasjonal arbeidsrett «som er i overensstemmelse med» fellesskapsretten som unntas fra tjenestedirektivets anvendelsesområde. Formuleringsskjellene mellom «Gebbhardt-forslaget» og de vedtatte bestemmelsene har vært særlig fremhevet i denne sammenhengen. Som jeg har pekt på ovenfor (i 5.2), har dette lite for seg. Fellesskapsretten har forrang unansett formuleringsmessige nyanser. Det andre hovedargumentet på dette punkt har vært at med dommene i «Laval-kvartetten» har EF-domstolen tolket utstasjoneringsdirektivet innskrenkende, hvilket vil gi større spillerom for tjenestedirektivets regler. Men en slik sluttning kan ikke trekkes uten videre. Dels må det tas i betraktning at unntaksreglene i artikkel 1 nr. 6 og 7 unansett vil gjelde. Dernest er det et spørsmål om tjenestedirektivet trekker snervere grenser for nasjonal handlefrihet på dette området enn det som følger allerede av EF/EØS-rettens traktatregler og rettsspraksis. Det er forsåvidt et legitimt og poengtert spørsmål. Men enn så lenge kan det ikke besvares med mer enn spekulasjoner. Historiske utviklingstrekker, rettsspraksisutviklingen på utstasjoneringsområdet og debatten om den kan gi grunnlag for ulike syn på mulige utviklingsbaner. Hvilken vei vil det gå, må det imidlertid gjenstå å se.69

På det grunnlaget som foreligger idag, er det etter mit syn ikke grunn til å anta at tjenestedirektivet og gjennomføringen av det i norsk rett vil ha noen innvirkning av nevneverdig betydning på nasjonal arbeidsrett, herunder regulering og kontroll av lønns- og arbeidsvilkår for utstasjonerte arbeidstakere. Problemen og utfordringene ligger på et annet plan, med utstasjoneringsdirektivet som hovedelement.

6 UTSTASJONERING, DIREKTIV OG RETTSSPRAKSIS

6.1 Direktivet og traktatretten


Det grunnleggende utgangspunktet er at det er vel etablert gjennom rettsspraksis både at EFT artikkel 50 tredje ledd (EØS artikkel 37 tredje ledd) må

69 Se til dette i det hele referansene i note 67 og 68.

Restriksjonsbegrepet er vidt. Enkelt sagt omfatter det enhver form for regulering, tiltak eller ordning som er egnet til å forby eller på annen måte hindre eller vanskelliggjøre tjenesteydelser over landegrensene. Og domstolen har gjentagne ganger fremholdt at det å anvende mottagerstatens lovgivning på utenlandske tjenesteydere er egnet til å forby, vanskelliggjøre eller gjøre tjenesteydelser mindre attraktive i den utstrekning det medfører utgifter eller administrative eller økonomiske tilleggsbelastninger (byrder i tillegg til dem man er underlagt i hjemstaten). Kort sagt er det lite som skal til.

Det er likeledes vel etablert at restriksjoner kan være tillatelige, ut fra den domstolsskappe doktrinen om «tvingende almene hensyn» («overriding reasons of a public interest») er omfattende. I sammenhengen her er det naturlig å ta utgangspunkt i at ett av de hensyn som er anerkjent som en «public interest»-grunn, er hensynet til vern av arbeidstagere. På den annen side er et alminnelig utgangspunkt at rent forvaltningsmessige hensyn eller «formål av økonomisk art» ikke er relevante «almene hensyn». Det innebærer likevel ikke at enhver form for økonomiske eller økonomisk relaterte hensyn er utilatelige. Blandt annet har domstolen uttalat at det er legitimt å søke å sikre «gode relasjoner» og unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet. I sammenheng med hensynet til vern for arbeidstagere har den også gitt uttrykk for at hensynet til å unngå konkurransevurdering er en relevant interesse.

Poengen er at det er en sammenheng mellom det sosiale vern som gjelder i mottagerstaten, og de negative virkninger det kan ha dersom utenlandske tjenesteydere kan konkurrere på et lavere sosialt verne niveau. Som utgangspunkt er det derfor legitimt å søke å sikre at utsendte arbeidstagere har løns- og arbeidsvilkår på samme nivå som det som gjelder for tilsvarende arbeidstagere innenlands. Men her er en første problemstilling - som Laval viser med ettertrykk - hvilket innenlandsk nivå man kan kreve at en utenlandsk tjenesteyder skal være forpliktet til å etterlike ved arbeid i mottagerstaten. En videre problemstilling er om anvendelse av mottagerstatens nasjonale regler objektivt sett fremmer vernet for utsendte arbeidstagere. Det nasjonale lovforslaget vil eventuelt bare være et moment i en slik vurdering. Det vesentlige knytter seg til en form for «differansevurdering» i sammenheng med proporsjonalitetskravet. Her er spørsmålet som utgangspunkt hva som skal sammenlignes. «Differansevurderingen» har en sammenheng med spørsmålene om hvilket nivå mottagerstaten kan anvende på sine verneregler – så som om arbeidstid, ferie eller


Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
lønn. Dermed er det et spørsmål om hva som er gjenstand for sammenligning - enkeltvilkår eller en helhetlig situasjon. Et beste spørsmål er så hva målestokken for forskjell er - hvilken grad av forskjell stilles det krav om for at en relevant differanse skal foreligge. I denne sammenheng er det sentralt at proporsjonalitetskravet har en side til hvilken vern utsendte arbeidstagerer har etter retten i utsenderforetakets hjemstat. Som alminnelig regel kan utgangspunktet sies å være at mottagerstaten ikke kan gi større sine nasjonale regler gjelder dersom den ellers legitime interesse de skal ivareta, allerede har adekvat vern gjennom hjemstatens rett. Det er utrykk for en mer alminnelig norm som ikke er spesiell for utstasjoneringsproblemmene. Men på dette området har EF-domstolen formulert normen som et krav om «genuine benefit» - «reell fordel». En ellers legitim interesse berettiger likevel ikke en restriksjon dersom de aktuelle, det vil si de utsentenerte, arbeidstagerne har samme eller vesentlig tilsvarande lønns- og arbeidsvilkår i kraft av de forpliktelser deres arbeidsgiver har i henhold til hjemstatens rett.\(^{71}\)

6.2 Rettspraksis og direktivfortolkningen

Disse utgangspunktene har EF-domstolen utviklet i samspill med fortolkning av utstasjoneringsdirektivet i dommene i «Laval-kvartetten». Hver for seg er dette omfattende og komplekse sager. Her skal jeg nøye meg med å trekke frem de vesentlige elementene i disse rettsavgjørelsene sett i sammenheng.\(^{72}\)

Innladningsvis er det grunn til å peke på at EF-domstolen har fremholdt at utstasjoneringsdirektivets regler må fortolkes i lys av traktatens artikkel 49 om fri bevegelighet for tjenester. Det underliggende grunnsynspunktet er at direktivet ikke kan gi større handlingsrom enn traktatretten gjør. Denne tilnærmingen er spesielt markert i Laval (avsnitt 58 f., 98 f.), men befestes i Rüffert og Luxembourg. Samtidig kan det med adskillig rett sies at domstolen tolker artikkel 49 i lys av direktivet. Samspillet er utvilsomt, og skillet mellom tilnærningsmålene er ikke skarp.

Et annet og vesentlig poeng innledningsvis er at domstolen både i Laval og i Viking Line, som gjaldt etableringsretten etter artikkel 43 EF, fastslår at traktatens artikkel 43 og 49 har «horizontal direkte effekt» i tarifavtalemessig sammenheng. Det betyr at de forplikter fag/foreninger (og deres motparter) og


har direkte virkning i forholdet mellom mulige tariffparter når det gjelder tariffkrav og eventuell bruk av kollektive kampmøter for å gjennomføre slike krav.

Et første hovedpunkt når det gjelder det materielle, er hva slags bestemmelser om løns- og arbeidsvilkår det kan kreves at en utenlandsk tjenesteyder skal etterleve i mottagerstaten. Her er dommen i Lavai meget klar, og den er fulgt opp i Rüffer. Staten, eller en fagforenings tariffkrav, kan ikke gå ut over de temene som er fastlagt i «listen» i direktivets artikkel 3 nr. 1, uansett om de regler som gjelder for innenlandske arbeidsgivere, er mer omfattende. Listen i artikkel 3 nr. 1 er utseendende, med reservasjon bare for det som kan komme til tillegg etter «ordre public»-regelen i artikkel 3 nr. 10.

Artikkel 3 nr. 10 kan ikke påberopes av fagforeninger eller andre private parter, men bare av staten (Laval). Dermed utelukkes tariffkrav om annet enn det som faller innenfor «listen». Artikkel 3 nr. 10 er dessuten en unntaksbestemmelse og må derfor tolkes strengt. Dette er særlig understreket i Luxembourg-dommen, hvor EF-domstolen poengterer at «ordre public» i artikkel 3 nr. 10 ikke kan forstås som et nasjonaltrettslig begrep, men er et fellesskapsrettslig begrep med sterkt begrenset rekkevidde (avsnitt 26–33).

Et neste hovedpunkt gjelder hvor gode vilkår som kan fastsettes. Her er dommen, spesielt Laval og Rüffer sett i sammenheng, like klare. Nivåmessig kan det ikke kreves mer eller bedre ydelser enn det som er det preseptoriske minimum for enhver på det området eller i den bransjen reglene gjelder. Direktivets artikkel 3 nr. 7 gir ikke mottagerstaten eller dens tariffparter adgang til å stille høyere krav overfor utenlandske tjenesteydere. Dette er imidlertid ikke til hinder for at preseptoriske minima kan variere mellom områder eller bransjer og derved ha et høyere nivå enn minstestandarder i generell lovgivning. Slike variasjoner er velkjente i en rekke medlemsstater og har vært godtatt i tidligere rettsspraksis. I hvilken grad det vil kreves særlige grunner og proporsjonalitet etter laren om «vingende almenne hensyn», er imidlertid foreløpig et uløst spørsmål.

Hva som kan være «minstelønn» efter direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav c, var ikke et tema i Laval; Sverige har overhodet ikke noen minstelønnregulering. I direktivets artikkel 3 nr. 1 if heter det at begrepet minstelønn «defineres [...] i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til». Det er likevel et spørsmål hvilken grad av frihet mottagerstaten har. Spørsmålet ble tangert i Rüffer, men på en indirekte måte. I Tyskland gjaldt et nasjonalt minstelønnsregime for byggebransjen. Det utelukket en delstat fra å stille høyere krav, ihvertfall når det ikke ble gjort på en måte som er forenlig med direktivet.

Et tredje hovedpunkt er hvordan slike vilkår som direktivet gir rom for, kan fastsettes. Som omtalt foran (i 4) er utgangspunktet at «kjernevilkår» kan, og i hovedsak skal, fastsettes ved «lov eller forskrift». Vikår fastsatt på denne måten gjelder på alle virksomhets- eller næringsområder. Videre gjelder sær-

Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
regelen for «byggearbeid» om at også vilkår som er fastsatt ved «tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklarett å ha allmen nyldighet», skal ha anvendelse. I tillegg gir artikkel 3 nr. 8 anvisning på to andre former for tariffavtaler som medlemsstatene eventuelt kan basere seg på, «alment gylige» tariffavtaler og tariffavtaler som er inngått av «de mest representative» organisasjoner på nasjonal plan og «anvendes» på «hele det nasjonale territorium».

Disse alternativene reiser intrikate fortolkningsspørsmål. I Laval slo EF-domstolen eftertrykkelig fast at krav med henvisning til slike former for tariffavtaler som omhandler i artikkel 3 nr. 8, forutsetter at staten treffer bestemmelser om slike tariffavtaler skal ha anvendelse (avsnitt 65–71). Staten kan ikke unnlade å regulere dette uttrykkelig – i praksis ved lov eller forskrift – og overlate til tariffparter (fagforeninger) å gjøre tariffavtaleregulering gjevende. Men ut over dette har rettspraksis så langt ikke gitt avklaringer av de mange fortolkningsspørsmålene i artikkel 3 nr. 8 gir opphav til.


Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
EF-domstolen har dermed etablert at nasjonal arbeidskamprett er gjenstand for fellesskapsrettlig sensur. Og den introduserer et proporsjonalitetskrav i arbeidskampretten som er kjent fra endel kontinentaleuropeiske land, særlig Tyskland, men som er grunnleggende fremmed i nordisk kollektiv arbeidsrett (med en viss reservasjon for Danmark med doktrinen om «rimelig faglig formål»73).

6.3 Konsekvenser og kritikk


Den rettsilstanden EF-domstolen har etablert med dette, innebærer en krasse form for «omvendt diskriminering» («reverse discrimination», «Inlænderdiskriminering»). En av tariffatalens sentrale funksjoner er å fastlegge lønns- og arbeidsvilkår som gjerne er bedre enn det preseptoriske minimum som gjelder etter nasjonelig lovgivning. Ukentlig arbeidstid på 37,5 timer til forskjell fra arbeidsmiljølovens 40 timer er et enkelt eksempel. Det ville være fullstendig fremmed ikke bare i norsk arbeidsrett om fagforeninger skulle være avskåret fra å fremme krav om bedre lønns- og arbeidsvilkår enn dem som alt gjelder i henhold til lov, eller fra å fremme krav som tematisk går ut over rammen i utstasjoneringsdirektivets artikkel 3 nr. 1. Og det er grunnleggende at partene eventuelt kan gripe til arbeidskamp i slike interessevister. Når EF-

73 Se om dette for eksempel Jens Kristiansen, Den kollektive arbeidsrett, 2. utgave, København 2008, s. 482 f.

Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
domstolen så trekker grenser i forhold til utenlandske tjenesteydere, betyr det at disse gir en helt annen og mer beskyttet posisjon i mottagerstatens arbeidsmarked. Det er det motsatte av likebehandling i en slik forstand som direktivets artikkel 3 nr. 8 krever den andre veien.


I tillegg er, som nevnt, proporsjonalitetskravet i arbeidskampretten et fremmedelement i norsk og nordisk arbeidsrett. Fortolkningen av direktivets artikkel 3 nr. 8 med kravet om statlig bestemmelse er dessuten en form for statliggjøring som i det vesentlige er i utakt med skandinavisk arbeidsettets sterke vekt på selvtendig tariffavtaleregulering. I det hele kan det sies at EF-domstolen har vist liten forståelse, ilvertfall sett fra et skandinavisk perspektiv, for sammenhenger og realiteter i nasjonal arbeidsrett og arbeidsmarkedsregulering.

7 SLUTTBEMERKNINGER


Almengjøringloven er imidlertid problematisk på flere måter. Dels har loven i seg selv svakheter, dels har Tariffænndas anvendelse av loven og forskriften som er fastsatt, blitt omtvist.74 Dernest er det flere uavklarte spørsmål om norsk arbeidskamprett i det bildet som er tegnet, både rent nasjonalt og i et internasjonals-privatrettslig perspektiv.

Et annet og mer tidvarende tema er EF-domstolens standpunkter til arbeidskampretten. Disse står i kontrast til politiske erklæringer og forpliktelser EU har gitt uttrykk for i en rekke sammenhenger. Enn mer står de i kontrast til det folkerettslige vern for arbeidskampretten, etter Den europeiske sosial-

74 Se om dette Evju 2009b.

Kritisk Juss 2009 (35) nr 3
pått artikkel 6 nr. 4, ILOs konvensjoner nr. 87 og 98 og i noen grad Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 11.75 Dette er ikke den minst kontroversielle siden av dommene, og en som utvil som vil bli utfordret i tiden som kommer. I første omgang ser det imidlertid ut til at endringer i den fellesskapsrettslige rettstillstanden på dette området må komme gjennom domstolen. Det er ingen samlende politisk vilje til å ta utstasjoningsdirektivet opp til revisjon.


Kritisk Juss 2009 (35) nr 3