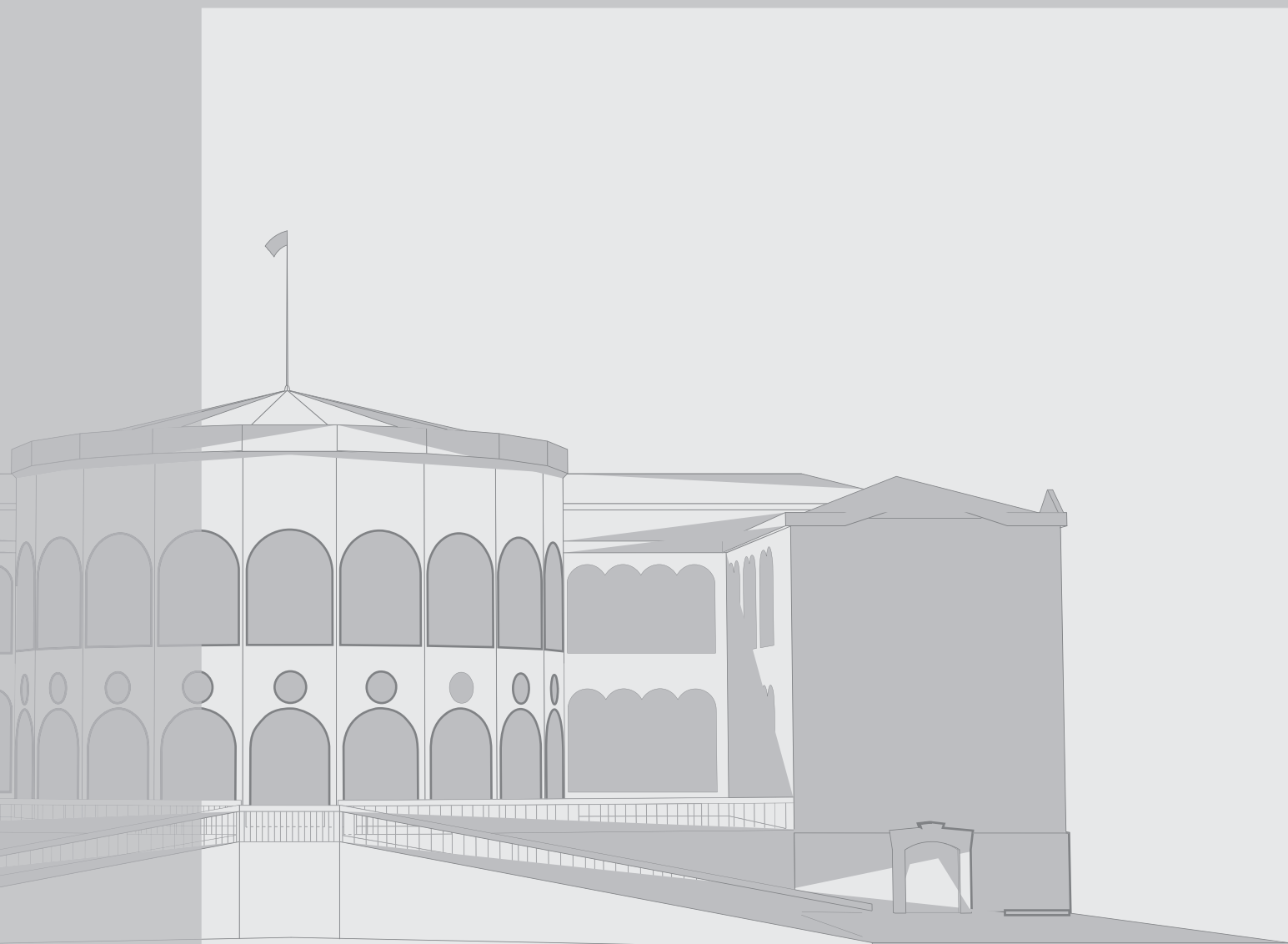


Perspektiv 03/06

Arbeidstakeres mobilitet under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester
Nasjonal regulering av lønns- og arbeidsvilkår ved grenseoverskridende
tjenestevirksomhet – særlig om sosial dumping

Av Kjetil Stensvik



Stortingets utredningsseksjon yter faglig bistand til representanter, partigrupper og komiteer i Stortinget basert på spørsmål fra den enkelte oppdragsgiver.

Seksjonen publiserer også egeninitierte notater som gjøres allment tilgjengelig.

Tidligere utgitt:

01/05 Ny britisk lov skal beskytte barn mot overgripere de møter på Internett

01/06 De nordiske medlemslandenes parlamenter og EU – om innvirkning på sine regjeringers EU-politikk

02/06 En sammenlignende oversikt over grunnlovsbeskyttelsen av menneskerettigheter i OECD-området

Dette notatet er et sammendrag av Kjetil Stensviks spesialoppgave med samme tittel som han skrev i forbindelse med avleggelse av juridisk embetseksamen høsten 2006. Stensvik var ansatt som studentstipendiat i Stortingets utredningsseksjon mens han skrev spesialoppgaven.

Arbeidstakeres mobilitet under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester

Nasjonal regulering av lønns- og arbeidsvilkår ved grenseoverskridende tjenestevirksomhet – særlig om sosial dumping

Jeg vil i dette notatet se nærmere på EØS-reglene som ligger til grunn for fri bevegelse for tjenester i situasjoner der arbeidstakere krysser landegrensene for å utføre arbeid i andre EØS-land. Tjenestereguleringene sikrer i utgangspunktet tjenesteytere en rett til å yte tjenester på tvers av landegrensene uten at man blir utsatt for diskriminerende ordninger og restriksjoner. En slik rett innebærer blant annet at en tjenesteyter fritt kan sende ut sine arbeidstakere for å utføre arbeid når vedkommende tjenesteyter skal yte tjenester i et annet EØS-land. Samtidig har en rekke EØS-land – især Norge – et behov for å regulere arbeidsmarkedet og beskytte arbeidstakerne mot urimelige lønns- og arbeidsvilkår. I denne forbindelse har begrepet sosial dumping blitt brukt hyppig den senere tid, særlig knyttet til forholdene innenfor bygg- og anleggsbransjen, der bruken av utenlandske tjenesteytere med utenlandske arbeidstakere har økt kraftig. I lys av dette vil et hovedspørsmål i det følgende være i hvilken grad det enkelte medlemsland, herunder Norge, kan oppstille begrensninger på tjenestefriheten uten å komme i konflikt med EØS-avtalen.

Det er ikke bare traktatbestemmelsene i selve EØS-avtalen som regulerer disse spørsmålene. Fra EUs side er det også utviklet og vedtatt et eget direktiv – utsendingsdirektivet¹ – som i stor grad har betydning for medlemsstatenes rettigheter og plikter der det utsendes arbeidstakere fra andre land. Ved vurderingen av de EØS-rettslige regler knyttet til utsendelse av arbeidstakere, er det derfor nødvendig å se hen til så vel traktatbestemmelsene som direktivet. Til dette kommer at EF-domstolen i stor grad fortolker både traktaten og direktivet, slik at rettspraksis fra domstolen også må tas i betraktning.

På norsk side er det utviklet et eget regelverk for å møte potensielle problemer knyttet til arbeidstakermobilitet under tjenestereguleringene. Kjernen i dette regelverket er ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler.

¹ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting.



Arbeidstakermobiliteten under tjenestereglene har stått sentralt i den politiske debatten de senere år. En av grunnene til dette er at det nettopp er ved slik arbeidstakermobilitet forskjellene mellom lønns- og arbeidsvilkår i det «nye» og «gamle» Europa kommer på spissen. Særlig i forbindelse med utarbeidelsen og vedtakelsen av tjenstedirektivet har dette stått sentralt. Jeg vil derfor også se på hvordan forslaget til tjenstedirektiv forholder seg til det eksisterende regelverk og medlemsstatenes muligheter til å bekjempe potensielle problemer knyttet til sosial dumping.

Kjetil Stensvik
Advokatfullmektig
Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen (BA-HR)

6. november 2006



INNHold

1.	FORHOLDET MELLOM EF-RETTENS FRIHETER	2
2.	GRENSENE FOR NASJONAL REGULERING AV TJENESTEARBEIDSMARKEDET	4
3.	SEKUNDÆRLOVGIVNING – UTSENDINGSDIREKTIVET	5
3.1	Utsendingsdirektivets fremvekst	5
3.2	Direktivets formål	5
3.3	Virkeområde	6
3.4	Reguleringen av arbeids- og ansettelsesvilkår	7
3.4.1	Lovvalgsdirektiv og minimumsregler	7
3.4.2	Arbeids- og ansettelsesvilkår og deres rettsgrunnlag i nasjonal rett	7
3.4.3	Minstelønn	9
3.5	Tjenestereglens betydning på områder som berøres av utsendingsdirektivet	10
4.	NASJONAL REGULERING I ET EØS-RETTLIG PERSPEKTIV	11
4.1	Innledning	11
4.2	Gjennomføringsbestemmelser og forholdet til andre relevante regler	11
4.3	Kort oversikt over ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler	12
4.4	Er ordningen i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser?	13
4.4.1	Utgangspunkt og problemstillinger	13
4.4.2	Innebærer allmenngjøring en restriksjon i EØS-rettslig forstand?	14
4.4.3	Hensyn bak ordningen	15
4.4.4	Anvendelsesområdet for allmenngjorte tariffavtaler	16
4.4.5	Allmenngjorte lønnsvilkår. Nivå og nødvendighet	18
4.4.6	Oppsummering	19
5.	FORSLAGET TIL TJENESTEDIREKTIV	20
5.1	Innledning	20
5.2	Bakgrunnen for Kommisjonens forslag	20
5.3	Kort om direktivet som sådan	21
5.4	2004-forslaget	21
5.5	2006-forslaget og endringene	22
5.6	Vurdering	23
6.	AVSLUTNING	24
6.1	Situasjonen i dag	24
6.2	Utviklingen videre	24



1. FORHOLDET MELLOM EF-RETTENS FRIHETER

Når arbeidstakere beveger seg over landegrensene for å utføre arbeid i andre EU-/EØS-land, er flere av EF-/EØS-rettens friheter som kan tenkes å komme til anvendelse. Reglene om etableringsrett, fri bevegelighet for arbeidstakere og fri bevegelighet for tjenester vil alle kunne være relevante, og det må da trekkes opp grenser for når de forskjellige reglene kommer til anvendelse.

Når det gjelder grensedragningen mellom etableringsrett og fri bevegelighet for tjenester, kan man som et utgangspunkt si at tjenestereguleringene kommer til anvendelse i de mer midlertidige tilfellene, mens etableringsreguleringene gjelder de mer permanente forhold.

Mellom reglene for tjenester og arbeidstakere er det flere treffpunkter. Det viktigste poenget knyttet til denne grensedragningen, er at tjenestereguleringene vil komme til anvendelse der den aktuelle arbeidstaker er ansatt i et foretak i det landet han drar ut fra. Dersom vedkommende derimot drar til et annet land (vertslandet) for å søke jobb i et foretak der, så vil i utgangspunktet reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere komme til anvendelse.

I hvilken grad medlemsstatene kan opprettholde ordninger for å hindre sosial dumping, vil til dels kunne avhenge av hvilket reglesett som kommer til anvendelse.

Mellom reglene for fri bevegelighet for tjenester og fri bevegelighet for arbeidstakere, er det i dag i enkelte land – herunder Norge – et særlig spenningsforhold. Ved EU-utvidelsen i 2004 ble det nemlig åpnet for at de enkelte medlemslandene – etter eget ønske – kunne innføre overgangsordninger for å håndtere arbeidsinnvandringen fra de åtte av de ti nye EU-landene.^{2 3} Bakgrunnen for dette var at man fryktet problemer med velferdsturisme⁴ og sosial dumping. Slike overgangsordninger ble imidlertid bare gjort tilgjengelige for den *individuelle* arbeidsinnvandringen, som faller inn under arbeidstakernes frie bevegelighet, og ikke for den arbeidsinnvandringen som faller inn under tjenestereguleringene.

Etter norsk rett innebærer overgangsreguleringene at arbeidstakere fra de nye EU-landene som hovedregel må ha inngått avtale med en arbeidsgiver om heltidsarbeid for å få oppholdstillatelse.⁵ Lønns- og arbeidsvilkårene i slik avtale må ikke være dårligere enn etter

² De norske overgangsreguleringene gjelder bare for arbeidstakere fra Den tjekkiske republikk, Estland, Latvia, Litauen, Polen, Slovakia, Slovenia og Ungarn. For Kypros og Malta gjelder samme regler som for resten av EUs medlemsland.

³ Overgangsordningene kan vare i inntil to pluss tre pluss to år. Den første perioden er fra 1. mai 2004 til 1. mai 2006. Deretter kan ordningen uten videre videreføres til 1. mai 2009. Etter det kan deler av overgangsordningene beholdes. Samtlige overgangsordninger må være avsluttet innen 1. mai 2011. Regjeringen videreførte overgangsordningene med virkning fra 1. mai 2006, se St.meld. nr. 9 (2005-2006) Om overgangsordningene for arbeidstakere fra de nye EØS-landene mv.

⁴ Begrepet sikter til en situasjon der en arbeidstaker beveger seg til et annet land først og fremst for å nyte godt av landets velferdsordninger, og ikke for å arbeide.

⁵ Jf. lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 58a sammenholdt med forskrift 21. desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) § 175 annet ledd.



gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.⁶ Dersom vedkommende i stedet skal yte tjenester i landet, følger det av utlendingsloven og utlendingsforskriften at det er tilstrekkelig for å få oppholdstillatelse at det legges frem opplysninger om arten og varigheten av tjenesteytelsen.⁷ Slik oppholdstillatelse er i tillegg bare nødvendig der oppholdet varer mer enn tre måneder.

De begrensningene overgangsordningene i dag legger på arbeidstakeres mobilitet under reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere, gjør det åpenbart mer tungvint å bevege seg til Norge fra de nye EU-landene som arbeidstaker enn som tjenesteytende. Som eksempel kan man tenke seg den situasjonen der en polsk arbeidstaker har fått tilbud om arbeid som utgjør mindre enn en heltidsstilling, kanskje med et håp om å få mer å gjøre etter hvert. Vedkommende vil som hovedregel ikke ha krav på oppholdstillatelse dersom han kommer som arbeidstaker i EØS-avtalens forstand. Dersom vedkommende i stedet kan komme inn under tjenestereglene, vil veien til arbeid i Norge være mye enklere. Det vil da være gunstig så vel for arbeidstakeren som for den som ønsker å få arbeidet utført at arbeidstakeren kommer inn under tjenestereglene. Det kan for eksempel gjøres ved at det inngås avtale om innleie av arbeidstakeren fra et polsk selskap, eller ved at et norsk selskap inngår avtale med et polsk om for eksempel underentreprise. Arbeidstakerne vil da falle inn under tjenestereglene. Alternativt kan et norsk selskap opprette et såkalt postbokselskap⁸ i Polen, og ansette den polske arbeidstakeren der. Vedkommende vil da kunne komme til Norge som utsendt arbeidstaker, og på den måten være underlagt tjenestereglene.

Dersom vedkommende selv registrerer seg som selvstendig næringsdrivende, vil han være vernet av tjenestereglene, og unngår dermed overgangsreglene for arbeidstakere. Samtidig vil vedkommende ikke være arbeidstaker etter norsk rett – han er jo selvstendig næringsdrivende – og det får den konsekvens at blant annet regler om minstelønn etter allmenngjøringsvedtakene ikke kommer til anvendelse. Dersom dette er ren regelomgåelse, vil det ikke være lovlig etter norsk rett. Det er de reelle forholdene som skal legges til grunn ved vurderingen av om lovgivningen skal komme til anvendelse.⁹

I det følgende er det de situasjonene som faller inn under reglene om fri bevegelighet for tjenester som vil bli viet oppmerksomhet.

⁶ Jf. utlendingsforskriften § 175 annet ledd.

⁷ Jf. utlendingsloven § 51 første ledd bokstav b) sammenholdt med utlendingsforskriften § 176 første ledd bokstav b).

⁸ Med det menes et selskapet som ikke har reell virksomhet i Polen, og som er registrert der av hensiktsmessighetsgrunner.

⁹ Regjeringen påpeker i St.meld. nr. 2 (2005-2006) Revidert nasjonalbudsjett 2006 avsnitt 3.6 at dette er et reelt problem: «Overgangsreglene for arbeidstakere fra de nye EØS-landene kan i noen grad ha ført til en vridning mot fiktiv tjenesteytelse for å unngå kravene om norske lønns- og arbeidsvilkår. ... En viss økning i antallet registrerte enkeltpersonsforetak fra utlandet kan ses i sammenheng med at det som følge av mer bruk av allmenngjøring gjelder krav om lønns- og arbeidsvilkår for individuelle arbeidstakere og ikke for enkeltpersonsforetak. ... Det er de reelle forhold som skal legges til grunn i vurderingen av om lovgivningen skal komme til anvendelse eller ikke.»



2. GRENSENE FOR NASJONAL REGULERING AV TJENESTEARBEIDSMARKEDET

I EØS-retten gjelder det et restriksjonsforbud som innebærer at medlemsstatene i utgangspunktet ikke kan ha ordninger som hindrer den frie bevegelse for tjenester. Slike ordninger – restriksjoner – vil likevel kunne være lovlige dersom de oppfyller kravene i den domstolsskapte læren om de tvingende allmenne hensyn. Det er da noen grunnleggende krav som må være oppfylt: Restriksjonen må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn, den må gjelde for enhver person eller ethvert selskap som driver virksomhet på vertslandets område (likebehandling), de aktuelle hensynene må ikke allerede være tilgodesett i bestemmelser i tjenesteyterens opprinnelsesland, og restriksjonen må være egnet til å ivareta det formål man ønsker og den må ikke gå lenger enn det som er nødvendig. Disse kravene er nærmere utdypet i en omfattende rettspraksis fra EF-domstolen.

Rettslig regulering fra medlemsstatenes side som for eksempel innebærer at det ikke lovlig kan utføres arbeid i en aktuell stat uten at visse minimumskrav til lønns- og arbeidsvilkår er oppfylt, vil som et utgangspunkt være å anse som en restriksjon på den frie bevegelse. Slik regulering må derfor oppfylle kravene i læren om de tvingende allmenne hensyn.

EF-domstolen har åpnet for at medlemsstatene i en viss grad kan opprettholde nasjonal regulering av utenlandske arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår under tjenestereglene, selv om slik regulering er å anse som restriksjoner i tjenestereglenes forstand. Når det gjelder de hensynene som kan begrunne slike innskrenkninger i tjenestefriheten, er vi på et område uten de helt klare skillelinjer. Hensynene glir til dels inn i hverandre, samtidig som domstolen etter hvert har akseptert at nasjonal regulering mer åpent kan være begrunnet i hensynet til unngå uheldige virkninger i det nasjonale arbeidsmarkedet. Til dette kommer at der nasjonale ordninger er begrunnet i direkte proteksjonistiske hensyn, så har domstolen funnet det avgjørende å se hen til hvordan slike ordninger er utformet og hvordan de virker for de utsendte arbeidstakerne. Det oppstilles en rekke krav til utformingen av nasjonale ordninger, men samlet sett sitter man igjen med et inntrykk av at medlemsstatene på dette feltet gis et relativt vidt skjønn ved utformingen av slike ordninger. Det igjen fører, slik jeg ser det, til at medlemsstatene gis anledning til opprettholde til dels proteksjonistiske ordninger. Det er naturlig å spørre seg hvorfor innskrenkninger i tjenestefriheten godtas i såpass stort omfang. Til dette kan det bemerkes at det er vanskelig å se bort fra at arbeidsmarkedspolitikken er et relativt betent politisk tema, der mange av de gamle medlemsstatene i stor grad har andre interesser enn de nye statene og det et fritt marked i seg selv skulle tilsi. Disse interessene har som vi skal se også til dels nedfelt seg i utsendingsdirektivet, og det er naturlig å tenke seg at domstolen har tatt inn over seg den avveining av interesser som der foreligger – også i saker fra før direktivet ble endelig vedtatt. Frykten for sosial dumping er stor i den rikeste delen av EØS-området, og det neppe ubegrunnet. Det er da ikke så rart at domstolen velger en noe tilbakeholden linje. Man kan kanskje si det slik at domstolen på denne delen av tjenestefeltet har utviklet prinsipper som ligger mellom de mer liberale reglene for fri bevegelse for varer og de mer restriktive reglene knyttet til fri bevegelse for arbeidstakere.¹⁰

¹⁰ I denne retning: Paul Davies, «Posted workers: single market or protection of national labour law systems», *Common Market Law Review*, 1997 s. 572-602, se s. 587 flg.



3. SEKUNDÆRLOVGIVNING – UTSENDINGS-DIREKTIVET

3.1 Utsendingsdirektivets fremvekst

Utsendingsdirektivet regulerer nå delvis området for utsending av arbeidstakere innen EØS-området i forbindelse med tjenesteyting, og utgjør sammen med traktatbestemmelsene det rettslige rammeverk som regulerer medlemsstatenes muligheter for nasjonal regulering av tjenestearbeidsmarkedet. Dagens direktiv ble vedtatt i 1996. Fristen for gjennomføring ble satt til tre år fra vedtakelse, det vil si 16. desember 1999.

Vedtakelsen av utsendingsdirektivet var gjenstand for en omfattende prosess, blant annet grunnet lavkostlandenes frykt for at direktivet skulle hindre deres sterkeste konkurransefortrinn, nemlig lave lønninger.

Det er interessant å merke seg den maktkampen og uenigheten som lå bak direktivets tilblivelse. Etter domstolens relativt vidtgående uttalelser i tidligere rettspraksis satt de importerende stater – altså vertslandene – med de beste kortene på hånden, idet domstolen i stor grad hadde godkjent deres ordninger med nasjonale reguleringsregimer. Av den grunn så ikke de samme medlemsstatene seg tjent med et for liberalt direktiv, og godtok dermed heller ikke de to første utkastene til utsendingsdirektivet.¹¹ Den politiske maktkampen som kom til syne ved utsendingsdirektivets tilblivelse kan vel sies å ha enkelte paralleller til den strid som de siste årene har stått om tjenstedirektivet.

3.2 Direktivets formål

Av direktivets fortale fremgår det at man ved direktivet søker å ivareta flere, til dels tilsynelatende motstridende, hensyn. Det fremgår dels direkte og dels forutsetningsvis av fortalens punkt 1) til 3) til at et av fellesskapets mål er å fjerne hindringer for den frie bevegelse for personer og tjenester, at alle restriksjoner på grunnlag av nasjonalitet eller bostedskrav er forbudt under tjenestereguleringene, og at det er et mål at foretak sender ut sine arbeidstakere for å utføre arbeid i andre medlemsstater enn der foretaket selv er etablert. Til dette bør det også nevnes at ettersom direktivet er hjemlet i traktatbestemmelser som søker å fjerne restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester,¹² og ikke i bestemmelser for eksempel knyttet til sosial beskyttelse av arbeidstakere, er det naturlig å oppfatte nettopp utviklingen av den frie bevegelse som et hovedformål med direktivet.¹³

Samtidig fremgår det av direktivets fortale at man ønsker å ha regler som sikrer minimumslønninger for de arbeidstakerne som utsendes. Slike regler vil nødvendigvis være hindringer for den frie bevegelse for tjenester. De ulike målene er sammenkoblet i fortalens punkt 5) der det uttales: «Slik fremming av tjenesteyting over landegrensene forutsetter rettfærdig konkurranse og tiltak som garanterer respekt for arbeidstakernes rettigheter.» Idet man søker å tilfredsstille til dels motstridende hensyn samtidig, er det kanskje naturlig å si det slik at direktivet representerer et kompromiss og en helhetsløsning for et område der den frie bevegelse møter sosiale hensyn.

¹¹ For en bredere gjennomgang, se *Davies*, særlig s. 590 flg.

¹² Direktivet er hjemlet i art. 57 nr. 2 og art. 66 EF (nåværende art. 47 nr. 2 og art. 66 EF).

¹³ I den retning *Davies* s. 572-573.



Direktivet kan dermed sies å være et uttrykk for at man i EU har ansett det nødvendig å legge bånd på den frie bevegelse for tjenester, der denne møter innenlandske og utenlandske arbeidstakers behov for beskyttelse. Samtidig er det klart at direktivet forfølger et mål om fjerning av hindringer for den frie bevegelse. Særlig på denne bakgrunn vil det lett kunne oppstå vanskelige spørsmål om hvordan direktivet skal forstås i avveinings spørsmål mellom disse til dels motstridende formål.

3.3 Virkeområde

Av direktivets art. 1 nr. 1 følger det at direktivet kommer til anvendelse på virksomheter som utsender arbeidstakere på en medlemsstats område i forbindelse med levering av tjenesteytelser over landegrensene, dersom det grenseoverskridende element faller inn under art. 1 nr. 3 a) til c). Det er altså et hovedvilkår at det er tale om levering av tjenester i EØS-avtalens forstand. Videre er direktivets anvendelsesområde begrenset til utsending av arbeidstakere i tre forskjellige typer situasjoner. I denne forbindelse er det imidlertid det første alternativet som er mest interessant.

Av art. 1 nr. 3 bokstav a) følger det at direktivet kommer til anvendelse der et foretak for egen regning og under egen ledelse utsender en arbeidstaker i et annet medlemsland etter avtale mellom foretaket og tjenestemottakeren, dersom det i utsendingsperioden består et ansettelsesforhold mellom foretaket og arbeidstakeren. Et eksempel på en situasjon som vil komme inn under dette alternativet, vil man typisk ha der en norsk entreprenør inngår avtale om underentreprise med et polsk foretak, og det polske foretaket deretter sender arbeidstakere, som er og forblir ansatt hos foretaket i Polen, til Norge for å utføre arbeidene etter avtalen.

Med «utsendt arbeidstaker» menes i direktivet «en arbeidstaker som i et begrenset tidsrom utfører arbeid på territoriet til en annen medlemsstat enn den stat der vedkommende til vanlig arbeider», jf. art. 2 nr. 1.

Videre følger det av art. 2 nr. 1 at det er avgjørende for definisjonen av utsendt arbeidstaker – og dermed for at direktivet skal komme til anvendelse – at arbeidet i den andre medlemsstaten foregår i et «begrenset tidsrom». Det er åpenbart at det i dette ligger en avgrensning mot arbeidsoppdrag i vertslandet av mer permanent karakter, men direktivet selv angir ikke noen nærmere grenser for hvor lang tid et «begrenset tidsrom» er.

Den nedre grensen for hva som er et «begrenset tidsrom» byr ikke på problemer. I utgangspunktet kommer direktivet til anvendelse fra dag én ved utsendelse av arbeidstakere. Fra dette utgangspunktet er det imidlertid noen unntak, jf. art. 3 nr. 2-5. Direktivet dekker dermed i utgangspunktet de fleste situasjoner der arbeidstakere krysser landegrensene i forbindelse med tjenesteyting i andre land enn der arbeidsgiver er etablert. Utenfor faller tilfeller der en arbeidstaker utfører arbeid for arbeidsgiver i hjemstaten uten at det foreligger en avtale mellom et utsendingsforetak og en tjenestemottaker. Det kan for eksempel være tilfelle for handelsreisende og representanter for en turoperatør i tjenesteyterens etableringsland.



3.4 Reguleringen av arbeids- og ansettelsesvilkår

3.4.1 Lovvalgsdirektiv og minimumsregler

Hovedinnholdet i direktivets regulering av arbeids- og ansettelsesvilkår, er at de utsendte arbeidstakerne skal sikres en del av de arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder i vertslandet (en såkalt «hard kjerne»), *uavhengig* av hvilket lands rett som for øvrig kommer til anvendelse på ansettelsesforholdet, jf. art. 3 nr. 1. Det vil først og fremst si at selv om lovvalgsregler skulle tilsi at arbeidsforholdet er underlagt hjemstatens rett, så vil likevel arbeidstakeren være sikret en hard kjerne av vertslandets regler. Den harde kjernen er imidlertid relativ hva angår det materielle vernnivået, i den forstand at det materielle innholdet vil avhenge av hvilket land arbeidet blir utført i. Hovedpoenget er imidlertid at arbeidstakerne skal sikres en del minimumsvilkår som gjelder i det landet arbeidet utføres, selv om de kanskje har inngått avtale om arbeid på dårligere vilkår i det landet der de er ansatt.

Ettersom direktivet snarere styrer *hvilke* lover og regler som skal komme til anvendelse enn *hva* de aktuelle lovene og reglene skal gå ut på, kan man kanskje si at vi her har med et lovvalgsdirektiv å gjøre.¹⁴

Til dette kommer at direktivet er et minimumsdirektiv hva gjelder nivået på de arbeids- og ansettelsesvilkår som verner arbeidstakerne. Dersom arbeidstakerne allerede er sikret tilsvarende eller bedre betingelser etter det lands rett som regulerer arbeidsavtalen, vil ikke direktivet styrke arbeidstakernes rettslige posisjon. Dette følger av direktivets art. 3 nr. 7, der det uttales at art. 3 nr. 1-6 ikke skal være til hinder for at det anvendes gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår for arbeidstakerne. Dette er helt i tråd med et av formålene med direktivet, nemlig beskyttelse av arbeidstakerne.

3.4.2 Arbeids- og ansettelsesvilkår og deres rettsgrunnlag i nasjonal rett

Direktivets regulering av medlemsstatenes plikter og rettigheter til å gi nasjonale arbeids- og ansettelsesvilkår anvendelse for utsendte arbeidstakere er komplisert. Det er nødvendig å se nærmere på hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som omfattes av direktivet, når de *skal* og når de *kan* gjøres gjeldende for utenlandske arbeidstakere, og hvilket rettsgrunnlag slike arbeids- og ansettelsesvilkår må ha i nasjonal rett for å bli omfattet av direktivet. Disse forholdene henger nøye sammen.

Direktivet opplyser i art. 3 nr. 1 bokstav a) til g) en hard kjerne av arbeids- og ansettelsesvilkår som *skal* gis anvendelse for utsendte arbeidstakere. Det er tale om regler om lengste arbeidstid og korteste hviletid, minste antall feriedager, minstelønn, vilkår for utleie av arbeidstakere, helse, sikkerhet og hygiene på arbeidsplassen, vernetiltak for kvinner, barn og unge, og likebehandling. De opplyste vilkårene – med unntak av minstelønn og vilkår for utleie av arbeidskraft – er allerede omfattet av minimumsregulering fra EU. Direktivet innebærer ingen plikt for medlemsstatene til å innføre regler om minstelønn. Poenget her er at *dersom* slike regler finnes, så skal de gis anvendelse for utsendte arbeidstakere. Som nevnt tidligere har EF-

¹⁴ Slik *Eklund* s. 262. *Jakhelln*, s. 649, ser det muligens noe annerledes og uttaler at det er «grunn til å fremheve at bestemmelsene i aml. kap. XII B [de tidligere norske gjennomføringsbestemmelsene] ikke er regler om lovvalg, men en regulering som fastsetter at nærmere angitte norske bestemmelser får anvendelse ... uansett hva lovvalgsreglene ellers måtte lede til». Hva man kaller reglene, er naturligvis ikke avgjørende.



domstolen i en viss utstrekning åpnet for at de enkelte medlemsstater kan pålegge tjenesteytende virksomheter på visse områder – blant annet knyttet til spørsmål om minstelønn – å følge nasjonal arbeidsrett for sine utsendte arbeidstakere. Med utsendingsdirektivet har altså denne adgangen til dels blitt transformert til en *plikt*.

3.4.2.1 Arbeids- og ansettelsesvilkår medlemsstatene plikter å gjøre gjeldende

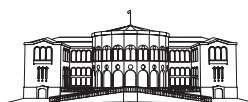
Arbeids- og ansettelsesvilkår medlemsstatene plikter å gjøre gjeldende overfor virksomheter med utsendte arbeidstakere, kan ha grunnlag i flere typer normeringer i nasjonal rett. For det første er det slik at vilkår som tilhører den harde kjernen – kjernevilkår – *skal* gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere dersom de er fastsatt i nasjonal *lov eller forskrift*, jf. art. 3 nr. 1 første strekpunkt. Når det gjelder kjernevilkår som har rettsgrunnlag i lov eller forskrift, har altså medlemsstatene en plikt til å sørge for at disse gjøres gjeldende for samtlige utsendte arbeidstakere som faller inn under direktivets virkeområde, uavhengig av hva slags bransje de utsendte arbeidstakerne arbeider innenfor.

For det andre er det slikt at kjernevilkår som har rettsgrunnlag i «tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet» *skal* gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere så langt man har å gjøre med «virksomhet som er nevnt i vedlegget», jf. art. 3 nr. 1. Slik virksomhet omfatter «alt byggearbeid i forbindelse med oppføring, reparasjon, vedlikehold, ombygging eller riving av bygninger». Det er med andre ord virksomhet innenfor byggebransjen som omfattes av bestemmelsen. Dette innebærer at utsendte arbeidstakere innenfor byggebransjen nyter et sterkere obligatorisk vern etter direktivet enn det utsendte arbeidstakere innenfor andre bransjer gjør, hvilket også er i tråd med intensjonene bak direktivet og den virkelighet direktivet ble utformet i. Problemer knyttet til sosial dumping har jo særlig vist seg innenfor byggebransjen.

Direktivets art. 3 nr. 8 forklarer hva som menes med tariffavtaler og voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet. Av første ledd følger det at det i utgangspunktet skal være tale om tariffavtaler og voldgiftskjennelser som «må overholdes av alle foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrket eller den aktuelle næring». Hvordan medlemsstatene erklærer allmenn gyldighet, sies det intet om i direktivet.¹⁵ Dersom medlemsstatene ikke har ordninger for å erklære at tariffavtaler eller voldgiftskjennelser har allmenn gyldighet, oppstilles det gjennom direktivet klarligvis ingen plikt til å innføre slike ordninger. Poenget er også her at *dersom* slik ordning finnes, så skal også utsendte arbeidstakere nyte godt av det vern som derigjennom oppstilles.

Gjennom direktivets bestemmelser om tariffavtaler og voldgiftskjennelser innføres det dermed en plikt (og også en mulighet, jf. nedenfor i kapittel 4.4.2.3) for medlemsstatene til å la arbeids- og ansettelsesvilkår utformet av arbeidslivets parter, få anvendelse også for utsendte arbeidstakere. Dette innebærer en videreutvikling av den praksis som er utviklet av EF-domstolen, jf. kapittel 3 over. Det som tidligere har blitt fastslått som en *mulighet* for medlemsstatene innenfor de rammer reglene om fri bevegelighet for tjenester oppstiller, har gjennom direktivet videreutviklet seg til en *plikt* innenfor den bransjen i arbeidslivet der det har

¹⁵ I Norge erklæres allmenn gyldighet gjennom allmenngjøring av tariffavtaler, jf. nedenfor i avsnitt 5.



oppstått flest problemer ved utsending av arbeidstakere i forbindelse med grenseoverskridende tjenestevirksomhet, nemlig byggebransjen.

3.4.2.2 Direktivet åpner for ytterligere anvendelse

I tillegg til de pliktene direktivet pålegger medlemsstatene, oppstilles det som nevnt også rom for medlemsstatene til på egenhånd å utvide reguleringen av deler av arbeidsmarkedet for utsendte arbeidstakere.

Etter direktivets art. 3 nr. 10 gis medlemsstatene tilsynelatende en meget vid adgang til å la ytterligere arbeids- og ansettelsesvilkår gjøres gjeldende enn det som pålegges gjennom direktivet. For det første åpner bestemmelsen for at medlemsstatene kan pålegge foretakene arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn de som følger av opplistingen i art. 3 nr. 1 første ledd, så langt det er tale om «bestemmelser om offentlig orden» («ordre public»). Man kan si at det i dette i hvert fall ligger en rett for medlemsstatene til å pålegge utenlandske tjenesteytere å overholde en del grunnleggende rettigheter og friheter etter medlemsstatens lovgivning og/eller folkeretten, for eksempel retten til å danne fagforeninger og forhandlingsretten, forbud mot tvangsarbeid, beskyttelse av personopplysninger og respekten for privatlivets fred.¹⁶ Slike bestemmelser må imidlertid underlegges de alminnelige krav etter traktatens tjenesteregler, og kan ikke gå så langt at vertsstaten pålegger en utenlandsk tjenesteyter å overholde samtlige nasjonale arbeidsrettslige regler.

For det andre gir art. 3 nr. 10 medlemsstatene en rett til å pålegge foretakene arbeids- og ansettelsesvilkår nedfelt i tariffavtaler og voldgiftskjennelser «for annen virksomhet enn den som er nevnt i vedlegget» (byggebransjen). Mest nærliggende er det å forstå bestemmelsen slik at for virksomhet som er nevnt i vedlegget, så har medlemsstatene en *plikt* til å pålegge foretakene å overholde arbeids- og ansettelsesvilkår nedfelt i tariffavtaler og voldgiftskjennelser med allmenn gyldighet (jf. det som er sagt over), mens medlemsstatene overfor all annen virksomhet har en *rett* til å pålegge tjenesteyterne de arbeids- og ansettelsesvilkår som er nedfelt i art. 3 nr. 1. Art. 3 nr. 10 innebærer da at medlemsstatene *kan* gi en rekke arbeids- og ansettelsesvilkår anvendelse for utsendte arbeidstakere, selv om dette ikke pålegges gjennom direktivet. Det følger av art. 3 nr. 10 at dersom medlemsstatene velger å benytte seg av denne muligheten, så skal det skje «i henhold til traktaten på grunnlag av likebehandling».

3.4.3 Minstelønn

Som vist skal nasjonale bestemmelser om minstelønn – dersom slike er fastsatt i lov eller forskrift – anvendes overfor alle utenlandske tjenesteytere som omfattes av direktivets virkeområde. Dersom bestemmelser om minstelønn er fastsatt i tariffavtale eller voldgiftskjennelse, skal tjenesteytere innen byggebransjen pålegges å overholde dem, mens det for andre bransjer er valgfritt for den aktuelle medlemsstat om de også skal pålegges å følge slike bestemmelser.

¹⁶ KOM(2003) 458 endelig, Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, det Europeiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – Gennemførelse af direktiv 96/71/EF i medlemsstaterne, avsnitt 4.1.2.2.



3.5 Tjenestereglens betydning på områder som berøres av utsendingsdirektivet

Traktatens tjenesteregler får betydning på flere måter på områder som berøres av utsendingsdirektivet. Dette gjelder blant annet virkeområdet for nasjonal regulering og de kravene som stilles til nasjonal regulering. Det blir dermed et *samspill* mellom traktatbestemmelsene og direktivbestemmelsene.

Som et utgangspunkt må det slås fast at direktivet – som er sekundærlovgivning – ikke kan danne grunnlag for regler som er strid med traktaten (primærlovgivning), av den enkle grunn at traktaten ikke kan fravikes gjennom et direktiv.¹⁷ Det medfører at det ikke kan utledes regler av direktivet som går lenger enn de generelle tjenestereglene. Da reiser det seg spørsmål om hvor langt direktivets regler kan gis anvendelse uten å kolliderer med traktatens tjenesteregler. Poenget i denne sammenheng blir da at utsendingsdirektivets bestemmelser må tolkes *i lys av* traktatens alminnelige regler.

Samtidig er det slik at direktivet ikke uttømmende regulerer mulighetene for nasjonal regulering av de utsendte arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. For det første er det slik at enkelte tilfeller vil falle helt utenfor direktivets virkeområde, for eksempel der en tjenesteyter utsender arbeidstakere fra et tredjeland. Da vil vurderingen av den nasjonale regulerings overensstemmelse med fellesskapsretten utelukkende skje under traktatreglene.¹⁸ Og for det andre er det, som vist over i kapittel 4.4.2.3, slik at utsendingsdirektivet selv åpner for ytterligere anvendelse av nasjonal regulering enn det medlemsstatene er forpliktet til etter direktivet. Ved vurderingen av hvor langt medlemsstatene kan gå i pålegge tjenesteytere å overholde andre lønns- og arbeidsvilkår enn det som pålegges etter direktivet, vil man måtte se hen til de alminnelige kravene knyttet til restriksjoner på tjenestefriheten. Art. 3 nr. 10 har i så måte en eksplisitt henvisning til traktaten. Dermed vil læren om tvingende allmenne hensyn også kunne komme til anvendelse der medlemsstatene velger å benytte seg av retten til å pålegge tjenesteytere å overholde ytterligere lønns- og arbeidsvilkår. De nærmere grensene her vil naturligvis kunne være vanskelig å trekke.

Som vi har sett, må direktivets bestemmelser sees og tolkes i sammenheng med de traktatfestede tjenestereglene, og til sammen dannes det et komplekst bilde. Spørsmål om nasjonale bestemmelser som tjener til gjennomføring av direktivet går lenger enn det traktaten tillater, vil kunne være vanskelige å gi klare svar på. Særlig fordi direktivet søker å forfølge flere – til dels motstridende hensyn – samtidig, vil det kunne være problematisk å trekke grensene for hvor langt direktivets bestemmelser kan gis anvendelse uten å være i strid med traktatbestemmelsene. Til dette kommer at dersom domstolen for eksempel skulle utvikle de alminnelige tjenestereglene i en mer liberal retning, så vil det kunne få betydning også for tolkningen av utsendingsdirektivet.

¹⁷ Dette er innenfor fellesskapsretten sikker rett. Som eksempel kan det vises til sak 218/82 premiss 15.

¹⁸ Se for eksempel sak 244/04, *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2006 s. I-885 premiss 32.



4. NASJONAL REGULERING I ET EØS-RETTLIG PERSPEKTIV

4.1 Innledning

Som vi har sett åpner EØS-retten for at medlemsstatene i en viss grad kan opprettholde ordninger for å beskytte arbeidstakerne og hindre sosial dumping, selv om slike ordninger er å anse som restriksjoner i EØS-avtalens forstand. Samtidig oppstilles det krav og plikter til hvordan slik nasjonal regulering av tjenestearbeidsmarkedet kan og skal foregå.

Problemstillinger knyttet til sosial dumping har den siste tiden stått sentralt i den norske politiske debatten, men heller ikke hos oss er slike problemstillinger nye. Allerede ved inngåelsen av EØS-avtalen i 1992 antok man fra norsk side at avtalen ville føre til en vesentlig økning i arbeidsinnvandringen, og dermed fryktet man også at det ville oppstå problemer med sosial dumping.¹⁹ Av den grunn ble det utformet et regelsett for å motvirke slike virkninger. Det sentrale elementet i dette regelverket er allmenngjøringsloven,²⁰ som gir en egen nemnd – Tariffnemnda – kompetanse til å fatte vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler. Hovedpoenget med denne ordningen er at deler av gjeldende tariffavtaler, på visse vilkår, kan gis anvendelse også for andre enn tariffavtalenes parter (avtalen allmenngjøres), slik at tariffavtalene får virkning som lovgivning. Dermed kan en tariffavtales bestemmelser, for eksempel om minstelønn, gjøres gjeldende for utenlandske arbeidstakere som utfører tjenester i Norge, dersom man ser at disse arbeider for dårligere betingelser enn det norske arbeidstakere gjør.²¹

4.2 Gjennomføringsbestemmelser og forholdet til andre relevante regler

Utsendingsdirektivet er i dag gjennomført i ved lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 1-7 og forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere (utsendingsforskriften).

Utsendingsforskriften gir en samlet oversikt over de arbeids- og ansettelsesvilkår arbeidsgivere vil kunne bli pålagt å gjøre gjeldende for utenlandske arbeidstakere som utfører tjenesteytelser i Norge. Som det fremgår av forskriften § 2, er det en rekke forskjellige bestemmelser og reguleringer som kommer til anvendelse for slike utenlandske arbeidstakere.

Regulering av utsendte arbeidstakeres lønnsforhold vil utelukkende kunne skje gjennom utsendingsforskriften § 2 annet ledd. Her heter det:

«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.»

¹⁹ Blant annet i St.prp. nr. 100 (1991-92) Om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen, uttalte regjeringen at den ønsket å hindre at EØS-avtalen får som virkning at utenlandske arbeidstakere utfører arbeid i Norge på lønns- og arbeidsbetingelser som er vesentlig dårligere enn norske.

²⁰ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

²¹ Det finnes ingen generelle regler om minstelønn i norsk rett. Allmenngjøring av tariffavtaler med minstelønnsbestemmelser er derfor den eneste muligheten for å pålegge arbeidsgivere å betale annen lønn enn det som er avtalt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.



Paragraf 2 annet ledd medfører at *dersom* det er fattet vedtak om allmenngjøring, så vil et slikt vedtak på visse betingelser også kunne gjelde for utsendte arbeidstakere. Bestemmelsen pålegger ikke at slikt vedtak skal fattes, og gir heller ingen hjemmel for det.

Gjennomføringsbestemmelsen i utsendingsforskriften gir en henvisning til nasjonale reguleringer fastsatt i «tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet», jf. utsendingsdirektivet art. 3 nr. 1. Som det fremgår av bestemmelsen, skiller den ikke mellom arbeidstakere innenfor byggebransjen og andre bransjer, slik utsendingsdirektivet gjør, jf. kapittel 4 over. Det er dermed slik at man i norsk rett har valgt dels å gjennomføre den plikten som for byggebransjens del følger av art. 3 nr. 1, og dels har valgt å benytte seg av den åpningen som gis i art. 3 nr. 10 annet strekpunkt.

Allmenngjøringsloven (1993) er eldre enn utsendingsdirektivet (1996), og loven er ikke et direkte eller nødvendig ledd i gjennomføringen av direktivet i norsk rett. I tilknytning til gjennomføringen har allmenngjøringsloven den funksjon at den bidrar til å gi tariffavtaler «allmenn gyldighet», i henhold til utsendingsdirektivet art. 3 nr. 1 og 10, jf. nr. 8.

4.3 Kort oversikt over ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler

Allmenngjøringsloven ble vedtatt i forbindelse med Norges tilslutning til EØS-avtalen, og trådte i kraft samtidig som EØS-avtalen 1. januar 1994. Av forarbeidene til loven fremgår det at inspirasjon til allmenngjøringsinstituttet blant annet ble hentet fra lignende ordninger i andre land i Europa, kanskje først og fremst Tyskland.²²

Av § 1-1 følger det at lovens formål er å sikre at utenlandske arbeidstakere som arbeider i Norge har lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har. Loven gir Tariffnemnda kompetanse til, på nærmere angitte vilkår, å fatte vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, jf. § 3. Dersom nemnda fatter slikt vedtak, vil samtlige som arbeider innen den bransjen og det geografiske området vedtaket gjelder for ikke ha lov til å arbeide for dårligere vilkår enn det som følger av den tariffavtale som er allmenngjort. Arbeidstakere hvis arbeidsforhold for øvrig er regulert av et annet lands rett vil også omfattes av nemndas vedtak, jf. allmenngjøringsloven § 1 nr. 5. Dette medfører at utsendte arbeidstakere, som midlertidig utfører arbeid i Norge og er ansatt hos utenlandsk arbeidsgiver, vil omfattes av allmenngjøringsvedtak på samme måte som norske arbeidstakere, selv om deres arbeidsforhold for eksempel reguleres av hjemlandets rett. De delene av en tariffavtale som blir allmenngjort, vil altså være å anse som *ufravikelige minstevilkår*.

Tariffnemnda oppnevnes etter reglene i allmenngjøringsloven § 2. Her fremgår det at nemnda skal ha en leder og fire andre faste medlemmer. Av disse skal arbeidstakerinteresser og arbeidsgiverinteresser være representert med ett medlem hver.²³

²² Se Ot.prp. nr. 26 (1992-93) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m v.

²³ Per i dag er LO og NHO representert ved hvert sitt medlem, se Tariffnemndas nettsider under Arbeids- og inkluderingsdepartementet:

http://www.odin.dep.no/aid/norsk/dep/org/tilknyttede_virksomheter/p10001255/bn.html



Tariffnemnda kan fatte vedtak for å hindre at utenlandske arbeidstakere

«utfører arbeid på vilkår som samlet sett er påviselig dårligere enn hva som er fastsatt i gjeldende landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke».²⁴

Foreløpig har nemnda truffet vedtak i tre forskjellige saker – i samtlige saker etter begjæring fra LO. I den første saken ble det fattet vedtak om at tre forskjellige tariffavtaler skulle allmenngjøres ved sju forskjellige petroleumsanlegg fra Melkøya i Finnmark til Kårstø i Rogaland.²⁵ Nemndas andre sak gjaldt allmenngjøring av to tariffavtaler, i henholdsvis fem og to fylker, for byggesektoren på Østlandet.²⁶ Den tredje og foreløpig siste forskriften allmenngjør tariffavtale for byggeplasser i Hordaland.²⁷

I forbindelse med vårens tariffoppgjør ble de underliggende tariffavtalene endret, og Tariffnemnda har i den forbindelse videreført de tidligere vedtakene i nye allmenngjøringsforskrifter basert på de nye avtalevilkårene: Forskrift 26. juni 2006 nr. 703 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land, forskrift 26. juni 2006 nr. 704 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen og forskrift 26. juni 2006 nr. 705 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Hordaland. Samtlige forskrifter trådte i kraft med en gang.

4.4 Er ordningen i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser?

4.4.1 Utgangspunkt og problemstillinger

Den videre problemstilling er om den norske ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler tilfredsstiller de krav som følger av Norges EØS-rettslige forpliktelser. Som et klart utgangspunkt må det kunne legges til grunn at den norske ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler i seg selv ikke er i strid med EØS-retten. Som vi har sett har EF-domstolen i en rekke saker gitt uttrykk for at medlemsstatene har en rett til å opprettholde slike ordninger, og det fremgår også av utsendingsdirektivet at allmenngjøringsordninger prinsipielt ikke er ulovlige. Like fullt må den norske ordningen underlegges de krav som oppstilles i tjenestereglene i EØS-avtalen og i utsendingsdirektivets bestemmelser.

Siden ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler ble innført ved Norges inntreden i EØS-samarbeidet, har det, som vist over i kapittel 4, blitt vedtatt lovgivning i EU (utsendingsdirektivet) som berører de rettslige sidene ved situasjoner der utenlandske arbeidstakere krysser landegrensene for midlertidig å utføre arbeid i et annet land. I tillegg har EF-rettens tjenesteregler generelt gjennomgått en utvikling, hvilket blant annet kommer på spissen i utviklingen av det restriksjonsforbud som nå gjelder. Da allmenngjøringsloven ble vedtatt, vurderte man lovens ordninger opp mot de krav EF-retten den gang stilte, og Kommunaldepartementet oppsummerte rettstilstanden slik:

²⁴ Jf. allmenngjøringsloven § 1-1 annet punktum.

²⁵ Forskrift 11. oktober 2004 nr. 1136 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land, i kraft fra 1. desember 2004.

²⁶ Forskrift 29. juni 2005 nr. 739 om allmenngjøring av tariffavtaler for byggesektoren i Osloregionen, i kraft fra 1. september 2005.

²⁷ Forskrift 24. november 2005 nr. 1324 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Hordaland fylke, i kraft fra 1. januar 2006.



«Det enkelte land har imidlertid anledning til å fastsette nasjonale regler om lønns- og arbeidsvilkår, forutsatt at reglene ikke virker diskriminerende i forhold til arbeidstakere og arbeidsgivere fra andre EØS-land.»²⁸

Siden den gang har allmenngjøringsloven blitt endret noe, men i alt det vesentlige ligger den fast slik den da ble vedtatt. Det kan allerede av den grunn stilles spørsmål ved om ordningen er i tråd med de krav som i dag stilles gjennom EØS-retten. Ordningen ble imidlertid ikke funnet nødvendig å ta i bruk før EU 8-landenes inntreden i EU i 2004, og den første allmenngjøringsforskriften kom som nevnt i oktober 2004.²⁹ I den forbindelse ble det fra en av høringsinstansene rettet EØS-rettslige innvendinger mot enkelte deler av forskriftsutkastet. Til dette uttalte Tariffnemnda:

«En av høringsinstansene savner en drøftelse av spørsmålet om forskriften kan komme i konflikt med EØS-avtalens regler, både i forhold til den geografiske avgrensningen av vedtaket, spørsmål om proporsjonalitet og kravene til likebehandling, som følger både av EØS-retten og norsk regelverk for øvrig.

Tariffnemnda har tatt hensyn til enkelte av innvendingene, særlig i forhold til likebehandling, og gjort noen endringer i forskriften. For øvrig er Tariffnemnda av den oppfatning at nemndas vedtak holder seg innenfor rammene i allmenngjøringsloven. Det må være lovgivers oppgave å foreta en vurdering av om allmenngjøringsloven eller vedtak fattet i overensstemmelse med loven kan være i strid med EØS-regelverket.»³⁰

Lovgiver har foreløpig ikke tatt stilling til om allmenngjøringsloven bør endres som følge av eventuell strid med EØS-avtalens regler. Arbeids- og inkluderingsdepartementet³¹ har imidlertid iverksatt en evalueringsprosess, som blant annet har til å formål å avklare den type spørsmål. I en evalueringsrapport fra september 2005 konkluderes det med at allmenngjøringsloven holder seg innenfor EØS-rettens rammer, men at det hefter usikkerhet ved enkelte sider av allmenngjøringsordningen.³²

I det følgende vil jeg vurdere om enkelte elementer ved ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler – allmenngjøringsinstituttet – er i tråd med de krav som følger av EØS-avtalen. I den forbindelse vil jeg fokusere mest på utformingen av selve allmenngjøringsordningen, og om ordningen åpner for en praksis som kan være i strid med EØS-retten. Til syvende og sist vil det gjerne være i tilknytning den konkrete praksis i medhold av loven at de EØS-rettslige spørsmål virkelig vil kunne komme på spissen, og jeg vil i den forbindelse også se hen til enkelte elementer i Tariffnemndas praksis.

4.4.2 Innebærer allmenngjøring en restriksjon i EØS-rettslig forstand?

Innledningsvis kan det nevnes at allmenngjøringsordningen ikke innebærer at utenlandske tjenesteytere blir møtt med andre og strengere krav enn det norske tjenesteytere gjør. Det er dermed ikke slik at ordningen potensielt kan være *diskriminerende*. Som vist tidligere er det

²⁸ Ot.prp. nr. 26 (1992-93) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m v s. 3.

²⁹ Forskrift 11. oktober 2004 nr. 1396 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land.

³⁰ Tariffnemndas vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler – sak 1/2003.

³¹ Tidligere Arbeids- og sosialdepartementet.

³² Lov om allmenngjøring av tariffavtaler – evaluering, Arbeids- og sosialdepartementet 22. september 2005. (*Evalueringsrapporten*).



imidlertid ikke bare diskriminerende hindringer som er forbudt etter EØS-avtalen, også *restriksjoner* på den frie bevegelse for tjenester er i utgangspunktet ikke tillatt.

Man må kort kunne slå fast at allmenngjøringsinstituttet utgjør en restriksjon i EØS-rettslig forstand.³³ For å avgjøre om ordningen likevel kan opprettholdes i medhold av EØS-retten, vil det dermed være avgjørende om ordningen er begrunnet i tvingende allmenne hensyn og om den er egnet og ikke går lenger enn det som er nødvendig.

4.4.3 Hensyn bak ordningen

Jeg vil i det følgende se på hvilke hensyn som begrunner allmenngjøringsinstituttet og hvorvidt disse hensynene kan sies å være i overensstemmelse med EØS-rettens krav til at en restriksjon må være begrunnet i tvingende allmenne hensyn for å kunne opprettholdes.

I allmenngjøringsloven § 1-1 uttales det:

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

Det er nærliggende å tolke formålsbestemmelsen slik at det i dette ligger et formål om å beskytte de utenlandske arbeidstakerne, ved at de utenlandske arbeidstakerne sikres vilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakerne har. Et slikt formål synes å harmonere godt med det man kan kalle hensynet til arbeidstakerne.

Allmenngjøringsloven har imidlertid også andre formål. Dette følger bl.a. av Ot.prp. nr. 26 (1992-93) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m. v., der det uttales på side 22:

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

I kommunal- og miljøvernkomiteens innstilling presiseres det av komiteens flertall i merknadene til lovens § 3 at

«hensikten med loven bør være dels å sikre den enkelte utenlandske arbeidstaker lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de norske, dels å utelukke muligheten for konkurransevriddinger overfor virksomheter med norske arbeidstakere i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalen». ³⁴

Senere er det også fra lovgiver gjentatt at formålet med loven, i tillegg til å sikre utenlandske arbeidstakere likeverdige lønns- og arbeidsvilkår, er å unngå uheldige konkurransevriddinger for norske arbeidstakere.³⁵

³³ Også departementet er enig i dette. I evalueringsrapporten s. 31 uttales det kort: «Å pålegge nasjonale lønns- og arbeidsvilkår utgjør en restriksjon på retten til fri bevegelse av tjenester og må som sådan holde seg innenfor de reglene som gjelder for slike restriksjoner.»

³⁴ Innst. O. nr. 98 (1992-93) Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.



Den norske allmenngjøringsordningen forfølger dermed delvis et legitimt hensyn, nemlig beskyttelsen av de utsendte arbeidstakerne. Samtidig er ordningen begrunnet i ulovlige hensyn, ved at man ønsker å verne det innenlandske markedet mot konkurranse. Det avgjørende ved vurderingen av om den norske allmenngjøringsordningen alt i alt er i overensstemmelse med EØS-avtalen, må dermed først og fremst bli om den overholder EØS-avtalens krav til proporsjonalitet, herunder at den bidrar til å gi utsendte arbeidstakere en reell fordel som bidrar til deres sosiale beskyttelse.

4.4.4 Anvendelsesområdet for allmenngjorte tariffavtaler

Både ved allmenngjøringsloven, og vedtak fattet i medhold av den, reiser det seg enkelte problemstillinger knyttet til hva slags anvendelsesområde allmenngjorte tariffavtaler kan gis. Etter allmenngjøringsloven § 3 første ledd kan Tariffnemnda fatte vedtak om at landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjøres gjeldende for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter «i en bransje eller del av en bransje». Etter ordlyden ligger det i dette en åpning for at Tariffnemnda kan begrense allmenngjøring for en bransje til kun å gjelde i et visst geografisk område. Også departementet har lagt til grunn en slik forståelse. I forarbeidene uttales det:

«Nemnda må også vurdere om et vedtak om allmenngjøring skal gjelde for hele landet eller om det kan begrenses til *enkelte geografiske områder*. En slik geografisk avgrensning kan f.eks. følge fylkesgrensene.»³⁶

I de tre vedtakene som foreløpig er fattet av Tariffnemnda, har man nettopp valgt å avgrense vedtakene både etter bransje og geografisk.³⁷ I et EØS-rettslig perspektiv reiser dette i hovedsak to spørsmål, som må sees i sammenheng. For det første er det spørsmål om man ved slik avgrensning overholder det krav som traktaten stiller til at restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester skal gjelde «for enhver person eller ethvert selskap, der driver virksomhet på mottagerstatens område».³⁸ For det andre om man beveger seg utenfor det konkrete kravet til «allmenn gyldighet» i utsendingsdirektivet art. 3 nr. 8 første ledd.

EF-domstolen har i en rekke saker benyttet den ovennevnte formulering fra *Portugaia*³⁹ om at restriksjoner må gjelde enhver person eller ethvert selskap som driver virksomhet på vertsstatens område, og uttalelsen må sees på som et utslag av likebehandlingsprinsippet. En slik uttrykksmåte kan imidlertid ikke forstås bokstavelig. I *Wolff & Müller*⁴⁰ godkjente domstolen nemlig solidaransvarordninger som bare gjaldt ved utsending av arbeidstakere

³⁵ Se for eksempel Ot. prp. nr. 77 (2003-2004) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, ligningsloven, utlendingsloven og allmenngjøringsloven pkt. 4.2.2.

³⁶ Ot. prp. nr. 26 (1992-93) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. s. 21.

³⁷ Sak 1/2003 gjelder syv utvalgte petroleumsanlegg i til sammen fire forskjellige fylker, jf. forskriften § 2. Sak 1/2005 gjelder for bygningsarbeid i Oslo, Akershus, Østfold, Buskerud og Vestfold, og for installasjon, vedlikehold og reparasjoner på elektro- og automatiseringsanlegg i Oslo og Akershus, jf. forskriften § 2. Sak 2/2005 gjelder for bygningsarbeid på byggeplasser i Hordaland, jf. forskriften § 2.

³⁸ Jf. blant annet *Portugaia* (se fotnote 39) premiss 19.

³⁹ Sak C-164/99, *Portugaia Construcões Lda*, Sml. 2002 I-787.

⁴⁰ Sak C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Felix*, Sml. 2004 s. I-9553.



innenfor byggfagene. Også i *Finalarte*⁴¹ godkjente domstolen spesielle ferieordninger for byggfagene. Det må dermed være klart, slik jeg ser det, at det, sett opp mot traktatens tjenesteregler, i hvert fall er uproblematisk for medlemsstatene å operere med *bransjespesifikke* ordninger, til tross for at de generelle uttalelsene fra EF-domstolen ved første øyekast kan tyde på noe annet. Om EØS-retten også åpner for geografisk avgrensning *innenfor* en bransje, er muligens et noe mer uklart spørsmål. *Hjelmeng og Kolstad* antar, under henvisning til de generelle, ovennevnte uttalelsene fra domstolen og kravet i utsendingsdirektivet art. 3 nr. 8 om «allmenn gyldighet» (på dansk: «generell anvendelse»), at allmenngjøringsloven ikke overholder det EØS-rettslige kravet til generell anvendelse, og at den dermed ikke kan opprettholdes i medhold av tvingende allmenne hensyn.⁴² Før slike konklusjoner trekkes, kan det være hensiktsmessig å se nærmere på utsendingsdirektivets bestemmelser.

Hva som i utsendingsdirektivets forstand menes med «allmenn gyldighet», fremgår av art. 3 nr. 8 første ledd. Det avgjørende for at en tariffavtale skal anses å ha allmenn gyldighet er at den «må overholdes av alle foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring». Ordlyden taler for at det åpnes for nærmere avgrensning av hvilket geografisk område en tariffavtale skal gjelde for. I samme bestemmelse annet ledd annet strekpunkt er formuleringen «hele det nasjonale territorium» anvendt. Holder man disse to formuleringene opp mot hverandre, fremstår det som relativt klart at uttrykket «det aktuelle geografiske område» i første ledd må gjelde et mindre og mer avgrenset område enn «hele det nasjonale territorium». Slik jeg ser det, åpner dermed utsendingsdirektivet for at allmenngjorte tariffavtaler kan anvendes på bransjer innenfor avgrensede geografiske områder. Hvilken betydning får så det i forhold til de traktatfestede tjenestereglene? Som nevnt ovenfor i kapittel 4.5 må direktivbestemmelsene holde seg innenfor de rettslige rammer som oppstilles i traktaten, både med tanke på de plikter som oppstilles og de unntak fra reglene som aksepteres. Traktatbestemmelsenes rekkevidde kan følgelig ikke fastlegges på bakgrunn av direktivbestemmelser. Like fullt må man, tatt dette tolkningsspørsmålet i betraktning, kunne si at det vil ha formodning mot seg at utsendingsdirektivet er utformet i strid med de generelle tjenestereglene, og på den måten tolke tjenestereglene i lys av utsendingsdirektivet.⁴³ I et slikt lys vil det være naturlig å forstå reglene om fri bevegelighet for tjenester slik at de åpner for både bransjespesifikk og geografisk avgrensning av allmenngjorte tariffavtaler.⁴⁴ Slik jeg ser det, innebærer dermed ikke allmenngjøringslovens åpning for allmenngjøring innenfor «del av en bransje» at loven i seg selv er i strid med EØS-retten.

Likevel må det være klart at det går en nedre grense for hva som kan omfattes av et vedtak om allmenngjøring. Satt på spissen; et vedtak om allmenngjøring kan ikke gjelde bare én bedrift i et område. Det ville være et klart brudd med likebehandlingsprinsippet. Hvor grensen går, er det imidlertid vanskelig å si noe generelt om. Det kan kanskje reises innvendinger mot Tariffnemndas forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for sju petroleumsanlegg langs

⁴¹ Forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98 og C-68/98 - C-71/98, *Finalarte* m.fl., Sml. 2001 s. I-7831.

⁴² Erling Hjelmeng og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett*, 2006 s. 1-41 (s. 20-21).

⁴³ *Sigeman* åpner for en slik tolkningsmetode: «Möjligen bör tolkningen av denna numera i viss utsträckning ske i ljuset av utstationeringsdirektivet.» *Sigeman* s. 484.

⁴⁴ Slik også *Evyu*, se s. 32-33.



kysten.⁴⁵ Av forskriftens § 2 fremgår det at det geografiske virkeområdet for forskriften er sju forskjellige petroleumsanlegg. Anleggene fordeler seg over fire forskjellige fylker, fra Finnmark i nord til Rogaland i sør. Slik jeg ser det, vil et geografisk virkeområde definert på den måten være i strid med utsendingsdirektivet, idet sju petroleumsanlegg rett og slett ikke utgjør et geografisk område.

Det er imidlertid visstnok slik at det i Norge ikke eksisterer andre ilandføringsanlegg for gass enn de sju petroleumsanleggene forskriften gjelder for.⁴⁶ Dermed kan det kanskje hevdes at den aktuelle forskriften gjelder *hele* bransjen for ilandføringsanlegg for gass. I så fall kan man se det slik at det foreligger bransjespesifikk avgrensning innenfor hele landet som geografisk område, og som vist er slik bransjespesifikk avgrensning i overensstemmelse med de krav som følger av EØS-retten. Dette burde i så fall fremgått av Tariffnemndas vedtak.

4.4.5 Allmenngjorte lønnsvilkår. Nivå og nødvendighet

Av de tre allmenngjøringsforskriftene følger det at de arbeidstakerne som omfattes av forskriftene skal betales en minste timelønn. Den varierer fra NOK 111,56 for ufaglærte arbeidstakere i verksteds- og teknologiindustrien på petroleumsanleggene til NOK 142,09 for faglærte arbeidstakere som utfører installasjoner, vedlikehold og reparasjoner på elektro- og automatiseringsanlegg i Oslo og Akershus.⁴⁷ En aktuell problemstilling kan da være om man ved å allmenngjøre slike lønnsvilkår holder seg innenfor de krav EØS-retten stiller.

Hjelmeng og Kolstad ser ut til å være av den oppfatning at de allmenngjorte lønnsvilkårene er problematiske i EØS-rettslig forstand, og uttaler:

«EF-domstolens presisering i sak C-49/98, *Finalarte*, Sml. 2001 s. I-7831 om at bestemmelsene vesentlig må bidra til arbeidstagernes «sosiale beskyttelse» tyder på at en minstelønnsordning må være begrunnet i *sosiale hensyn* for at den skal kunne begrunnes i forhold til læren om tvingende allmenne hensyn. For at en minstelønnsordning skal være begrunnet i sosiale hensyn må den ta utgangspunkt i det minimumsnivå lønnen må ligge på for at lønnen skal sikre arbeidstakerne mot utbytting og dekke utgiftene til livsopphold.»⁴⁸

Videre uttales det:

«Dersom det er slik at minstelønnen i landsdekkende tariffavtaler er satt høyere enn den lønn som ut fra rent sosiale hensyn er nødvendig for å få et akseptabelt livsopphold, vil allmenngjøringsinstituttet ikke utelukkende være et virkemiddel for å sikre arbeidstagerer lønninger som dekker utgiftene til et nødvendig livsopphold.»⁴⁹

Etter *Hjelmeng og Kolstads* oppfatning kan lønnstrinn 1 i statens lønnsregulativ være et naturlig utgangspunkt for hva som er nødvendig til livsopphold. Dersom skillet mellom en sosial

⁴⁵ Forskrift 26. juni 2006 nr. 703 om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land.

⁴⁶ Evalueringsrapporten s. 32.

⁴⁷ Jf. forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land § 5 og forskrift om allmenngjøring av tariffavtaler for byggeplasser i Osloregionen § 5.

⁴⁸ *Hjelmeng og Kolstad* s. 14.

⁴⁹ *Hjelmeng og Kolstad* s. 17.



minimumslønn og tariffavtalens lønnsnivå er for stort, hevdes det at allmenngjøringen vil kunne «anses å ivareta noe annet og mer enn sosiale hensyn».⁵⁰

Som det fremgår, retter innvendingene seg mot det virkemiddel allmenngjøringsinstituttet utgjør ved at til dels andre hensyn enn hensynet til de utsendte arbeidstakerne ligger til grunn for de allmenngjorte lønnsvilkår. Slik jeg ser det, må imidlertid resonneringen først og fremst kunne karakteriseres som en innvending mot det *beskyttelsesnivå* som anvendes ved allmenngjøring. Som vist tidligere, er det ikke avgjørende at en nasjonal ordning til dels forfølger ulovlige hensyn. Det avgjørende er at arbeidstakerne gis en «egentlig fordel» som bidrar til deres «sosiale beskyttelse». Det er ikke tvilsomt at de allmenngjorte lønnsvilkårene gir de utsendte arbeidstakerne en «egentlig fordel» – de oppnår en høyere timelønn enn de ville gjort uten en slik allmenngjøring. Når det da reises innvendinger mot det nivå de allmenngjorte lønnsvilkårene har, vil dette være innvendinger mot det beskyttelsesnivå medlemsstaten legger seg på. Det klare utgangspunktet etter EØS-retten, er at medlemsstatene står relativt fritt ved valg av beskyttelsesnivå. På området for utsendte arbeidstakere underbygges dette, slik jeg ser det, særlig av EF-domstolens dom i *Finalarte*. Saken gjaldt blant annet lengden av den betalte ferie tyske regler påla tjenesteytere å gi sine arbeidstakere i byggebransjen. Her uttalte domstolen at så lenge Tyskland fant det nødvendig å gi bygningsarbeiderne en særlig lang betalt ferie av hensyn til deres sosiale beskyttelse, så var ikke tjenestereglene til hinder for at et slikt beskyttelsesnivå ble anvendt også for utenlandske tjenesteytere.⁵¹ Slik jeg ser det, er altså *Finalarte* et uttrykk for at nasjonale ordninger *ikke* trenger å begrense seg til kun å gi arbeidstakerne en sosial minimumsbeskyttelse. De nasjonale myndigheter har med andre ord stor frihet til å selv å velge det beskyttelsesnivå man finner nødvendig. Det er vanskelig å finne klare holderpunkter for at dette ikke skal gjelde også for lønnsvilkår.

Det kan dermed vanskelig hevdes at de lønnsvilkår som foreløpig er allmenngjort overskrider EØS-rettslige grenser, all den tid det enkelte medlemsland er gitt en så vid skjønnsmargin til selv å fastsette det beskyttelsesnivå man finner at arbeidstakerne har behov for. Det vil likevel gå en grense for den skjønnsfrihet man etter EØS-retten kan utøve. Det er sannsynlig at en slik grense vil gå ved tilfeller av klar overbeskyttelse.⁵²

4.4.6 Oppsummering

Som et klart utgangspunkt må det kunne slås fast at den norske ordningen med allmenngjøring av tariffavtaler i seg selv ikke er strid med EØS-retten. Som vist gjelder det også selv om ordningen til dels er begrunnet i hensynet til å hindre norske virksomheter og arbeidstakere i å bli utkonkurrert. Det avgjørende er i så måte at allmenngjøringsordningen gir de utsendte arbeidstakerne reell beskyttelse. Dersom allmenngjorte lønns- og arbeidsvilkår i en gitt situasjon *ikke* skulle gi de aktuelle arbeidstakerne noen ekstra beskyttelse, så følger det både av loven og forskriftene at vilkårene ikke vil komme til anvendelse. Når det gjelder de konkrete lønnsvilkårene som har blitt allmenngjort, kan det vanskelig hevdes at disse er i strid med EØS-retten. Norge har en betydelig skjønnsfrihet med hensyn til hvilket beskyttelsesnivå man finner det nødvendig å anvende.

⁵⁰ *Hjelmeng og Kolstad* s. 40.

⁵¹ *Finalarte* premiss 58.

⁵² Jf. *Bull* s. 600.



Selv om allmenngjøringsordningen som sådan holder seg innenfor de krav EØS-retten stiller, betyr ikke det nødvendigvis at enhver *praksis* under ordningen også er i overensstemmelse med de EØS-rettslige normer. Særlig kan det stilles spørsmål ved om Tariffnemndas vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land er i tråd med de krav til «allmenn gyldighet» som utsendingsdirektivet tolket i lys av traktatbestemmelsene stiller.

5. FORSLAGET TIL TJENESTEDIREKTIV

5.1 Innledning

Kommisjonen fremmet i 2004 et forslag til tjenstedirektiv.⁵³ Det initierte en omfattende debatt over store deler av Europa. Sentralt i denne debatten sto argumenter om at tjenstedirektivet ville føre til sosial dumping og problemer i de nasjonale arbeidsmarkedene. Dette har særlig blitt hevdet av den politiske venstresiden og arbeidstakerorganisasjonene i de vesteuropeiske statene. På motsatt side sto først og fremst den politiske høyresiden og EU 8-landene, som ønsket et mer liberalt indre marked for tjenester. Også i Norge har debatten om tjenstedirektivet spilt en viktig rolle, hvilket blant annet kommer til uttrykk i Soria Moria-erklæringen.⁵⁴ Der uttales det: «Regjeringen vil arbeide for at EU ikke gjennomfører et tjenstedirektiv som fører til sosial dumping»⁵⁵ Uten at det knyttes direkte til tjenstedirektivet uttaler Regjeringen på samme side: «Dersom andre virkemidler strander, vil Regjeringen vurdere å bruke reservasjonsretten i EØS-avtalen hvis særlige viktige norske interesser trues av rettsakter som planlegges innlemmet i EØS-avtalen.» Det er naturlig å oppfatte dette slik at Regjeringen vil vurdere å bruke reservasjonsretten dersom EU gjennomfører et tjenstedirektiv som fører til sosial dumping.

Kommisjonens 2004-forslag fikk ikke flertall i Europaparlamentet, og ble sendt tilbake med endringer.⁵⁶ På bakgrunn av Europaparlamentets endringer fremmet Kommisjonen et nytt forslag til tjenstedirektiv.⁵⁷ 2006-forslaget kan bli endelig vedtatt i løpet av høsten 2006.

Jeg vil i det følgende se nærmere på hva slags betydning forslaget til tjenstedirektiv kan ha for problemstillingene knyttet til sosial dumping. I den forbindelse vil jeg ta utgangspunkt i 2004-forslaget, for deretter å se på de endringene som følger av 2006-forslaget.

5.2 Bakgrunnen for Kommisjonens forslag

Bakgrunnen for Kommisjonens fremleggelse av et tjenstedirektiv, er at den ikke er tilfreds med hvordan det indre marked for tjenester fungerer. Formålet med forslaget er på denne bakgrunn blant annet å «nå frem til et ægte indre marked for tjenesteytelse ved at fjerne lovgivningsmessige og administrative hindringer for utviklingen af servicevirksomhed».⁵⁸ Idet

⁵³ KOM(2004) 2 endelig, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tjenesteydelser i det indre marked. (2004-forslaget).

⁵⁴ Politisk plattform for en flertallsregjering utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, fremforhandlet på Soria Moria 26. september til 13. oktober 2005.

⁵⁵ Soria Moria-erklæringen s. 8.

⁵⁶ Vedtak av Europaparlamentet av 16. februar 2006.

⁵⁷ KOM(2006) 160 endelig, Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tjenesteydelser i det indre marked. (2006-forslaget).

⁵⁸ 2006-forslaget s. 2.



tjenestesektoren utgjør størstedelen av EUs økonomi, ser man det som avgjørende for den økonomiske veksten at man på området har konkurransedyktige markeder.

5.3 Kort om direktivet som sådan

Tjenstedirektivet utgjør et omfattende forsøk på forenkle samhandelen med tjenester, og berører i så måte både traktatens regler om fri bevegelighet for tjenester og etableringsretten. Direktivet er utformet som et rammedirektiv som generelt kommer til anvendelse når man har å gjøre med tjenester og etablering, og regulerer nærmere hvordan samhandelen på denne delen av det indre marked skal foregå. Utgangspunktet er dermed at direktivet kommer til anvendelse når det er tale om tjenester og/eller etablering. Fra dette utgangspunkt oppstiller direktivet selv de unntak som gjør at direktivet for enkelte forhold *ikke* kommer til anvendelse.

5.4 2004-forslaget

I tilknytning til problemstillingene om sosial dumping var det særlig 2004-forslagets art. 16 som skapte debatt. Bestemmelsen innførte det såkalte opprinnelseslandprinsippet, og var inntatt i direktivets kapittel III om fri bevegelighet for tjenester. Hovedelementet i prinsippet var at tjenesteytere utelukkende skulle være omfattet av den nasjonale lovgivningen i sine opprinnelsesland, jf. art. 16 nr. 1 første ledd. I tillegg fulgte det av art. 16 nr. 2 at tjenesteyterens opprinnelsesland skulle ha ansvaret for kontrollen med tjenesteyteren og de tjenester som ble utført, også når slike ble utført i andre medlemsstater.

På denne bakgrunn ble det fryktet og hevdet at tjenstedirektivet ville føre til at utenlandske arbeidstakere ville ha rett til å utføre arbeid i andre medlemsstater kun underlagt sitt hjemlands regulering av lønns- og arbeidsvilkår. Særlig på bakgrunn av EU 8-landenes lave lønnsnivåer fryktet mange at dette igjen ville føre til utstrakte problemer med sosial dumping.

Opprinnelseslandprinsippet inneholdt imidlertid et generelt unntak for «områder, der er omfattet av direktiv 96/71/EF», jf. art. 17 5). Dermed ble tilfeller regulert av utsendingsdirektivet unntatt fra opprinnelseslandprinsippets bestemmelser, slik at utsendingsdirektivet ville fortsette å regulere medlemsstatenes rett og plikt til å anvende nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår overfor tjenesteytere fra andre medlemsstater. Opprinnelseslandprinsippet medførte dermed ikke at for eksempel polske arbeidstakere fritt kunne «ta med seg» polske lønns- og arbeidsvilkår ved utførelse av tjenester i Norge.

Unntaket for utsendingsdirektivet gjaldt *hele* art. 16. Dermed kom heller ikke den ovennevnte bestemmelsen i art. 16 nr. 2, om opprinnelseslandets kontroll med tjenesteyter og tjenesten, til anvendelse for tilfeller som ble omfattet av utsendingsdirektivet.

Selv om opprinnelseslandprinsippet ikke kom til anvendelse for utsendte arbeidstakere, bygget ikke 2004-forslaget på et vanntett skille mellom arbeidsretten og det generelle tjenstedirektivet. I Kommissjonens innledende bemerkninger uttales det at «[d]irektivet ikke har til formål at behandle arbeidsrettlige spørsmål som sådan».⁵⁹ Videre drøftes imidlertid

⁵⁹ 2004-forslaget s. 41 bemerkning (58).



hvordan man for å fremme bevegelse for tjenester kan endre medlemsstatenes kontroll med overholdelse av utsendingsdirektivets bestemmelser. Deretter uttales det:

«For så vidt angår andre ansættelses- og arbeidsvilkår end dem, der er omhandlet i direktiv 96/71/EF, bør udstationeringsmedlemsstaten ikke – på grund af det i direktivet fastsatte princip om fri udveksling af tjenesteydelser – kunne træffe restriktive foranstaltninger over for en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat.»⁶⁰

Uttalelsen er noe uklar, men kan oppfattes dit hen at man her ønsker å legge bånd på medlemsstatenes rett etter utsendingsdirektivet til å pålegge tjenesteytere å overholde andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som tilhørere den harde kjernen, jf. over i kapittel 4.4.2.2.

I tillegg inneholdt 2004-forslaget egne særbestemmelser som berørte utsendingsdirektivet, og da først og fremst kontrolliden av utsendingstilfellene. Av art. 24 nr. 1 første ledd fulgte det at utgangspunktet var at vertsstaten på sitt område skulle foreta

«de nødvendige etterprøvinger, inspeksjoner og undersøgelser for at sikre, at de bestemmelser om ansættelses- og arbeidsvilkår, der finder anvendelse i henhold til direktiv 96/71/EF, overholdes, og træffer under overholdelse af fællesskabsretten foranstaltninger over for tjenesteydere, der ikke overholder disse bestemmelser».

Fra dette utgangspunktet var det imidlertid opplistet enkelte krav vertsstaten *ikke* kunne stille til tjenesteyteren, jf. art. 24 nr. 1 annet ledd bokstav a) til d). Blant annet kunne det ikke kreves at «arbeidsretlige dokumenter» ble oppbevart på vertsstatens område, jf. bokstav d). Det er nærliggende å tenke seg at det kunne blitt vanskeligere for vertslandet å gjennomføre en effektiv kontroll med at nasjonale lønns- og arbeidsvilkår overholdes når det ikke kan kreves at for eksempel arbeidskontrakten oppbevares i vertslandet.

Vertslandets innskrenkede kontrollmuligheter i art. 24 nr. 1 ble kombinert med en plikt for opprinnelseslandet til å påse at tjenesteyteren i en periode på to år etter utsendings opphør kunne fremskaffe visse opplysninger for vertslandets kompetente myndigheter. Av art. 24 nr. 2 bokstav f) fremgår det at dette blant annet gjelder opplysninger om den utsendte arbeidstakerens «ansættelses- og arbeidsforhold». Selv om vertslandets myndigheter her gis en mulighet til å få innsyn i for eksempel arbeidskontrakter, er det fortsatt tvilsomt om vertslandskontrollen ville kunne være like effektiv som tidligere.

5.5 2006-forslaget og endringene

Etter Europaparlamentets behandling av tjenstedirektivet endret Kommissjonen som nevnt direktivet, og da i alt det vesentlige i samsvar med Europaparlamentets endringsforslag.

Med hensyn til spørsmålet om sosial dumping, er det flere endringer som bør trekkes frem. Før det første fremgår det nå eksplisitt av direktivets innledende bestemmelser at direktivet ikke berører arbeidsrettslige regler:

«Dette direktiv berører ikke de arbeidsretlige regler, dvs. enhver form for retlige eller kontraktlige bestemmelser vedrørende ansættelsesvilkår, arbeidsforhold, herunder sundhed og sikkerhed på

⁶⁰ 2004-forslaget s. 41 bemerkning (59).



arbeidsplassen, og forholdet mellom arbeidstagerne og arbeidsgivere, som medlemsstatene anvender i overensstemmelse med fællesskabsretten.»⁶¹

Dette er videre utdypet i de innledende bemerkningene. Her heter det:

«Dette direktiv berører ikke arbeids- og ansættelsesvilkår som f.eks. maksimal arbeidstid og minimal hviletid, mindste antal betalte feriedage pr. år, mindsteløn og sikkerhet, sundhet og hygiene på arbeidsplassen, det berører ikke forholdet mellom arbeidsmarkedets parter, herunder retten til at forhandle og inngå kollektive aftaler, retten til at strejke og til at gjennomføre faglige aksjoner, og det gjelder heller ikke for tjenesteydelser, der udføres af vikarbureauer. Direktivet berører heller ikke medlemsstaternes lovgivning om social sikring.»⁶²

Dette må forstås slik at direktivet ikke griper inn de arbeidsrettslige regler som i dag gjelder, og dermed at det gjeldende regime for slike regler videreføres.

Videre er opprinnelseslandprinsippet tatt ut av direktivet. I stedet er det i art. 16 inntatt en bestemmelse som fastsetter en plikt for medlemsstatene til å respektere tjenesteytneres rett til yte tjenester i andre medlemsstater enn den vedkommende er etablert i, og som nedlegger forbud mot at det kan stilles visse krav til tjenesteyterne.⁶³ Det fremgår – på samme måte som i 2004-forslaget – av art. 17 5) at art. 16 ikke kommer til anvendelse på områder som omfattes av utsendingsdirektivet. I tillegg fremgår det eksplisitt av art. 16 nr. 3 at det ikke er noe i veien for at vertslandet «i overensstemmelse med fællesskabsretten anvender sine bestemmelser vedrørende ansættelsesvilkår, herunder bestemmelser, som er fastsat i kollektive aftaler».

Til dette kommer at den særlige reguleringen av kontroll siden ved utsending av arbeidstakere er tatt ut av 2006-forslaget.

5.6 Vurdering

Det er vanskelig å svare klart på om 2004-forslaget ville ført til større problemer med sosial dumping. Det må imidlertid kunne hevdes at når det gjelder *kontroll siden* av forhold knyttet til utsendte arbeidstakere, så er det sannsynlig at man – sett fra et vertslandsperspektiv – ville få større problemer med å kontrollere et felt som det allerede i dag har vist seg å være problematisk å føre en effektiv kontroll med. I tillegg var 2004-forslaget noe uklart med tanke på forholdet mellom opprinnelseslandprinsippet og utsendingsdirektivet.

I 2006-forslaget er det, som vist, mer uttrykkelig gjort klart at tjenstedirektivet ikke vil berøre arbeidsrettslige regler og at utsendingsdirektivets regler videreføres slik de i dag er. I tillegg er de potensielt problematiske kontrollordningene 2004-forslaget la opp til, fjernet.

Dette medfører at dagens gjeldende regime knyttet til nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår for å hindre sosial dumping kan videreføres, selv om tjenstedirektivet skulle bli vedtatt. Det er dermed, så vidt jeg kan se, ikke noe som tilsier at problemene med

⁶¹ 2006-forslaget art. 1 nr. 6.

⁶² 2006-forslaget s. 22 bemerkning (6g).

⁶³ Det kan stilles spørsmål ved om det i realiteten er særlige forskjeller mellom det tidligere opprinnelseslandprinsippet og den bestemmelsen som nå er inntatt i art. 16. Jeg går ikke nærmere inn på dette.



sosial dumping skulle øke som følge av tjenstedirektivets eventuelle vedtakelse og ikrafttredelse.

Disse betraktningene gjelder også for Norge og det norske reguleringsregimets del. Ettersom tjenstedirektivet, slik det nå ser ut, neppe fører til økt sosial dumping, bør en eventuell reservasjon fra Norge – slik enkelte har ønsket – være begrunnet i andre forhold ved tjenstedirektivet enn problemer med sosial dumping.

6. AVSLUTNING

6.1 Situasjonen i dag

Som vi har sett danner de forskjellige bitene av EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester et komplekst rettslig bilde med hensyn til medlemsstatenes muligheter og plikter til å anvende nasjonal regulering overfor tjenestearbeidsmarkedet. Selv om bildet er sammensatt, må hovedkonklusjonen være at medlemsstatene på denne delen av tjenestefeltet står ganske fritt til å opprettholde ordninger som utgjør restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester. Det er etter rettspraksis et stort rom for å anvende nasjonal regulering til beskyttelse av arbeidstakerne, og som vist aksepteres etter hvert mer åpent også hensynet til å hindre potensielt uheldige virkninger i det nasjonale arbeidsmarked. Til dette kommer at nasjonale ordninger begrunnet i direkte proteksjonistiske hensyn også vil kunne opprettholdes. Her må det også trekkes frem at medlemsstatene ved vurdering av hva som er nødvendig beskyttelsesnivå, står relativt fritt.

Samlet sett er det dermed klart at medlemsstatene er gitt stor frihet til å beskytte seg mot sosial dumping på området for arbeidstakermobilitet under tjenstereglene.

Når det gjelder den norske ordningen, har gjennomgangen vist at den prinsipielt sett ikke er i strid med EØS-rettens krav, selv om den til dels er begrunnet i proteksjonistiske hensyn. Selv om ordningen som sådan er i overensstemmelse med EØS-retten, så vil det likevel kunne forekomme brudd på EØS-rettens krav gjennom Tariffnemndas konkrete praksis.

Det er etter dette liten tvil om at det indre marked for tjenester ikke er så åpent som det kunne ha vært. De nasjonale regimer til vern av arbeidstakerne og arbeidsmarkedet gjør det åpenbart vanskeligere for tjenesteytere etablert i andre land å yte tjenester i andre medlemsstater. Her har man imidlertid avveid de ulike interesser og funnet at hensynet til den frie bevegelse til en viss grad må vike. Det igjen betyr at det er stort rom for medlemsstatene – herunder Norge – til å beskytte seg mot sosial dumping.

6.2 Utviklingen videre

Som vist la Kommisjonen frem et første forslag til tjenstedirektiv som i hvert fall kunne oppfattes som et lite skritt i retning av en viss liberalisering. Forslaget ble imidlertid effektivt stanset i Europaparlamentet, og Kommisjonens andre forslag får som vi har sett ingen stor betydning på området for arbeidstakermobilitet under tjenstereglene. Dermed ser det ut til at man i den nærmeste fremtid vil bevare status quo. Dersom tjenstedirektivet blir vedtatt slik det nå ser ut, kan det hende at det bidrar til å *sementere* rettstilstanden noe, fordi forholdet til utsendingsdirektivet og regulering av arbeidsretten så klart fremgår av direktivet.



Spørsmål om arbeidstakermobilitet er et politisk meget sensitivt område, hvilket ikke minst debatten om tjenstedirektivet viste. Dersom det nå skal komme store skift på lovgivningssiden, må de politiske maktforholdene endres først.

Fordi temaet er så vidt politisk sensitivt som det er, er det også sannsynlig at domstolen vil fortsette å være tilbakeholden med å gripe inn i medlemsstatenes nasjonale reguleringsregimer, før det eventuelt avklares på politisk hold først.

Dersom lønnsnivået i Europa utjevnes – slik at forskjellene mellom øst og vest ikke lenger er så store – vil ikke lenger de potensielle skadeeffektene ved arbeidstakermobilitet under tjenstereglene være til stede på samme måte som i dag. En slik eventuell utjevning vil imidlertid ta tid. I mellomtiden råder det til enhver tid gjeldende politiske flertallet i EUs organer.



ISBN 82-8196-001-9