

STEIN EVJU

Professor i arbeidsrett

Kontor:
Institutt for privatrett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs pl.
0130 OSLO

Privat:
Sagtomtveien 54
1359 EIKSMARKA

Tlf.: 22 85 93 25

Fax: 22 85 97 20

E-post: stein.evju@jus.uio.no

Tlf.: 67 14 85 80

Fax: 67 14 64 14

E-post: stein@evju.org

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep

0030 OSLO

13. januar 2006

Deres ref.: 200503595-/BOS

Min ref.: SE AID/H 06-001

EVALUERING AV ALMENGJØRINGSORDNINGEN - HØRING

Jeg viser til departementets brev av 22. september 2005 og det medfølgende dokument av samme dato – ”evalueringsrapporten”.

Jeg har noen synspunkter på spørsmål som er tatt opp i rapporten. Jeg beklager at min uttalelse kommer etter høringsfristen. Imidlertid håper jeg mine bemerkninger likevel kan være til noen interesse og nytte.

Som det er pekt på i rapporten (s. 8), reiser almengjøringsloven ”noen problemstillinger knyttet til EØS-regelverket”. Loven står i en viss sammenheng med ”utstasjoneringsdirektivet”, Direktiv 96/71/EF. Denne sammenhengen er riktignok indirekte, på to måter. Dels er loven eldre enn direktivet. Det illustrerer at den – også – har en side til EØS/EF-rettens alminnelige regler om fri bevegelse av tjenester (”tjenestereguleringene”). Dels er almengjøringsloven ikke et direkte eller nødvendig ledd i gjennomføringen i nasjonal rett av direktivets regler. Direktivet står på sin side i en sammenheng med EØS/EF-rettens alminnelige regler, først og fremst tjenestereguleringene og forbudet mot nasjonalitetsdiskriminering.¹ Forholdet mellom primærrettens og sekundærrettens (direktivets) regler har flere fasetter. Begge regelsett er komplekse, og forholdet mellom dem er heller ikke uten videre enkelt.

Almengjøringsloven må på sin side også sees i sammenheng med reglene som gjennomfører utstasjoneringsdirektivet i norsk rett, dvs. arbeidsmiljøloven av 1977 kap. XII B – nu arbeidsmiljøloven av 2005 § 1-7 og forskriften av 16. desember 2005 (nr. 1566).² Det er gjennom disse bestemmelsene, nu spesielt forskriftens § 2 annet ledd, at almengjøringsloven og vedtak i henhold til den får aktualitet for utsendte arbeidstgere og deres arbeidsgivere (utenlandske tjenesteydere) – og derved også aktualitet i forhold til direktivet og tjeneste-

¹ Dvs. EFT art. 49 – 55 og art. 12, EØS art. 36 – 39 og art. 4. – Eftersom rettspraksis er knyttet til EFTs regler, viser jeg gjennomgående til dennes bestemmelser og ikke til artiklene (nummereringen) i EØS-avtalen.

² I det følgende viser jeg til 2005-loven og forskriften med hhv. ”aml.” og ”forskr.” eller ”forskriften”.

reglene. På den annen side gir aml. § 1-7 og forskriften (§ 2) bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår ("arbeids- og ansettelsesvilkår", i samsvar med direktivets terminologi) som skal gjelde for utstasjonerte arbeidstagere uansett om det er truffet noe vedtak etter almenngjøringsloven om ytterligere bestemmelser som skal gjelde. Etter forskriftens § 2 første ledd litra a er det gjort gjeldende flere bestemmelser som ikke, eller neppe, kan anses å falle inn under "listen" i direktivets art. 3 nr. 1.

Jfr. til dette i avsnitt 2.3 nedenfor. Bestemmelsene om skriftlig arbeidsavtale (aml. § 14-5, § 14-6 og § 14-8) faller klart utenfor. Likeledes må nok bestemmelsene i lovens kap. 12 gjøre det, selv om noen kanskje kan presses inn under litra e eller f i "listen". Lovens § 15-9 er mer usikker; den kan muligens – i hvert fall for en del – la seg subsumere under "listens" bokstav f. Det er formodentlig lettere å argumentere for at bestemmelsene i aml. § 14-12 – § 14-14 om innleie kan forankres i "listens" bokstav d om "vilkår for utleie".

Forsåvidt må den norske lovgjennomføringen (i aml. og forskriften) anses som en anvendelse (også) av direktivets art. 3 nr. 10 første strekpunkt. Noen indikasjon på at man har sett det slik, eller vurdert de problemstillinger dette innebærer, er imidlertid ikke å finne i lovforarbeidene. Jfr. Ot.prp. nr. 13 (1999-2000), spesielt – og motsetningsvis – s. 25-26.

At den nasjonale utvidelse i forhold til "listen" kan være problematisk, kan bestemmelsene om skriftlig arbeidsavtale eksemplifisere. Krav om skriftlig informasjon om ansettelsesvilkår ("ansettelsesbevis) er som kjent direktivbasert (direktiv 91/533/EØF) og gjelder på det grunnlag i alle EØS-land. Krav om å oppfylle dette gjennom skriftlig "avtale" er imidlertid særegent for Norge. Det vil åpenbart være problematisk å kreve dette særnorske krav til form oppfylt der det funksjonelle i direktivets krav til informasjon m.v. er ivaretatt på annen måte i arbeidstagerens/tjenesteyderens hjemstat.

Også den egentlige gjennomføringslovgivningen reiser således noen problemstillinger knyttet til EØS-regelverket. Dette ligger likevel utenfor det som er emnet her. Jeg går derfor ikke nærmere inn på slike, konkrete, spørsmål i det følgende.

De mer generelle EØS-rettslige regler og problemstillinger er det derimot grunn til å se nærmere på også med tanke på vurderinger av almenngjøringsloven, anvendelsen av den og mulige endringer. I det følgende tar jeg utgangspunkt i dette og kommer så inn på almenngjøringsloven avslutningsvis. I behandlingen av det EØS-rettslige rammeverket har jeg funnet det hensiktsmessig først å gjøre noe rede for utstasjoneringdirektivet, for så å ta opp tjenestereglene på dette området etter alminnelige, traktatbaserte normer, og derefter se på noen hovedspørsmål med hensyn til forholdet mellom direktivet og disse.

En oversikt over gangen i fremstillingen videre følger på neste side. – Av rent arbeidsmessige årsaker har jeg ikke fått innarbeidet litteraturreferanser. Jeg antar imidlertid at det ikke er så vesentlig i denne sammenheng.

Med hilsen

Stein Evju (s.)

1	Noen innledende bemerkninger om direktivet og tjenestereglene	4
2	Utstasjoneringsdirektivet – noen hovedpunkter	5
2.1	Introduksjon	5
2.2	Hovedreglene i oversikt	7
2.3	Vilkår og rettsgrunnlag – utgangspunkter	8
2.4	Relevante tariffavtaler – almengyldighet og annet	9
2.5	Vilkår utenfor ”kjernen” – ”ordre public”, eller hva?	11
3	Utstasjonering, EFT art. 49 og rettspraksis - alment	15
3.1	Rush, restriksjonsforbud og rettspraksis	15
3.2	Kort om restriksjonsbegrepet og minstelønn	17
3.3	Relevante ”almene hensyn”, betydningen av formål m.v.	19
3.3.1	Innledende bemerkninger. Arbeidstagervern og andre hensyn	19
3.3.2	Vern av arbeidstagere – men hvilke?	20
3.3.3	Det objektive ”formålskravet”	21
3.4	Proporsjonalitet og ”reell fordel”	22
3.4.1	Utgangspunkter og problemstillinger	22
3.4.2	Beskyttelsesnivå i versstaten, herunder om ”minstelønn”	23
3.4.3	Gjenstanden for sammenligning – helhet eller enkeltvilkår?	26
3.4.4	Målestokken – kravet om ”reell fordel”	28
3.4.5	Videre om vurderingen – avrunding, avveining	30
4	Direktivet og EFT art. 49	31
4.1	Introduksjon, problemstillinger	31
4.2	Når har en tariffavtale ”almen gyldighet”?	32
4.3	Vilkårsregulering og restriksjonsforbud	35
4.4	Sluttkommentar	36
5	Almengjøringsloven	37
5.1	Innledning	37
5.2	Almengjøringslovens forhold til EØS-retten	37
5.3	Er ”almengjøring” hva det gir seg ut for?	41
5.4	Dokumentasjonskrav, opplysningsplikt og innsynsrett	43
5.5	Kontroll, innsynsrett og boikott	43
5.6	Byggherreansvar, Tariffnemndas kompetanse og fortsatt ”almengjøring”	45
5.7	Avslutningsvis: Tvisteløsning	46

1 Noen innledende bemerkninger om direktivet og tjenestereglene

Det er et enkelt utgangspunkt at en (EU/EØS-) medlemsstat kan gi nasjonal regulering anvendelse for dem som opptrer på territoriet, også for utlendinger fra andre medlemsstater. I visse sammenhenger *skal* staten gjøre det, for å verne mot nasjonalitetsdiskriminering og sikre likebehandling – som f.eks. for ”vandrende” arbeidstagere (jfr. bl.a. EFT art. 39 - 40/EØS art. 28 – 29). På den annen side trekker EF/EØS-retten visse grenser for statens frihet, dvs. for *adgangen* til å gjøre nasjonal regulering gjeldende. Disse grensene er imidlertid ikke alltid enkle å identifisere.

Ett spenningsfelt her er forholdet mellom nasjonale arbeidsrettslige regimer og reglene om fri bevegelse for tjenester. Det kan hevdes at å skulle underkaste seg nasjonale regler i vertslandet, er diskriminerende eller innebærer hindringer for adgangen til tjenesteydelser over landegrensene. Dette er vel kjent som fellesskapsrettslig problemstilling, ihvertfall siden dommene i *Webb*³ (1981) og *Seco*⁴ (1982). Det grunnleggende spørsmålet er i hvilken grad statens adgang til å fastlegge sitt arbeidsrettslige regime og kreve det etterlevet, begrenses (så langt det ikke strider mot spesifikke fellesskapsrettslige regler på området). I dette ligger spørsmål om i hvilken utstrekning ulike hensyn aksepteres og hvordan de skal avveies mot hverandre, og er avveiet mot hverandre – så som hensyn til arbeidervern og arbeidsmarked, like konkurranseforhold og ”markedsadgang” til tjenesteydelser over landegrensene.

Dette har vært et tema i rettspraksis fra EF-domstolen, i en rekke dommer fra *Rush*⁵ (1990) og fremover, der avgjørelsene knytter seg til EFT art. 49 og 50 (i saker fra før direktivet trådte i kraft).

Og det er et tema for utstasjoneringdirektivet. Direktivet har en *rettsvalgsdimensjon*. Ved arbeid over landegrensene er et sentralt spørsmål hvilket lands retts som skal gjelde for arbeidsforholdet. Direktivet regulerer dette (et stykke på vei), som en viktig funksjon – eller side – av *hovedtemaet*: Direktivet gir regler om hvilke regler staten skal gjøre gjeldende for visse arbeidsforhold ved grenseoverskridende tjenesteydelser, og dessuten bestemmelser om adgang til å gi regler som skal ha anvendelse. Indirekte gir det for såvidt også en avgrensning av adgangen til å gjøre ytterligere regler gjeldende.

³ Sak 279/80 *Criminal proceedings against Alfred John Webb*, [1981] EFD 3305.

⁴ Forenede saker 62 og 63/81 *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral v Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, [1982] EFD 223.

⁵ Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Ld^l v Office national d'immigration*, [1990] EFD 1417.

I EF-domstolens dom vedrørende direktivet i saken *Kommisjonen mot Tyskland*⁶ (2005) uttalte domstolen (i avsnitt 25) at etablert rettspraksis på området, fra *Seco* og fremover, er nedfelt ("consacrée", "enshrined", "lovfæstet") i direktivets art. 3 nr. 1. Det er en forenkling som er fortegnende. Man kan kanskje si at direktivet integrerer "Rush-doktrinen", jfr. fortalens pkt. 12. Men den gjelder med begrensninger, både etter senere rettspraksis og (nok også) etter direktivets egne regler. Den grunnleggende forskjell er at direktivet stiller krav om at visse vilkår *skal* gjelde – staten pålegges en *plikt* til å sørge for at utsendte arbeidstagere sikres visse "arbeids- og ansettelsesvilkår". Det rettspraksis har gitt uttrykk for, er derimot at fellesskapsretten (innen visse grenser) ikke er til hinder for at en medlemsstat pålegger en utenlandsk tjenesteyder å etterleve nasjonale bestemmelser for arbeidsforhold i vertsstaten. Direktivet innebærer for såvidt at adgangen er transformert til en plikt. Et spørsmål for seg er så om den plikt (eller rettere, de plikter) og den adgang staten har etter direktivets regler, skal begrenses etter slike kriterier som ellers er utviklet i EF-domstolens rettspraksis på tjenestereglenes område. Dette kommer jeg tilbake til.

Direktivet er et komplisert instrument, med et sammensatt formål. Her kan jeg ikke gå utførlig inn på alle enkeltheter, men det er det neppe heller grunn til. I det følgende skal jeg knytte bemerkninger til noen punkter som kan ha særlig interesse i sammenhengen her. Dernest ser jeg kortfattet på traktatreglene og de normer som er utviklet i rettspraksis knyttet til dem på dette området. Ut fra dette tar jeg så opp forholdet mellom direktivet og traktatreglene og noen spesielle spørsmål om fortolkning av direktivet i sammenheng med dette.

2 Utstasjoneringsdirektivet – noen hovedpunkter

2.1 Introduksjon

Direktivet har som kjent bakgrunn i EF's utvidelse i 1986 og utviklingen av det indre marked. Mulig sekundærlovgivning på området ble tatt opp som et av mange punkter i Kommisjonens handlingsprogram fra 1989.⁷ I den videre utvikling er det vanlig å peke på dommen i *Rush* (1990) som et sentralt utgangspunkt. I et *obiter dictum* som utvidet et lignende *obiter dictum* i *Seco*, uttalte domstolen:

"Finally, it should be stated, in response to the concern expressed in this connection by the French Government, that Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country

⁶ Sak C-341/02 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, [2005] EFD I-0000.

⁷ Jfr. COM(89) 568 final, i avsnitt 4 B.

the employer is established; nor does Community law prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means (...)" (*Rush*, avsnitt 18.)

Et første forslag til direktiv ble lagt frem i 1991, et nytt i 1993, før direktivet etter en omstendelig prosess ble vedtatt i 1996 (med frist for gjennomføring tre år senere, pr. 16. desember 1999). Jeg skal ikke gå nærmere inn på tilblivelsesprosessen (den finnes det adskillig litteratur om), men kommer inn på enkelte elementer senere. I denne sammenheng er det nok å peke på at det særlig var to temaer som var kontroversielle.

Først, og ikke minst, spørsmålet om *fra når* nasjonale regler skal kunne gjøres gjeldende. I Kommisjonens første forslag var det satt en "terskel" på tre måneder.⁸ Det er dels blitt sett som et forsøk på å *begrense* rekkevidden av uttalelsene i *Rush*. Direktivets løsning ble til slutt en "null-terskel"; de nasjonale vilkår det er tale om, skal – eventuelt kan – gjøres gjeldende overfor utenlandske tjenesteydere fra første dag (bare med reservasjon for art. 3 nr. 2).

Dertil spørsmålet om hva slags kollektive avtaler (tariffavtaler) som skulle kunne gi grunnlag for anvendelse av nasjonale vilkår. Kommisjonens forslag fra 1991 omfattet bare vilkår i henhold til lovgivning ("laws, regulations and administrative provisions") og generelt gjeldende tariffavtaler med "erga omnes"-virkning.⁹ Det siste reflekterte nok – og i for stor grad – den franske modell med "extension" ("almengjøring") av tariffavtaler. Den var – og er – ukjent i endel andre land. Både derfor og av andre grunner ble dette elementet i forslaget kontroversielt. Det ble også endret. I sitt annet utkast la Kommisjonen frem et modifisert og utvidet forslag,¹⁰ som så ble gjenstand for adskillig bearbeidelse og endringer før direktivet ble vedtatt.

Det grunnprinsippet direktivet bygger på, er i og for seg enkelt. En "kjerne" (eller "grunnstamme") av vertsstatens nasjonale bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår skal ha anvendelse også for arbeidstagerer som er utstasjonert fra andre land av arbeidsgivere med annen hjemstat (jfr. art. 3 nr.1 og fortalens pkt. 14). Direktivet bygger på at fellesskapsretten ikke er til hinder for at nasjonale regler kan anvendes; jfr. fortalens pkt. 12 (som "rekapitulerer" *Rush* avsnitt 18). Samtidig er det en

⁸ Jfr. COM(91) 230, art. 3 nr. 2.

⁹ Jfr. COM(91) 230, art. 3 nr. 1 litra a: "... collective agreements or arbitration awards, covering the whole of the occupation and industry concerned having an "erga omnes" effect and/or being made legally binding in the occupation and industry concerned".

¹⁰ Jfr. COM(93) 225 final, art. 3 nr. 1 og 4, og bemerkningene til art. 3 i Explanatory Memorandum (s. 2).

grunnleggende premisse at fremme av tjenesteydelser over landegrensene ”forutsetter fair konkurranse”.¹¹

Som nevnt har direktivet et sammensatt formål. Både fair konkurranse og vern av arbeidstagerer, dvs. ”tiltak som garanterer respekt for arbeidstakernes rettigheter”, er sentrale og sidestilte målsettinger, samtidig som de er midler til målet om fremme av tjenesteydelser over landegrensene (jfr. fortalens pkt. 5). Dette kan se ut som et paradoks. Det er uomtvistelig slik at det å skulle etterleve vertslandets regler, *kan* virke til å hindre, ikke fremme, tjenesteydelser over landegrensene (uten at det nødvendigvis alltid vil være slik). Men poenget ligger da i paradokset. Direktivet må sees som uttrykk for et forsøk på å skape et enhetlig grunnlag for løse de underliggende problemene og å forene motstående hensyn og interesser. Slik sett er direktivet et politisk kompromiss både i enkeltheter og mer overordnet, ved å gi sosiale vernehensyn (vern av arbeidstagerrettigheter, m.v.; ”social policy”) en viss forrang fremfor rene fri bevegelighets- og frikonkurransehensyn.

2.2 Hovedreglene i oversikt

Efter art. 1 nr. 1 har direktivet anvendelse på foretak som er etablert i en medlemsstat (hjemstaten), og som ”i forbindelse med tjenesteyting over landegrensene sender ut arbeidstakere” til en annen medlemsstats (vertsstatens) territorium.¹² Efter art. 1 nr. 3 faller tre former for ”utsendelse” inn under virkeområdet:¹³

- utsendelse ”i henhold til avtale inngått mellom utsendingsforetaket og mottakeren av tjenesteytelsene”;
- utsendelse innenfor et foretak, et konsern eller en gruppe av foretak; og
- utsendelse i form av arbeidsutleie.

I alle tilfeller er det en forutsetning at det foreligger et arbeidsforhold mellom utsenderforetaket og den utsendte – arbeidstageren. Hvorvidt vedkommende *er* arbeidstager, er ikke et fellesskapsrettslig spørsmål, men avgjøres heller ikke av hjemstatens rett. Efter art. 2 nr. 2 skal spørsmålet for direktivets formål avgjøres i henhold til vertsstatens lovgivning.

Som nevnt er utgangspunktet at visse arbeidsrettslige regler i vertsstaten *skal* ha anvendelse for utsendte arbeidstagerer fra første dag. Direktivet gjør bare ett

¹¹ Jfr. fortalens pkt. 5. Den norske oversettelsen bruker uttrykket ”rettferdig”. De danske, engelske og tyske grunntekstene bruker derimot adjektivet ”fair”; på fransk og svensk heter det ”lojal”.

¹² Direktivet omfatter ikke foretak i handelsflåten for såvidt gjelder skipsbesetningen (art. 1 nr. 2). Det gjelder heller ikke for foretak med hjemstat utenfor EU/EØS, men jfr. her art. 1 nr. 4.

¹³ Jfr. her også ”rådsnoten” (Rådets dokument 10497/96) ad art. 1 nr. 3 bokstav a, Statement 225/96, by the Council and the Commission.

obligatorisk unntak fra dette, med ”åttedagersregelen” for ”førstegangsmontering” m.v. i art. 3 nr. 2. Men dertil tillater det ytterligere unntak i en viss utstrekning, gjennom bestemmelsene i art. 3 nr. 3 – 5, jfr. nr. 6.

Hvilke regler om lønns- og arbeidsvilkår som *skal* ha anvendelse og hvilke som *kan* gis anvendelse, er regulert gjennom en kombinasjon av bestemmelser om vilkår og rettsgrunnlag i art. 3 nr. 1 og nr. 7 – 10. Dette er temaer det er grunn til å se noe nærmere på.

Bestemmelsene om informasjon og håndhevelse i art. 4, 5 og 6 går jeg derimot ikke inn på her.

2.3 Vilkår og rettsgrunnlag – utgangspunkter

Efter art. 3 nr. 1 er utgangspunktet at vilkår av de typer som er nevnt i bestemmelsens bokstav a – g (kalt ”listen”, ”kjernen” eller ”kjernevilkårene”), *skal* gis anvendelse for utsendte arbeidstagere. Med unntak av bokstav d, vilkår for utleie, og bokstav c, minstelønn, er det tale om temafelter som er gjenstand for EF/EØS-rettslig regulering, i stor grad gjennom minimumsdirektiver. Minstelønn er det derimot ikke. Noen medlemsstater har minstelønnslovgivning, andre har det ikke. Mens de øvrige vilkårskategoriene er ”obligatoriske”, er det klart at art. 3 nr. 1 ikke innebærer noen plikt for stater som ikke har slike regler, til å innføre minstelønnslovgivning.¹⁴

Andre vilkår enn slike som er nevnt i art. 3 nr. 1, *kan* gjøres gjeldende i henhold til art. 3 nr. 10 (og den spesielle regel for utleide arbeidstagere i art. 3 nr. 9). Disse bestemmelsene kommer jeg tilbake til nedenfor.

De vilkår direktivet krever anvendt, har karakter av ”minimumsvilkår”. Efter art. 3 nr. 7 første ledd gjelder et ”gunstighetsprinsipp”. Dersom lønns- og arbeidsvilkårene efter hjemstatens regulering er gunstigere for arbeidstageren enn de i vertsstaten, har arbeidstageren fortsatt rett til de førstnevnte. Det er ikke ment at direktivet skal føre til noen reduksjon av det sosiale vern ved utstasjonering. – Skjønt det ikke følger direkte av ordlyden, må regelen i art. 3 nr. 7 første ledd, ut fra formålet, gjelde tilsvarende for vilkår som gjelder i vertsstaten efter art. 3 nr. 10.

Utgangspunktet videre er at ”kjernevilkår” som er fastsatt ved ”lov eller forskrift”, skal gis anvendelse, jfr. art. 3 nr. 1 første strekpunkt.¹⁵ Dette gjelder på *alle* virksomhets- eller næringsområder.

¹⁴ Jfr. forsåvidt ”rådsnoten” ad art. 3, Statement 227/96, by the Council and the Commission, pkt. 1.

¹⁵ Uttrykket ”lov eller forskrift” er den norske direktivoversettelsens, men det må kunne anses dekkende. Terminologien i grunntekstene er litt varierende og reflekterer tildels ulike lovgivningstradisjoner. Det er utvilsomt at nr. 1 første alternativ – selv med en formulering

Dernest gjelder en særregel for det som er betegnet som ”byggearbeid”, slik det er definert – relativt bredt – i vedlegget til direktivet.¹⁶ Etter art. 3 nr. 1 annet strekpunkt skal ”kjernevilkår” gjøres gjeldende for ”byggearbeid” der de er fastsatt ”ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til [art. 3] nr. 8”. Det er på det rene at denne bestemmelsen ikke innebærer noen forpliktelse for statene til å etablere ordninger med ”almengjøring”, og heller ikke til å treffe vedtak om ”almengjøring” der man har regler om slikt.¹⁷ Art. 3 nr. 1 annet strekpunkt krever bare at tariffavtalte ”kjernevilkår” gis anvendelse *hvis* en relevant – ”alment gyldig” – tariffavtaleregulering finnes.

Men der den finnes, skal slik tariffavtaleregulering gjelde ved siden av og i tillegg til den regulering som måtte finnes i lov eller forskrift. Det går uttrykkelig frem av ordlyden i art. 3 nr. 1, hvor det mellom strekpunktene heter ”og/eller”. Hvis det f.eks. ikke finnes minstelønnsbestemmelser i lov, men en ”alment gyldig” tariffavtale for byggearbeid har slike, skal disse gjelde. Likeledes vil regelen være at en slik tariffavtales bestemmelser skal ha anvendelse selv om ”kjernevilkår” også er regulert i lov, der tariffavtalens regler er gunstigere for arbeidstageren enn lovens (minimums)regler, f.eks. om arbeidstid eller ferie. (Jfr. videre til dette nedenfor i 3.4.2.)

For *andre* typer virksomhet enn ”byggearbeid” krever direktivet *ikke* at tariffregulerte vilkår – i ”kjernen” eller forøvrig – skal ha anvendelse for utstasjonerte arbeidstagere. Men vertsstaten har en viss *adgang* til å gjøre tariffvilkår gjeldende, forutsatt at det er tale om *relevante* tariffavtaler i direktivets forstand, i henhold til art. 3 nr. 8, jfr. art. 3 nr. 10 annet strekpunkt. Dertil er det et spørsmål hva slags vilkår, innholdsmessig sett, som kan gjøres gjeldende (jfr. art. 3 nr. 10 første strekpunkt, og videre nedenfor i 2.5).

2.4 Relevante tariffavtaler – almengyldighet og annet

I art. 3 nr. 8 første ledd gis en definisjon av hva som i direktivets forstand skal forstås med ”tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet”.¹⁸ Men nr. 8 annet ledd gir videre anvisning på to former for tariffavtaler som medlems-

som den franske ”dispositions ... administratives” – ikke omfatter forvaltningsvedtak om ”almengjøring” av tariffavtaler.

¹⁶ Nettopp ”byggearbeid” og hva det skal omfatte var bade et utgangspunkt for prosessen med direktivet og et av de kontroversielle temaer under arbeidet med det.

¹⁷ Jfr. forsåvidt ”rådsnoten” ad art. 3, Statement 227/96, by the Council and the Commission, pkt. 2: “Article 3 does not entail any obligation on Member States to extend declarations of universal applicability (“Allgemeinverbindlicherklärung”) where their content and scope are concerned.”

¹⁸ For enkelhets skyld utelater jeg termen ”voldgiftskjennelser”. Materielt er det uten betydning.

statene 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 rettsgrunnlag for sine formål.

For det første tariffavtaler som er ”erklært” som ”*alment gyldige*” (”*d’application générale*”, ”*universally applicable*”), art. 3 nr. 8 første ledd. De omtales undertiden også som tariffavtaler med ”*erga omnes*” virkning. Her er det tale om tariffavtaler som er gjort rettslig bindende ved forvaltningsvedtak e.l., og som derfor ”må overholdes” av ”alle foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring”.

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.

For det 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.

For de to siste alternativene gjelder et krav om ”likebehandling” av utsenderforetak med nasjonale foretak ”i en tilsvarende situasjon”, jfr. nr. 8 annet og tredje ledd. Etter ordlyden i nr. 8 gjelder dette kravet ikke for ”alment gyldige” tariffavtaler. Det beror antagelig på at slike avtaler, nettopp fordi de er ”alment gyldige”, må overholdes av i det aktuelle området osv., slik at likebehandling derved er sikret uten videre.

For tariffavtaler etter nr. 8 annet ledd er det i utgangspunktet spørsmål om *de facto* ”(generell) anvendelse”.¹⁹ 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). Det vil ihvertfall innebære at nasjonale foretak som driver tilsvarende virksomhet som et utsenderforetak, på samme område og i tilsvarende omfang, i praksis må etterleve en ”generelt anvendt” tariffavtale, selv om de ikke er bundet av den. Det grunnleggende i direktivets likebehandlingskrav er at utsenderforetak som pålegges å følge en tariffavtale i vertsstaten, ikke derved skal stilles ugunstigere enn nasjonale foretak som ikke er tariffbundet. Referansen er imidlertid nasjonale foretak ”i en tilsvarende situasjon”. Meningen har vært at man

¹⁹ Det sies ofte at det første alternativet tar sikte på tariffavtaler etter dansk og svensk modell, mens det for ”mest representative” organisasjoner ble føyet til (på et senere stadium enn Kommisjonens forslag fra 1993) for å passe for det italienske tariffavtalesystemet. En ”basisreferanse” for såvidt er SOU 1998:52 *Utstationering av arbetstagare*, s. 85.

skal kunne se bort fra foretak som ikke har noen reell konkurranseposisjon i forhold til utsenderforetak.

I Explanatory Memorandum til Kommissjonens 1993-forslag heter det at forslaget til det som ble art. 3 nr. 8 annet ledd første strekpunkt, tok sikte på å

”... allow Member States, in the absence of the abovementioned collective agreements (or awards), to include those which are complied with by the great majority of national-level undertakings in the occupation or industry in question. The fact that an economically insignificant number of national-based undertakings do not observe the collective agreements (or awards) in question, would not necessarily impede their application to the undertakings referred to in Article 2 [svarer til den vedtatte art. 1]. A key factor will be the extent to which those undertakings are real potential competitors relative to undertakings referred to in Article 2. The term “national-based undertakings being in a similar position” should be construed as enterprises established in the Member State concerned, which undertake similar activities or operations and are equivalent in volume or size.” (COM(93) 225 final, s. 1; de tre siste periodene i det siterte er også gjengitt i SOU 1998:52, s. 85-86.)

Det er antatt at dersom en stat ønsker å anvende et av alternativene i nr. 8 annet ledd, slik at ”generelt anvendte” eller ”mest representative” tariffavtaler skal ha anvendelse for utsenderforetak, må dette sies uttrykkelig i den lovgivning som gjennomfører direktivet. Visstnok har ingen EU-medlemsstater gitt slike bestemmelser.²⁰

For Norges del har man også valgt å ikke anvende art. 3 nr. 8 annet ledd.²¹ Jeg går derfor ikke nærmere inn på disse bestemmelsene her. Forholdet til nr. 8 første ledd kommer jeg tilbake til. Det samme gjelder forståelsen av begrepet ”almen gyldighet”, spesielt i relasjon til ”almengjorte” tariffavtalers *stedlige* anvendelsesområde.²² Foreløpig vil jeg bare bemerke at det følger av ordlyden i direktivets art. 3 nr. 8 at ”det aktuelle geografiske område” ikke behøver å omfatte hele landet (det nasjonale territoriet).

2.5 Vilkår utenfor ”kjernen” – ”ordre public”, eller hva?

Efter direktivets art. 3 nr. 10 første strekpunkt er direktivet ”ikke 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 art. 3 nr. 1, anvendelse (også) for utsenderforetak og utsendte arbeidstagere. Det betyr i realiteten at ”listen” i nr. 1 *ikke* er *uttømmende*. Direktivet gir forsåvidt statene en frihet til å gjøre nasjonale vilkår gjeldende ut over området for det man er forpliktet til å gi anvendelse. Det er

²⁰ Se Kommissjonens ”Communication” om ”The implementation of Directive 96/71/EC in the Member States”, COM(2003) 458 final, s. 12.

²¹ Jfr. Ot.prp. nr. 13 (1999-2000), s. 22-24

²² Her og senere bruker jeg konvensjonell tariffrettsterminologi. Det *stedlige* anvendelsesområde refererer til i hvilket geografisk område er tariffavtale gjeldende, det *personelle* anvendelsesområde angir hvem (hvilke foretak og arbeidstagere) som er bundet av avtalen, og det *saklige* anvendelsesområde refererer til hvilke typer arbeid og/eller arbeidstagerkategorier som faller inn under tariffavtalen.

imidlertid en frihet med begrensninger. Men her reiser art. 3 nr. 10 flere fortolkningsspørsmål.

Et første spørsmål er hva som kan forstås med ”bestemmelser om offentlig orden” for såvidt gjelder arbeids- og ansettelsesvilkår. Her er den norske oversettelsens uttrykk ”offentlig orden” neppe det beste. Det er heller ikke uttrykket ”ordre public” forstått i en alminnelig internasjonal privatrettslig forstand. På den annen side er det ikke enkelt å finne en dekkende formulering. De forskjellige sprogversjonene av direktivet har litt ulike betegnelser; i den danske heter det ”grundlæggende retsprinsipper (ordre public)”, i den tyske ”Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung”, i den italienske ”ordine pubblico”, og i den franske grunnteksten heter det ”l'ordre public”. Termene har dessuten ulikt betydningsinnhold i de enkelte land. I Belgia er f.eks. all lovgivning om arbeidsforhold (vern av arbeidstagere), inklusive ”almengjorte” tariffavtaler, ”ordre public”-lovgivning som i prinsippet har anvendelse for enhver på territoriet.²³ I Frankrike er ”ordre public” i arbeidsrettslig sammenheng også et omfattende begrep, som nærmest omfatter enhver form for preseptoriske regler såvel som visse alminnelige retsprinsipper.

Standpunktene til fortolkningen varierer også. Dels har det vært hevdet at statene står ”nesten fritt”, og at det er ganske vanskelig å begrense deres suverenitet etter art. 3 nr. 10 første strekpunkt. Andre har fremholdt at bestemmelsen må anses som en unntaksregel (i forhold til art. 3 nr. 1) og ut fra det må fortolkes restriktivt. Dessuten må bestemmelsen forstås i sammenheng med direktivets sammensatte formål, hvor hensynet til å fremme fri bevelighet av tjenester tilsier at statene ikke kan stå fritt til å gjøre alle sine preseptoriske arbeidsrettslige regler gjeldende for utsenderforetak. En lignende tilnærming har også Kommisjonen gitt uttrykk for.²⁴

Da forslaget om en slik bestemmelse som ble art. 3 nr. 10 første ledd, kom opp i 1994, fremholdt Kommisjonen at en ”ordre public”-reservasjon var nødvendig, eller ville bestemmelsen kunne bli et hinder for tjenestefriheten.²⁵ Videre ble det tatt inn en ”uttalelse”, av Rådet og Kommisjonen, i Rådets protokoll ved vedtagelsen av direktivet, der det heter:

”The expression ”public policy provisions” should be construed as covering those mandatory rules from which there can be no derogation and which, by their nature and objective, meet the imperative requirements of public interest. These may include, in particular, the prohibition of

²³ Se til illustrasjon *Arblade*, jfr. avsnitt 18 (= Forenede saker C-369/96 and C-376/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, as the party civilly liable (C-369/96), and Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, as the party civilly liable (C-376/96)*, [1999] EFD I-8453).

²⁴ Jfr. COM(2003) 548 final, s. 13, og nedenfor i teksten her.

²⁵ Jfr. Rådets dokument 11359/94 (SOC 336), 29. november 1994, s. 6.

forced labour or the involvement of public authorities in monitoring compliance with legislation on working conditions” (“rådsnoten”, Statement 232/96).

I et tidligere utkast til uttalelsen het det også “the legality of industrial action including strikes”. Denne passasjen ble tatt ut etter anmodning spesielt fra Danmark, støttet av Tyskland (MB 96, 98/177) – muligens for å gardere mot at arbeidskampsspørsmål skulle bli trukket inn under EF-domstolens domene ad en ”bakvei”.

En ekspertgruppe av nasjonale representanter som arbeidet med direktivet etter vedtagelsen og frem mot gjennomføringsfristen i 1999, la til grunn at ”public policy provisions” omfatter regler om grunnleggende rettigheter og friheter i henhold til nasjonal rett eller folkeretten, så som organisasjonsfrihet og kollektive forhandlinger, forbud mot tvangsarbeid, prinsippet om ikke-diskriminering, motarbeidelse av utbytende barnarbeid, databeskyttelse og personvern. For en del er dette temaer som omfattes av ILOs ”kjernekonvensjoner” som inngår i ILOs erklæring om grunnleggende rettigheter m.v. Jfr. COM(2003) 548 final, s. 14, der Kommisjonen viser til ekspertgruppen med tilslutning.

I sin ”meddelelse” fra 2003 argumenterer Kommisjonen videre med at direktivets begrep ”ordre public” må fortolkes i lys av EF-traktatens regler, EF-domstolens rettspraksis på andre felter og Roma-konvensjonen om rettsvalg, spesielt dens art. 7 og begrepet ”tvingende regler” (”mandatory rules”). Som ett eksempel på regler som ikke er ”ordre public” i denne forstand, peker Kommisjonen på regler om stillingsvern.²⁶ Kommisjonen bemerker også at en rekke medlemsstater har gitt nasjonale regler anvendelse tildels langt ut over de grenser Kommisjonen mener må gjelde.

Se COM(2003) 548 final, s. 13-14. For en enkel oversikt over bestemmelser som i ulike land er gjort gjeldende med referanse til art. 3 nr. 10, se Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC ... ([Brussels] 2003), s. 13-14.

Enn så lenge er det langt fra klart hvordan grensene skal trekkes. Bestemmelsen kan sees mot bakgrunn av den bredt formulerte adgang til å anvende nasjonal rett som EF-domstolen gav uttrykk for i *Rush* (jfr. i 2.1 foran). Art. 3 nr. 10 første strekpunkt kan betraktes som en slags ”sikkerhetsventil” for medlemsstatene som, kanhende, var et nødvendig element i det kompromiss som la grunnlag for vedtagelsen av direktivet. På den annen side kan bestemmelsen (og direktivet i det hele) sees som en begrensning av *Rush* ved å avgrense hva slags nasjonale bestemmelser som kan gis anvendelse. Formuleringen innledningsvis i art 3 nr. 10 om adgang ”i henhold til traktaten” kan muligvis sees som en reservasjon i en slik retning.

Dette leder over til et neste spørsmål.

Det kan synes paradoksalt at direktivet på denne måten nærmest viser til traktaten som rettsgrunnlag og skranke. Meningen kan ha vært å understreke, eller gardere mot

²⁶ EF-domstolens dom fra 2004 i *Kommisjonen mot Luxembourg* (=Sak C-445/03 *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg*, [2004] EFD I-10191) gjelder EFT art. 49 og ansettelsesformen i hjemstat i forhold til adgang til utsendelse til Luxembourg. Problemstillingen er således en annen enn den som diskuteres her.

tvil om, at nasjonale vilkår som kan gjøres gjeldende etter art. 3 nr. 10, også skal være undergitt de begrensninger som følger av EF-traktatens alminnelige regler, spesielt art. 49 og rettspraksis knyttet til den. Denne problemstillingen henger sammen med det mer omfattende spørsmål om forholdet mellom direktivet og traktatreglene. Dette kommer jeg tilbake til (i avsnitt 4).

Spørsmålet om hva som kan kvalifisere som "ordre public" eller "public policy provisions", kan uansett ha en selvstendig betydning. En mulig synsmåte er at art. 3 nr. 10 første strekpunkt må fortolkes antitetisk, slik at direktivet innebærer at en vertsstat er *avskåret* fra å gjøre gjeldende nasjonale regler som ikke er "ordre public" (og heller ikke faller innenfor rammen av art. 3 nr. 1).²⁷ Det vil innebære en mer vidtgående begrensning enn prøvelse etter alminnelige traktat- og rettspraksisbaserte normer. Alternativ kan man tenke seg at nasjonale regler som ikke omfattes av art. 3 nr. 10 første strekpunkt, (fortsatt) skal være gjenstand for prøvelse etter alminnelige normer, mens "public policy provisions" som omfattes av bestemmelsen, skal stå i en annen stilling.

I praksis vil det være opp til EF-domstolen å gå opp grensene. Ordlyden i direktivets bestemmelser gir betydelig spillerom. Hvorvidt art. 3 nr. 10 første strekpunkt vil bli tolket restriktivt eller ei, vil nok i første rekke bero på hvordan de ulike formål og hensyn som direktivet og de bakenforliggende traktatreglene bygger på, blir vektlagt.

Men også komparativrettslige vurderinger og hensyn til hvilke løsninger som i et slikt perspektiv kan anses forenlige med, og akseptable i, nasjonale rettssystemer vil ha betydning. (Colneric 05/283 + KL)

Et tredje spørsmål gjelder forholdet mellom første og annet strekpunkt i art. 3 nr. 10. Annet strekpunkt gir som nevnt foran (i 2.3) en adgang til å gi arbeids og ansettelsesvilkår i "nr. 8-tariffavtaler" anvendelse for andre typer virksomhet enn "byggearbeid". Ordlyden begrenser ikke denne adgangen til "public policy provisions". Tre fortolkningsmåter synes mulige her. En er at ettersom annet strekpunkt, i motsetning til første, ikke har noen referanse til "andre områder", kan tariffavtaleregulering etter annet strekpunkt bare omfatte slike vilkår som faller innenfor rammen av "listen" i nr. 1 første ledd. En annen synsmåte er at når hverken denne henvisningen eller noen referanse til "public policy provisions" er tatt inn i bestemmelsen, må det innebære at ingen av disse begrensningene gjelder etter annet strekpunkt. Det ville imidlertid være noe paradoksalt om statens adgang til å gjøre nasjonal regulering gjeldende skulle være mer omfattende ved å gi tariffavtaler

²⁷ Kommisjonen synes nærmest å gi uttrykk for en slik fortolkning, se COM(2003) 548 final, s. 14, hvor det sies at en rekke land må endre sin (gjennomførings)lovgivning på grunn av manglende samsvar med hva som – etter Kommisjonens syn – kan anses som "public policy provisions".

utvidet anvendelse enn ved regulær lovgivning (etter nr. 10 første strekpunkt). En tredje, og mer nærliggende, fortolkning vil være at de typer ”arbeids- og ansettelsesvilkår” som faller inn under nr. 10 annet strekpunkt, er de som omfattes av ”listen” i nr. 1 samt slike som ut over denne kan pålegges innenfor rammen av nr. 10 første strekpunkt.

Også her står det igjen å se hvordan rettspraksis vil trekke grensene.

3 Utstasjonering, EFT art. 49 og rettspraksis - alment

3.1 *Rush*, restriksjonsforbud og rettspraksis

Med uttalelsene i *Rush* (jfr. i 2.1 foran) gav EF-domstolen uttrykk for en betydelig grad av frihet for statene til å gjøre nasjonal arbeidsrettslig regulering gjeldende for utstasjonerte arbeidstagere. Senere rettspraksis om utstasjoneringsspørsmål i relasjon til EFT art. 49 har i adskillig grad modifisert dette. Denne utviklingen kan sees som uttrykk for at domstolen har villet begrense rekkevidden av *Rush*, og for at praksis på dette området er søkt bragt på linje med rettspraksis om fri bevegelighet forøvrig, spesielt på tjenesteområdet. Begge deler vil være treffende, og det er nok sammenheng mellom dem.

Det er vel etablert gjennom rettspraksis både at EFT art. 50 tredje ledd (EØS art. 37 tredje ledd) må fortolkes innskrenkende, og at art. 49 (EØS art. 36) inneholder både et diskriminerings- og et *restriksjonsforbud*. I det siste ligger at også ordninger som virker hindrende eller begrensende, uten å diskriminere, er omfattet. Det er alminnelig å vise til avgjørelsen i *Säger*²⁸ (1991) som den grunnleggende dommen her. Elementer finnes likevel i eldre praksis, og grunnlaget er videre presisert og applisert i nyere rettspraksis etter *Säger*.

Diskrimineringsforbudet omfatter i prinsippet også indirekte diskriminering. Reelt sett konsumeres imidlertid dette av restriksjonsforbudet gjennom den materielle prøvelsen av om restriksjoner er tillatelige. Direkte diskriminering kan like fullt være en aktuell problemstilling. Her nøyer jeg meg med å vise til dommene i *Finalarte*²⁹ og *Portugaia*,³⁰ som illustrerer dette bl.a. i relasjon til spørsmålet om adgang til avtalederogasjon fra det som i utgangspunktet er felles regelverk.³¹ Jeg går ellers ikke nærmere inn på diskrimineringsforbudet.

²⁸ Sak C-76/90 *Manfred Säger v Dennemeyer & Co. Ltd.*, [1991] EFD I-4221.

²⁹ Forenede saker C-49/98 m.fl., *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld.^a and Urlaub- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft*, m.fl., [2001] EFD I-7831.

³⁰ Sak 164/99 *Infringement proceedings against Portugaia Construções L^{da}*, [2002] EFD I-787.

³¹ Jfr. til dette min høringsuttalelse ad Tariffnemndas sak nr. 1/2003, brev av 8. juni 2004 (SE KRD/H 04-001) til Tariffnemnda, s. 3.

De sentrale formuleringene fra *Säger* kommer gjennomgående igjen i senere rettspraksis om tjenestereguleringene. Det gjelder også i saker om utsendelse av arbeidstakere. De finnes i den første avgjørelsen på dette området etter *Säger*, i *Vander Elst*³² (1994), jfr. dommens avsnitt 14 – 16. Og de går igjen i samtlige senere avgjørelser. I typisk utforming heter det i en av de nyeste dommene på området, *Portugaia*³³ (2002):

- “16. It is settled case-law that Article 59 of the Treaty requires not only the elimination of all discrimination on grounds of nationality against providers of services who are established in another Member State, but also the abolition of any restriction, even if it applies without distinction to national providers of services and to those of other Member States, which is liable to prohibit, impede or render less attractive the activities of a provider of services established in another Member State in which he lawfully provides similar services (...).
17. In particular, a Member State may not make the provision of services in its territory subject to compliance with all the conditions required for establishment, thereby depriving of all practical effectiveness the provisions of the Treaty whose object is, precisely, to guarantee the freedom to provide services (...).
18. In that regard, the application of the host Member State's domestic legislation to service providers is liable to prohibit, impede or render less attractive the provision of services by persons or undertakings established in other Member States to the extent that it involves expenses and additional administrative and economic burdens (...).
19. However, it clear from settled case-law that, where such domestic legislation is applicable to all persons and undertakings operating in the territory of the Member State in which the service is provided, it may be justified where it meets overriding requirements relating to the public interest in so far as that interest is not safeguarded by the rules to which the provider of such a service is subject in the Member State in which he is established and in so far as it is appropriate for securing the attainment of the objective which it pursues and does not go beyond what is necessary in order to attain it (...).”

Det er likeledes vel etablert at restriksjoner kan være tillatelige, ut fra (den domstolsskapte) doktrinen om ”tvingende almene hensyn”. Det illustreres forsåvidt av avsnitt 19 i sitatet ovenfor. I sammenheng med dette, men i tillegg, gjelder at enhver restriksjon er undergitt et ”proporsjonalitetskrav”.³⁴ Også det illustreres i avsnitt 19 ovenfor.

I praksis har domstolen brukt litt ulike formuleringer av vilkåret om ”begrunnelse” eller ”rettferdiggjøring” av restriksjoner i ”almene hensyn”, så som ”the general

³² Sak C-43/93 *Raymond Vander Elst v Office des Migrations Internationales*, [1994] EFD I-3803.

³³ Domshenvisninger i sitatene utelatt. – Jfr. også *Kommisjonen mot Luxembourg* (2004), avsnitt 20 – 21.

³⁴ Ofte brukes betegnelsen ”proporsjonalitetsprinsippet”. Det er imidlertid, slik jeg ser det, en mer almen rettsfigur med bredere innhold og anvendelse, også innen EF-retten. Det jeg her kaller ”proporsjonalitetskravet”, kan sees som avledet av, men ikke identisk med det mer generelle ”prinsippet”.

good”, ”general interest” og public interest”, og ”imperative” eller ”overriding requirements” (”raisons impérieuses d'intérêt general”). Proporsjonalitetskravet har også vært formulert i litt ulike termer. Men nyansene har neppe selvstendig betydning. Det sentrale, generelle poeng er at det, gjennom rettspraksis, er akseptert at nasjonale interesser i visse tilfeller kan ha krav på vern fremfor (eller til tross for) reglene om fri bevegelighet. Begge vilkårene, om ”almene hensyn” og om ”proporsjonalitet”, er imidlertid komplekse (jfr. nedenfor).

3.2 Kort om restriksjonsbegrepet og minstelønn

Først kan det være grunn til noen korte bemerkninger om hva som i utgangspunktet kan være en ”restriksjon”. Etter rettspraksis er restriksjonsbegrepet vidt. Enkelt sagt omfatter det enhver form for regulering, tiltak eller ordning som er egnet til å forby eller på annen måte hindre eller vanskeliggjøre tjenesteydelser over landegrensene.³⁵ I f.eks. *Portugaia* er dette understreket og presisert med formuleringen i avsnitt 18 (jfr. i 3.1 ovenfor), der domstolen uttaler at det å anvende vertsstatens lovgivning på utenlandske tjenesteydere er egnet til å forby, vanskeliggjøre 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 illustreres i rikt monn av rettspraksis, også i utsendelsessaker.

Seco, *Rush* og *Vander Elst* gjaldt alle krav i vertsstaten om arbeidstillatelse for tredjelandsborgere med arbeidstillatelse i tjenesteyderens hjemstat. I senere saker har det vært tale om bl.a. betaling av bidrag til spesielle ”lojalitetsbonus”- og ”dårlig vær”-ordninger (*Guiot*,³⁶ *Arblade*) og til feriekasser (*Finalarte*), krav til ansettelsesform (*Syndesmos*,³⁷ *Kommisjonen mot Luxembourg* (2004)), administrative krav til dokumentasjon, personalregistre og opplysningsplikt (*Arblade*, *Finalarte*).

Ut fra rettspraksis må det anses klart at også minstelønnsordninger i prinsippet omfattes av restriksjonsbegrepet. Med spesiell referanse nettopp til minstelønn har domstolen gjennomgående fastholdt og hyppig vist til utgangspunktet fra *Rush* (og

³⁵ Jfr. f.eks. *Säger* avsnitt 12: ”... any restriction ... liable to prohibit or otherwise impede ...”

³⁶ Sak C-272/94 *Criminal proceedings against Michel Guiot and Climatec SA, as the party civilly liable* [1996] EFD 1905.

³⁷ Sak C-398/95 *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion v Ypourgos Ergasias*, [1997] EFD 3091.

Seco; jfr. i 2.1 foran). Men i senere rettspraksis er dette utviklet og modifisert.³⁸ Eksempelvis heter det i dommen i *Mazzoleni*:³⁹

“As regards more specifically national provisions relating to minimum wages, such as those at issue in the main proceedings, it is clear from the case-law of the Court that Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, relating to minimum wages, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, regardless of the country in which the employer is established (Joined Cases 62/81 and 63/81 *Seco* [1982] ECR 223, paragraph 14; *Guiot*, paragraph 12; and *Arblade*, paragraph 41). It follows that the provisions of a Member State's legislation or collective labour agreements which guarantee minimum wages may in principle be applied to employers providing services within the territory of that State, regardless of the country in which the employer is established (*Arblade*, paragraph 42)” (avsnitt 28).

Jfr. tilsvarende i *Guiot* (avsnitt 12), *Arblade* (avsnitt 41), som er den første sak der en minstelønnsordning som sådan var ”tvistetema”, og *Portugaia* (avsnitt 21).

Med dette som utgangspunkt har domstolen fremholdt at det *er* adgang for vertsstaten til å pålegge en tjenesteyder å betale sine utstasjonerte arbeidstagere minstelønn etter vertsstatens regler. I *Mazzoleni* er det uttrykt slik:

“It follows that Community law does not preclude a Member State from requiring an undertaking established in another Member State which provides services in the territory of the first State to pay its workers the minimum remuneration fixed by the national rules of that State.” (Mazzoleni avsnitt 29, jfr. helt tilsvarende *Arblade* avsnitt 42, og *Portugaia* avsnitt 22.

Til dette har domstolen så føyet en reservasjon om at det etter omstendighetene *kan* være slik at det hverken er nødvendig eller forholdsmessig i forhold til reglens formål å gi slike regler anvendelse. I det påfølgende avsnitt i *Mazzoleni* heter det således:

“However, there may be circumstances in which the application of such rules would be neither necessary nor proportionate to the objective pursued, namely the protection of the workers concerned.” (Mazzoleni avsnitt 30, jfr. tilsvarende i *Portugaia* avsnitt 23, og implisitt i *Arblade* avsnitt 43 flg.)

Formålsaspektet kommer jeg tilbake til (i 3.3.3 nedenfor). Foreløpig er det nok å peke på: Det *alminnelige utgangspunktet* er at minstelønnsordninger i vertsstaten *kan* gis anvendelse (også) for tjenesteydere fra andre medlemsstater (“in principle”, jfr. *Mazzoleni* avsnitt 28, ovenfor). Dette gjelder både lovbaserte ordninger og slike som

³⁸ Ihvertfall om man legger til grunn en slik oppfatning som Kommisjonen gjorde i *Arblade*, der den med henvisning til *Rush* og *Vander Elst* anførte at minstelønnsbestemmelser i seg selv *ikke* kan anses som restriksjoner. Jfr. GA Albers innstilling i *Arblade*, avsnitt 19.

³⁹ Sak C-165/98 *Criminal proceedings against André Mazzoleni, and Inter Surveillance Assistance SARL, as the party civilly liable, third parties: Éric Guillaume and Others*, [2001] EFD I-2189.

følger av ”alment gyldige” (e.l.) tariffavtaler.⁴⁰ Prinsipielt må likevel også minstelønnsordninger anses som en form for ”restriksjon”, og det *kan* tenkes omstendigheter som gjør at det ikke er berettiget å kreve dem etterlevet av utenlandske tjenesteydere. Hvordan grensene så skal trekkes, er et annet spørsmål. Det har både med ”lovlige formål” (hva er relevante ”almene hensyn”) og med proporsjonalitetskravet å gjøre.

3.3 Relevante ”almene hensyn”, betydningen av formål m.v.

3.3.1 Innledende bemerkninger. Arbeidstagervern og andre hensyn

Begrepet om ”tvingende almene hensyn” 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.⁴¹ På den annen side er et alminnelig utgangspunkt at rent forvaltningsmessige hensyn eller ”formål av økonomisk art” *ikke* er relevante ”almene hensyn”. F.eks. heter det i *Finalarte* at restriksjoner ikke kan begrunnes i økonomiske hensyn ”så som beskyttelse av nasjonale foretak”.⁴² Det innebærer likevel ikke at enhver form for økonomiske eller økonomisk relaterte hensyn er utillatelige. Blandt annet har domstolen uttalt at det er legitimt å søke å sikre ”gode relasjoner” og unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet.⁴³ I sammenheng med hensynet til vern for arbeidstagere har den også gitt uttrykk for at hensynet til å unngå konkurransevridning er en relevant interesse.

Jfr. *Vander Elst*, avsnitt 25, og *Kommisjonen mot Luxembourg* (2004), avsnitt 35. Dette er forøvrig et hensyn som det ble pekt på allerede i Kommisjonens handlingsprogram fra 1989, som en av grunnene til å foreslå et direktiv om utstasjonering. (Jfr. COM(89) 568 final, i avsnitt 4 B.)

I *Wolff & Müller* (2004) går domstolen lengre og anerkjenner i utgangspunktet hensynet til å verne nasjonale foretak mot ”unfair” konkurranse som legitimt. Uttalelsene kan imidlertid by på tvil; resonnementet kan synes delvis sirkulært ved at det vises tilbake til de alminnelige kriterier om ”tvingende almene hensyn”. Det heter således (i avsnitt 41):

“Inasmuch as one of the objectives pursued by the national legislature is to prevent unfair competition on the part of undertakings paying their workers at a rate less than the minimum rate of pay, ..., such an objective may be taken into consideration as an overriding requirement

⁴⁰ Det følger for såvidt av domstolens alminnelige uttalelser, jfr. i teksten ovenfor ad *Mazzoleni* avsnitt 28. Og såvel *Arblade* som *Mazzoleni* som senere avgjørelser gjelder nettopp minstelønnsregler bygget på ”almengjorte” tariffavtaler.

⁴¹ Jfr. for såvidt *Webb* avsnitt 19, *Seco* avsnitt 14, *Rush* avsnitt 18, og en rekke senere avgjørelser.

⁴² Jfr. *Finalarte* avsnitt 39, og tilsvarende *Portugaia* avsnitt 26. Et litt spesielt eksempel på avvising av (samfunns)økonomiske hensyn gir *Syndesmos*, se spesielt dommens avsnitt 22 – 23. Men se også petitavsnittet nedenfor i teksten her.

⁴³ Jfr. *Webb* avsnitt 19, og senest *Kommisjonen mot Luxembourg* (2004) der det heter at ”... the desire to avoid disturbances on the labour market is undoubtedly an overriding reason of general interest” (avsnitt 38).

capable of justifying a restriction on freedom to provide services provided that the conditions mentioned in paragraph 34 hereof are met.”

Og i avsnitt 34 heter det:

”... it may be justified where it meets overriding requirements relating to the public interest in so far as that interest is not safeguarded by the rules to which the provider of such a service is subject in the Member State in which he is established and in so far as it is appropriate for securing the attainment of the objective which it pursues and does not go beyond what is necessary in order to attain it”.

Den mest nærliggende fortolkningen må være at hensynet til å hindre “unfair competition” er relevant, men – som for andre relevante hensyn – må avstemmes mot proporsjonalitetskravet.

I det siste ligger en utvilsom, men ikke helt enkel, grense mot det proteksjonistisk illegitime ”beskyttelse av nasjonale foretak”. Som vi skal se, kommer denne grensdragningen – og grensen mellom arbeidstagervern og andre hensyn – imidlertid i bakgrunnen på grunn av ”formålspøvelsen” (jfr. i 3.3.3 nedenfor).

3.3.2 Vern av arbeidstagere – men hvilke?

EF-domstolen har ved noen anledninger uttalt seg på en måte som kan gi inntrykk av at det som kan være det relevante ”almene hensyn” når det gjelder anvendelse av vertsstatens regler ved utsendelse, er hensynet til vern av de *utsendte* arbeidstagere.

Jfr. senest *Kommisjonen mot Tyskland* (2005), som også viser bakover til eldre rettspraksis. Der heter det at anvendelsen av nasjonale regler om minstelønn må være “appropriate for securing the attainment of *the objective* which they pursue, that is to say, *the protection of posted workers*, and must not go beyond what is necessary in order to attain that objective” (avsnitt 24; mine uthevelser).

Det ville imidlertid være en forenkling å forstå uttalelsene på en slik måte. Det kan vel sies at det ville være paradoksalt om en stat skulle kunne stille krav overfor utenlandske tjenesteydere ut fra et hensyn til å verne utenlandske, utsendte arbeidstagere, uten at reglene skulle ha noe formål om vern for innenlandske arbeidstagere. Men paradokset er selvsagt også en forenkling. Selve utgangspunktet vil jo være at det er tale om regler som gjelder nasjonalt, slik at det ikke innebærer noen forskjellsbehandling, den ene eller annen vei, å gi dem anvendelse (også) overfor utenlandske utsenderforetak. I en slik sammenheng er hensyn til det nasjonale arbeidsmarked, innenlandske arbeidstagere og vern av dem relevante. Det springende punkt er ikke om ”formålet” er å verne utsendte arbeidstagere. Poenget er at det er en *sammenheng* mellom det sosiale vern som gjelder i vertsstaten, og de negative virkninger det kan ha for dette dersom utenlandske tjenesteydere kan konkurrere på et lavere sosialt vernnivå.⁴⁴ Som utgangspunkt er det derfor legitimt å søke å sikre at utsendte arbeidstagere har lønns- og arbeidsvilkår på samme nivå som det som gjelder for tilsvarende arbeidstagere innenlands.

Jfr. f.eks. *Mazzoleni* (avsnitt 35), der domstolen fremholder vertsstatens ”objective of ensuring the same level of welfare protection for the employees of such service providers as that applicable in its

⁴⁴ Jfr. i 3.4.1 nedenfor.

territory to workers in the same sector ...” som “målestokk” for hva som kan kreves overfor utsenderforetak.

3.3.3 Det objektive “formålkravet”

I denne sammenheng må termene “hensyn” (“raisons impérieuses d'intérêt général”, ”requirements of public interest”) og ”formål” (“objectif”, ”objective”) presiseres.

Efter rettspraksis er det klart at det *ikke* ligger noe ”positivt” formålkrav i disse uttrykkene. Det gjelder ikke noe krav om subjektivt formål eller lovgiverintensjon om å verne utsendte arbeidstagere. Det er heller ikke noe vilkår at det subjektive formål eller lovgivers intensjon ikke skal være å gi nasjonale foretak et konkurransemessig vern. Dette er klart lagt til grunn i både *Finalarte* og *Portugaia*. I forarbeidene til den aktuelle tyske lov (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 1996) er det klart sagt at formålet med loven er å beskytte det nasjonale arbeidsmarked, spesielt mot “sosial dumping”, å redusere den innenlandske arbeidsløsheten og å støtte nasjonale foretak i det indre marked. Dette ble uttrykkelig påpekt og problematisert av de foreleggende domstoler. Hensynet til å verne nasjonale foretak mot utenlandsk konkurranse er, isolert sett, klart nok uforenlig med EFT art. 49 (med den reservasjon som nu kan følge av senere avgjørelser; jfr. i 3.3.1 ovenfor). Forsåvidt kunne domstolen ha underkjent den tyske loven på grunnlag av lovgiverintensjonen slik den kunne utledes av forarbeidene. Men det gjorde domstolen *ikke*. Tvert imot fremholdt den at lovformålet i denne forstand ikke er avgjørende. Derimot må det bygges på en *objektiv* vurdering.

I *Finalarte* heter det således:

”40. However, whilst the intention of the legislature, to be gathered from the political debates preceding the adoption of a law or from the statement of the grounds on which it was adopted, may be an indication of the aim of that law, it is not conclusive.

41. It is, on the contrary, for the national court to check whether, viewed objectively, the rules in question in the main proceedings promote the protection of posted workers.”

Jfr. tilsvarende i *Portugaia*, avsnitt 27 og 28, og hvor det i pkt. 1 i konklusjonen heter at

“... it is for the national authorities or, as the case may be, the national courts to determine whether, considered objectively, that legislation provides for the protection of posted workers. In that regard, although the declared intention of the legislature cannot be conclusive, it may nevertheless constitute an indication as to the objective pursued by the legislation”.

I dette ligger at lovgiverintensjonen eller det subjektive formål bak nasjonal regulering i og for seg er irrelevant for spørsmålet om det er tale om brudd på fellesskapsrettens regler. Kravet om objektiv vurdering retter seg heller ikke mot fortolkningen av nasjonale regler. Problemstillingen er derimot om disse *objektivt* sett *fremmer* vernet for utsendte arbeidstagere. Det nasjonale lovformålet vil eventuelt bare være ett moment i en slik vurdering (jfr. videre i 3.4.5 nedenfor). Det vesentlige knytter seg imidlertid til en form for ”differansevurdering” i sammenheng med proporsjonalitetskravet.

Om det likevel kan tenkes at antatt subjektivt formål vil anses avgjørende, f.eks. dersom intet reelt og legitimt ”internrettslig” vernehensyn kan sies å gjøre seg gjeldende som grunn for en regulering, eller ved rent *ad hoc* preget tilleggsregulering til det som ellers gjelder nasjonalt, står enn så lenge åpent.

3.4 Proporsjonalitet og ”reell fordel”

3.4.1 Utgangspunkter og problemstillinger

Proporsjonalitetskravet har som nevnt (i 3.1 foran) vært formulert på litt ulike måter i rettspraksis. Det samme gjelder sammenfatninger i litteraturen. Men som et utgangspunkt kan vi si at proporsjonalitetskravet har to hovedelementer. For det første hvorvidt tiltaket eller middelet er egnet til å sikre oppnåelsen av det mål som skal nås. Og for det annet hvorvidt tiltaket eller middelet går lengre enn det som er nødvendig for å nå målet.⁴⁵ Det første er i regelen mindre problematisk. Hovedvekten ligger på det andre, som igjen er sammensatt.

Det alminnelige utgangspunkt er at det middel eller tiltak som benyttes, må stå i et rimelig forhold til de mål som skal ivaretas. I dette ligger også et krav om at man om mulig skal bruke de midler eller tiltak som er minst mulig restriktive, dvs. i minst mulig grad hindrer fri bevegelse. Det siste kan sies å ha dels en mer ”teknisk” funksjon, med hensyn til valg av reguleringsteknisk løsning for et gitt materielt spørsmål. Men også i en slik forstand vil dette være et element i en mer helhetlig vurdering.⁴⁶ Og det er en videre sammenheng med det materielle. Spørsmålet om forholdsmessighet har en side til hvilke regler – eller hvilket beskyttelsesnivå – vertsstaten har og vil gjøre gjeldende. Men samtidig, og det er vesentlig, har det en side til hvilket vern utsendte arbeidstagere har etter retten i utsenderforetakets hjemstat. Her vil utgangspunktet være at vertsstaten ikke kan gjøre sine nasjonale regler gjeldende dersom den – ellers legitime – interesse de skal ivareta, allerede har adekvat vern gjennom hjemstatens rett.

Jfr. eksempelvis, og ganske typisk, formuleringen i *Portugaia* avsnitt 19 (jfr. i 3.1 foran), hvor det heter at regler som er restriksjoner, kan være berettigede dersom de ivaretar ”almene hensyn”, for såvidt som (i den utstrekning) disse hensynene ikke er sikret i hjemstaten – ”... *in so far as that interest is not safeguarded by the rules to which the provider of such a service is subject in the Member State in which he is established ...*”.

I det siste ligger at proporsjonalitetskravet innebærer en ”differansevurdering”.⁴⁷ Et første spørsmål er da *hva* som skal sammenlignes. Det omfatter dels hvilket *nivå* vertsstaten kan anvende på sine verneregler – så som om arbeidstid, ferie eller lønn. Dels er det et spørsmål om *hva* som er *gjenstand* for sammenligning – enkeltvilkår

⁴⁵ Jfr. f.eks. avslutningsvis i *Portugaia* avsnitt 19 (se i 3.1 ovenfor), hhv. “in so far as it is appropriate for securing the attainment of the objective which it pursues” og “does not go beyond what is necessary in order to attain it”.

⁴⁶ Se f.eks. *Finalarte* avsnitt 51 – 52, og avsnitt 50; jfr. i 3.4.5 nedenfor.

⁴⁷ Jfr. hertil nedenfor i 3.4.4 om ”kriterieformuleringene”.

eller en helhetlig situasjon. Et neste spørsmål er hva *målestokken* for forskjell er – hvilken grad av forskjell stilles det krav om for at en relevant differanse skal foreligge.

3.4.2 Beskyttelsesnivå i versstaten, herunder om ”minstelønn”

Efter rettspraksis vil statene normalt ha en betydelig skjønnsfrihet med hensyn til å fastsette hvilket beskyttelsesnivå som skal gjelde nasjonalt. Forsåvidt gjelde vern av arbeidstagere kan dette antagelig uttrykkes sterkere. Her er vi på et område som bare delvis er regulert gjennom EF-rettslig lovgivning, og der slik finnes, er den i alt vesentlig minimumsregulering (jfr. i 2.3 foran). Den alminnelige regel vil være at på dette området står staten fritt til å bestemme hvilket materielt nivå arbeidstagervernet skal ligge på. Dommen i *Finalarte* kan sees som et uttrykk for dette. Et av spørsmålene i saken gjaldt det forhold at det etter de nasjonale, ”almengjorte” regler for byggebransjen var fastsatt lengre ferie enn arbeidstidsdirektivets (93/104/EF) minimumsregler. Efter EF-domstolens syn var det ikke avgjørende; det er opp til staten å avgjøre hvilket sosialt beskyttelsesnivå som er påkrevet, og dette kan da gis anvendelse også for utsendte arbeidstagere.

Den foreleggende rett fremholdt at ”almene hensyn” måtte anses ivaretatt med arbeidstidsdirektivets regler og rett spurte uttrykkelig om ikke regler om lengre ferie derfor måtte anses ”disproporsjonale”. EF-domstolen fulgte ikke et slikt resonnement. I dommen heter det:

- ”55. First, by Question 2(a) the national court asks whether the German rules, which provide for 30 days worked, or 36 working days, of paid leave per year, are disproportionate having regard, first, to the fact that the public interest objective pursued is already safeguarded by Council Directive 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organisation of working time (OJ 1993 L 307, p. 18) and, second, that they provide for a longer period of paid leave than does the directive.
56. Article 7(1) of Directive 93/104 provides that Member States shall take the measures necessary to ensure that every worker is entitled to paid annual leave of at least four weeks in accordance with the conditions for entitlement to, and granting of, such leave laid down by national legislation and/or practice.
57. On this point, it should be noted that Directive 93/104 only lays down minimum requirements as to the period of paid leave. Article 15 provides that [t]his Directive shall not affect Member States' right to apply or introduce laws, regulations or administrative provisions more favourable to the protection of the safety and health of workers or to facilitate or permit the application of collective agreements or agreements concluded between the two sides of industry which are more favourable to the protection of the safety and health of workers.
58. It is therefore for each Member State to determine the period of paid leave which is necessary in the public interest. Since the Federal Republic of Germany has determined that a period of paid leave equal to 30 days worked per year is necessary for the social protection of construction workers Articles 59 and 60 of the Treaty do not, in principle, prevent that Member State from extending this level of protection to workers posted by providers of services established in other Member States.” (Min uthevelse.)

Standpunktet i avsnitt 58 kan sees som et konkret uttrykk for det generelle syn generaladvokaten (Mischo) la til grunn i sin innstilling, og som han gjentok og understreket i innstillingen i *Portugaia* (GA Mischos innstilling, avsnitt 44). I innstillingen i *Finalarte* heter det:

40. It will be recalled that social policy, including rules on working conditions remains in principle within the competence of the Member States. Under Article 118 of the EC Treaty (Articles 117 to 120 of the EC Treaty were replaced by Articles 136 to 143 EC), the Community shall *support and complement the activities of the Member States* ^[11] in the following fields:
- improvement in particular of the working environment to protect workers' health and safety;
 - working conditions;
 - ...
41. The Member States are therefore free to determine the level of social protection which they wish to accord to their workers. That right remains the prerogative of the Member States notwithstanding a certain degree of harmonisation of working conditions at Community level.
42. It is clear that if service providers established in other Member States could circumvent the level of social protection existing in the host Member State, that protection would, without doubt, ultimately be jeopardised because employers established in that Member State would seek a reduction of the level of protection in order to be able to compete on equal terms with undertakings providing services.

Et mer spesielt uttrykk for det samme gir *Wolff & Müller*, der det aktuelle spørsmålet gjaldt regler om håndhevelse – arbeidstageres adgang til å inntale lønnskrav – gjennom solidaransvar for nasjonal oppdragsgiver og utsenderforetak. Her knyttet problemstillingen seg konkret til utstasjoneringsdirektivet art. 5. Domstolen bemerket:

“It is apparent from the wording of Article 5 of Directive 96/71 that the Member States have a wide margin of appreciation in determining the form and detailed rules governing the adequate procedures under the second paragraph of Article 5” (avsnitt 30).

Finalarte illustrerer også et annet poeng. Staten er *ikke* bundet eller begrenset til bare å kunne gjøre gjeldende det som gjelder som minimumsvilkår på det nasjonale arbeidsmarked. Vurderingen av hvilket sosialt beskyttelsesnivå som er ”nødvendig”, kan knyttes til et område, en bransje, e.l.

Finalarte gjelder de tyske regler for byggebransjen. En ”almengjort” nasjonal tariffavtale har anvendelse også for utsenderforetak, etter reglene i Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Som det fremgår ovenfor (dommens avsnitt 55), er feriens lengde etter denne tariffavtalen 36 ”working days” (*Werktage* = virkedager, i norsk terminologi), dvs. seks uker. Etter den nasjonale ferielov er minste årlige ferie kun 24 virkedager, dvs. fire uker.⁴⁸ I andre ”almengjorte” tariffavtaler (som ikke har anvendelse for utsenderforetak) er ferielengden fastsatt noe ulikt, selv om den gjennomgående er lengre enn lovens minimum. Men som hos oss er det heller ikke i Tyskland slik at alle arbeidstagere omfattes av tariffavtaler.

Det samme må legges til grunn for såvidt gjelder *minstelønn*. Staten kan ikke anses bundet til kun å gjøre gjeldende et anslått ”sosialt minimum” eller – hvis slikt finnes – en lovsatt (nasjonal eller sektoriell) minimumslønn eller minsteinntekt. Dette følger – i det minste implisitt – av rettspraksis.

I *Arblade* gjaldt ett av spørsmålene plikt til betaling av belgisk ”minimum wage” (jfr. dommens avsnitt 27 og 40, begges første strekpunkt). Belgia innførte lovgivning om minstelønn i 1975. Man hadde da en nasjonal, lovbasert minstelønn (for privat sektor) og i tillegg en (høyere) bransjevis minstelønn basert på ”almengjorte” tariffavtaler. Det var en slik bransjevis minstelønn – for byggebransjen – det var tale om i saken. At denne var høyere enn det nasjonale minimum, eller en annen enn i andre bransjer, ble overhodet ikke problematisert. Domstolen tok tvert imot utgangspunkt i den bransjevise regulering og bemerket:

- “41. As regards the obligation on an employer providing services to pay his workers the minimum remuneration fixed by a collective labour agreement applying in the host Member State to the activities carried on, it must be recalled that Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, relating to minimum wages, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, regardless of the country in which the employer is established, and, moreover, that Community law does not prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means (*Seco*, cited above, paragraph 14, *Rush Portuguesa*, paragraph 18, and *Guiot*, paragraph 12).
42. It follows that the provisions of a Member State's legislation or collective labour agreements which guarantee minimum wages may in principle be applied to employers providing services within the territory of that State, regardless of the country in which the employer is established.”

I Frankrike har man på lignende måte en nasjonal ”minstelønn” (”SMIC”, jfr. Code du Travail art. L. 141-2 flg.). I tillegg er minstelønnsatser, som i det vesentlige ligger høyere enn SMIC, fastsatt gjennom ulike tariffavtaler for forskjellige bransjer m.v.

I *Mazzoleni* var det, likesom i *Arblade*, tale om virksomhet utøvet i Belgia av foretak etablert i Frankrike. Differansen mellom bransjens minstelønn på hver sin side av grensen var ikke ubetydelig; nivået lå ca. 50 % høyere i Belgia enn i Frankrike (jfr. dommens avsnitt 10). Det var ikke i seg selv noen avgjørende faktor. Med henvisning til *Arblade* gjentok domstolen de alminnelige prinsipper fra dens avsnitt 41 – 42 (jfr. *Mazzoleni* avsnitt 28 – 29).

Tilsvarende gjelder *Portugaia* (jfr. avsnitt 21 – 22), som er en ”ren” minstelønnsak.” der spørsmålet i utgangspunktet var om utsenderforetaket kunne pålegges å betale lønn etter minstelønnsreglene i den ”almengjorte” tariffavtalen for byggebransjen. Det ble ikke fra noe hold reist innvendinger mot selve det lønnsnivået som gjaldt; heller ikke domstolen antydte noen innvendinger mot det. Det samme gjelder *Kommisjonen mot Tyskland* (2005). Der var spørsmålet om hva vertsstaten måtte være forpliktet til å ta i betraktning av utbetalinger i hjemstaten, ved beregning av hvorvidt minstelønnsnivået i vertsstaten – Tyskland – er oppfylt (jfr. dommens avsnitt 27). Minstelønnsnivået som sådant ble tatt som utgangspunkt uten noen problematisering av størrelse i absolutt eller relativ (internt nasjonal) henseende. – Dommen i *Wolff & Müller* har en langt mer indirekte referanse til problemstillingen

Ikke minst de tyske sakene (*Portugaia*, *Kommisjonen mot Tyskland*) må tillegges vekt i denne sammenheng. Som nevnt gjelder det i Tyskland særskilte regler for byggebransjen, i henhold til *Arbeitnehmer-Entsendegesetz* og den for byggebransjen ”almengjorte” tariffavtale. Det gjelder et betydelig antall andre ”almengjorte” tariffavtaler, på andre områder (ca. 470, pr. 1. januar 2005). Det er imidlertid ingen av disse som er gitt anvendelse for utsenderforetak og utsendte arbeidstagere.

⁴⁸ Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) (1963, m. senere endringer, senest 2002), § 3.

Efter tyske rettsvalgsregler (internasjonal privatrett) er det alminnelige utgangspunkt at en utsendt arbeidstager beholder kontraktsstatutt i det land hun eller han er utsendt fra (eller der vedkommende ellers har kontraktsstatutt). Grunnleggende sett er arbeidstageren derfor underlagt hjemstatens arbeidsrettslige regler. Den rådende oppfatning i tyske rett er at anvendelse av "almengjorte" tariffavtaler derved er utelukket (medmindre det, som for byggebransjen, gis lovregler om anvendelse).

Tyskland har ikke lovsatt minstelønn. Innenfor *Arbeitnehmer-Entsendegesetz*' område er fem ulike tariffavtaler gjort gjeldende. Det er tildels store forskjeller disse avtalene imellom mht. minstelønnens nivå.⁴⁹ Det er også betydelige forskjeller mellom disse og andre "almengjorte" tariffavtaler – og lønnsnivået etter byggefagsavtalene ligger høyt.

Den av byggefagsavtalene som ligger høyest, er den for *Bauhauptgewerbe*. Timelønnen på 10,36 € (jfr. note 49) svarer til en beregnet månedslønn på 2 120 € som var den klart høyeste blandt et bredt utvalg "almengjorte" tariffavtaler pr. 31. desember 2004. Lavest lå avtalen for bakerhåndverk for Sachsen, med en beregnet månedslønn for voksne, heltidsansatte arbeidere på 974 € – dvs. kun ca. 46 % av nivået etter avtalen for *Bauhauptgewerbe*. (Jfr BWA, *ibid.*)

Tilsvarende ulikheter mellom forskjellige avtaleområder finnes igjen i de fleste land der man har ordninger med "almengjøring" av tariffavtaler. (Det gjelder selvsagt også i land der man ikke har det, men det er på siden av saken akkurat her.) Grader, teknikker og lønssystemer kan variere, men det gjennomgående er at man ikke har ett – enhetlig og nasjonalt – sett av minstelønnsregler.

Ut fra den rettspraksis som foreligger, er det ikke grunnlag for å anse en nasjonal minstelønnsregulering som uforenlig med art. 49 (EØS art. 36) fordi det nasjonalt finnes slike variasjoner, eller fordi nivået i reguleringen ligger over et "sosialt minimumsnivå". Det grunnleggende utgangspunktet er tvert imot at nasjonal – lov- eller tariffbasert – minstelønnsregulering *kan* gjøres gjeldende, uten at adgangen er kvalifisert (begrenset) på disse punktene som sådanne.

Derimot kan det tenkes å gjøre seg gjeldende grenser for adgangen ut fra en bredere, mer sammensatt vurdering; jfr. i det følgende.

3.4.3 *Gjenstanden for sammenligning – helhet eller enkeltvilkår?*

Problemstillingen her har en forankring i dommen i *Mazzoleni*. Saken gjaldt spørsmål et fransk foretak pliktet å betale belgisk minstelønn når dets ansatte arbeidet i Belgia. I dette tilfellet fremholdt EF-domstolen at det måtte foretas en samlet, "nettobasert" sammenligning av såvel lønn som skatt og trygdebidrag.

⁴⁹ Timelønnen varierer (for 2004-2005) fra 7,85 til 10,36 € (32 % høyere) for vestsonen, og fra 7,15 til 9,10 € (vel 27 % høyere) for østsonen, for ufaglærte. (Jfr. BWA, TV ArbBed, Stand 31. Dezember 2004.)

I dommen heter det således:

“The host Member State's objective of ensuring the same level of welfare protection for the employees of such service providers as that applicable in its territory to workers in the same sector may be regarded as attained if all the workers concerned enjoy an equivalent position overall in relation to remuneration, taxation and social security contributions in the host Member State and in the Member State of establishment” (avsnitt 35, jfr. også avsnitt 39).

Dommen gjelder imidlertid en spesiell type situasjon. Det franske foretaket, et vakt-selskap, var etablert i grenseregionen til Belgia. Arbeidstagerne arbeidet dels i Belgia, dels i Frankrike, og vekslet for en del mellom arbeidssteder i begge land på rotasjons-basis. Domstolen fremholdt nettopp dette som en forskjell fra tidligere saker og understreket betydningen av det for den vurdering vertsstatens myndigheter måtte foreta.

I dommens avsnitt 31 heter det (min uthevelse):

“Whereas the cases cited in paragraph 28 of this judgment [*Seco, Guiot, Arblade*] concerned workers employed in the construction industry who were actually sent to work, for varying periods, from the Member State in which their employer was established in order to carry out a specific project in another Member State, *the present case* concerns an undertaking established in a frontier region, some of whose employees may, for the purposes of the provision of services by the undertaking, be required, on a part-time basis and for brief periods, to carry out a part of their work in the adjacent territory of a Member State other than that in which the undertaking is established.”

Denne “distinguishing the case”, det spesielle ved situasjonen og betydningen for den aktuelle vurdering ble så utviklet videre i avsnitt 33 – 34, avsnitt 35 (gjengitt ovenfor) og avsnitt 36 – 38.

Dommen er i en viss forstand problematisk, for såvidt som det ikke er lett å finne et rettslig grunnlag for å differensiere mellom foretak etablert i en grenseregion og andre utsenderforetak. Det er likevel rimelig å legge vekt på *at* domstolen så sterkt fremholdt det konkrete som spesielt.

Til dette kommer at senere avgjørelser alle bygger på en ”enkeltvilkårsvurdering”. Det som har vært tema i disse sakene, er en konkret fellesskapsrettslig vurdering av de enkelte lønns- og arbeidsvilkår eller tilhørende regler. Det gjelder såvel *Finalarte* som *Portugaia, Wolff & Müller* og *Kommisjonen mot Tyskland* (2005) – og for den del også *Kommisjonen mot Luxembourg* (2004).⁵⁰

Som alminnelig regel må utgangspunktet for såvidt være at det er det enkelte vilkår eller den enkelte regel som er gjenstand for vurdering og eventuelt kan være uforenlig med EF/EØS-reglene. En fordel på et annet punkt kan ikke kompensere for en ellers utillatelig ordning. Derimot kan det nok sies at det ligger i ”fordelskravet” (jfr. nedenfor) at det enkelte vilkår eventuelt må vurderes i den bredere sammenheng det inngår i, i forhold både til vertsstatens og til hjemstatens regulering.

⁵⁰ Allerede *Seco kan* sees som uttrykk for en slik tilnærming, nå domstolen der avviser at et ellers uakseptabelt vilkår kan ”oppveies” av fordelene ved ikke å betale vertsstatens minstelønn. Jfr. dommens avsnitt 13 – 15.

3.4.4 Målestokken – kravet om ”reell fordel”

Som nevnt har proporsjonalitetskravet en side til hvilket vern utsendte arbeidstagere har etter retten i utsenderforetakets hjemstat. Som alminnelig regel kan utgangspunktet kan sies å være at vertsstaten ikke kan gjøre sine nasjonale regler gjeldende dersom den ellers legitime interesse de skal ivareta, allerede har adekvat vern gjennom hjemstatens rett. Det er uttrykk for en mer alminnelig norm som ikke er spesiell for utstasjoneringens problemene. 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, dvs. de utstasjonerte, arbeidstagere har samme eller vesentlig tilsvarende vern i kraft av de forpliktelser deres arbeidsgiver har i henhold til hjemstatens rett.

I praksis har standarden vært formulert på litt ulike måter. Nyere avgjørelser kan gi et inntrykk av at kravet skjerpes, når domstolen bruker uttrykk som en ”reell fordel” som gir et ”betydelig tilskudd” til det vern som gjelder i hjemstaten. Det er likevel ikke grunn til å anta at det ligger noen realitetsforskjell i formuleringsvariasjonene. Spesielt *Finalarte* indikerer at de er ulike uttrykk for samme standard i prinsippet; og senere avgjørelser gir ikke holdepunkter for noe annet.

I *Guiot* (avsnitt 17) og *Arblade* (avsnitt 51) er standarden formulert som ”samme eller vesentlig tilsvarende vern” – ”same or essentially similar protection”. I *Mazzoleni* (avsnitt 35) er uttrykket ”equivalent protection”. Uttrykket ”genuine benefit” dukker opp i *Finalarte*, der domstolen fremholder at for å ta stilling til hvorvidt regler i vertsstaten fremmer vernet for utstasjonerte arbeidstagere, er det nødvendig

“... to check whether those rules confer a *genuine benefit* on the workers concerned, *which significantly adds to their social protection*” (avsnitt 42; mine uthevelser).

Av konklusjonens pkt. 1 fremgår det imidlertid at dette kravet om ”reell fordel” er det samme som ”vesentlig tilsvarende vern”. I konklusjonen heter det at en forutsetning er at

“... the workers do not enjoy an essentially similar level of protection under the law of the Member State where their employer is established, *so that* the application of the national rules of the first Member State confers a genuine benefit on the workers concerned, which significantly adds to their social protection” (min uthevelse).

Formuleringen i *Finalarte* avsnitt 42 kommer igjen i *Portugaia* (avsnitt 29) og *Wolff & Müller* (avsnitt 38) uten at det der gis holdepunkter for en annen utlegning enn i *Finalarte*.

I kravet om ”reell fordel” ligger det altså at vertsstaten må ta i betraktning de ordninger som alt finnes i hjemstaten for å verne den aktuelle interessen. Som utgangspunkt kan man si at vertsstaten må vurdere om hjemstatens rett sikrer det materielle beskyttelsesnivå som vertsstatens lov- eller avtaleregulering krever, før nasjonal regulering eventuelt kreves etterlevet.

Det ligger således et krav om *sammenligning* i dette. Det må da også foretas en *differansevurdering*, av forskjellen mellom situasjonen etter hjemstatens og

vertsstatens rett.⁵¹ Og da blir spørsmålet hva slags ”differansekrav” som skal gjelde – hva som skal til for at det skal anses å foreligge en relevant forskjell som utgjør en ”reell fordel”. På dette – springende – punkt gir imidlertid rettspraksis begrenset veiledning.

Et utgangspunkt er likevel klart. Rent formelle eller tekniske ulikheter mellom ordninger er ikke avgjørende; slike ulikheter utgjør ikke noen relevant forskjell.⁵² Det kreves en realitetsvurdering. Hvor langt dette rekker i retning av en norm om materiell likhet i beskyttelsesnivå, er mer usikkert. Både i *Guiot* og i *Arblade* synes domstolen å ha lagt vekten på ordningenes likhet mht. hvilke typer situasjoner og interesser de skulle sikre, uten å gå inn på noen materiell sammenligning av de økonomiske fordelene for de utsendte arbeidstagerne.

I begge sakene var det tale om pliktige bidrag (fra arbeidsgiver) til spesielle ”lojalitetsbonus”- og ”dårlig vær”-ordninger. Slike har man både i Luxembourg, Belgia og Frankrike. Visstnok er de belgiske ordningene de som er mest fordelaktige for arbeidstagerne. *Guiot* gjaldt utsendelse fra Luxembourg til Belgia. EF-domstolen bemerket at spørsmålet ville være om ordningene var ”tilsvarende eller ihvertfall sammenlignbare” (avsnitt 18) og gikk langt i retning av å besvare det med et ja. Domstolen fremholdt i den forbindelse at ordningene ”i praksis dekker de samme risiki og har et tilsvarende, om ikke helt identisk, formål” (avsnitt 19). *Arblade* gjaldt utsendelse fra Frankrike til Belgia. Dommens premisser på dette punkt (avsnitt 48 flg.) er knappere, og domstolen oppsummerte med en generell formulering (avsnitt 54):

”Only if the employer's contributions to the host Member State's fund confer on workers an advantage capable of providing them with real additional protection which they would not otherwise enjoy will it be possible to justify the payment of the contributions in question, and, even then, those contributions will be justifiable only if they are payable by all providers of services operating within the national territory in the industry concerned.”

Som fremholdt foran (i 3.4.3) er dommen i *Mazzoleni* spesiell. Den gir heller ingen særskilt veiledning her. Senere rettspraksis bygger på ”enkeltvilkårsvurdering”, der vurderingen knyttes til den enkelte ordning eller regel. Dommen i *Finalarte* er forsåvidt illustrerende. Men den er illustrerende også for et annet trekk ved rettspraksis. EF-domstolen har ikke gått mer konkret inn på ”differansekravet” i den vurderingen den gir anvisning på. Domstolen har gjennomgående nøyet seg med å peke på at noe nok *kan* være en fordel (eller ikke), men henvist den konkrete vurderingen av om det er tale om en ”reell fordel”, til nasjonal rett eller myndighet med den generelle formel om ”same or essentially similar protection”.

Se forsåvidt *Finalarte* avsnitt 43 – 45; jfr. likeledes *Portugaia* avsnitt 29 og 30, og, *mutatis mutandis*, *Wolff & Müller* avsnitt 40 – 44.

⁵¹ Dette er forsåvidt ikke annet enn et utslag av mer generelle rettspraksisbaserte normer på fri bevegelighets-området. For en konkret illustrasjon mht. utsendelsesspørsmål, se f.eks. *Finalarte* avsnitt 44 – 45.

⁵² Jfr. f.eks. *Guiot* avsnitt 21, og *Arblade* avsnitt 64 – 65.

3.4.5 Videre om vurderingen – avrundning, avveining

Både fordelsvurderingen og proporsjonalitetsvurderingen er mer sammensatt. For den første har nyere rettspraksis pekt på et par konkrete momenter. Regler i vertsstaten som styrker mulighetene for utsendte arbeidstagere til å gjøre gjeldende de krav de måtte ha, er objektivt sett en fordel.⁵³ Hvorvidt en materiell rettighet i vertsstaten er en reell fordel, må imidlertid vurderes under hensyn til om arbeidstagerne reelt sett kan gjøre seg nytte av rettigheten også etter retur til hjemstaten.⁵⁴ Dernest kommer det eventuelle ”subjektive” element i vertsstatsreguleringen. Om denne kan anses å bygge på illegitime formål, er det altså ikke avgjørende i seg selv (jfr. i 3.3.3 foran). Derimot kan det være et element i vurderingen av om reguleringen objektivt sett fremmer vernet for utsendte arbeidstagere. Det som synes å ligge i dette, er at dersom lovformålet kan sies å inkludere illegitime hensyn, kan det tilsi en mer inngående og kritisk vurdering av hvorvidt de regler det er tale om, virkelig gir utsendte arbeidstager noen ”reell fordel”.

Jfr. forsåvidt *Finalarte* avsnitt 40 – 42, spesielt avsnitt 42:

- “40. However, whilst the intention of the legislature, to be gathered from the political debates preceding the adoption of a law or from the statement of the grounds on which it was adopted, may be an indication of the aim of that law, it is not conclusive.
- 41. It is, on the contrary, for the national court to check whether, viewed objectively, the rules in question in the main proceedings promote the protection of posted workers.
- 42. In this respect, it is necessary to check whether those rules confer a genuine benefit on the workers concerned, which significantly adds to their social protection. *In this context*, the stated intention of the legislature may lead to a more careful assessment of the alleged benefits conferred on workers by the measures it has adopted” (min uthevelse).

Formuleringene her kommer helt tilsvarende igjen i *Portugaia*, avsnitt 27 – 29.

Hvordan en slik vurdering eventuelt skal vektlegges i differansevurderingen av om en ”reell fordel” foreligger, lar det seg vanskelig si noe mer presist om.

Videre er differansevurderingen ett, om enn sentralt, element. Proporsjonalitetskravet har imidlertid flere elementer (jfr. i 3.4.1 foran). Selv om vertsstatens regulering gir en *bona fide* ”reell fordel”, må det foretas en videre vurdering. I denne må det sees hen til hvilke byrder det innebærer for utsenderforetak å skulle etterleve vertsstatens regler. Og det må vurderes om reguleringen er mer vidtgående enn nødvendig for å

⁵³ Jfr. *Wolff & Müller* avsnitt 40 jfr. avsnitt 36-38.

⁵⁴ Jfr. *Finalarte* avsnitt 48, hvor EF-domstolen pekte på at ”... the national court must check that, when they have returned to the Member State where their employer is established, the workers concerned are genuinely able to assert their entitlement to holiday pay from the fund, having regard, in particular, to the formalities to be observed, the language to be used and the procedure for payment”.

ivareta det formål som skal oppnås, eller om resultatet kunne oppnås med mindre inngripende midler.

Se til illustrasjon fra ”utsendelsesområdet” f.eks. *Finalarte*, hvor det bl.a. heter:

- “49. If the national court considers that the rules at issue in the main proceedings in fact pursue the public interest objective of protecting workers employed by providers of services established outside Germany, it will *have to go on* to assess whether those rules are *proportionate* to the attainment of that objective, having regard to all relevant factors.
50. In doing so, the national court should *balance* the administrative and economic burdens that the rules impose on providers of services against the increased social protection that they confer on workers compared with that guaranteed by the law of the Member State where their employer is established.
51. *In this respect*, it would be *necessary to consider* whether the objective of granting workers posted to Germany more holidays and a higher daily allowance than under the law of the Member State where their employer is established *may be achieved by means less restrictive* than the rules at issue in the main proceedings, for example by a duty imposed on employers established outside Germany to pay directly to the worker, during the period of the posting, the holiday allowance to which he is entitled under the German rules” (mine uthevelser).

Jfr. også dommens avsnitt 74 som et mer konkret uttrykk for det samme.

Poenget er for såvidt at selv om vertsstatsreguleringen i utgangspunktet er fullt akseptabel, kan den i prinsippet likevel måtte vike for de traktatbaserte normer om fri bevegelighet for tjenester. Det beror på en sammensatt vurdering, som antydnet ovenfor. Igjen er dette en vurdering som EF-domstolen gjennomgående har nøydet seg med å henviser til nasjonal domstol eller myndighet, med mer eller – ofte – mindre konkrete vurderinger av enkeltelementer som mulig veiledning. Dommen i *Finalarte* har imidlertid en spesiell og generell interesse i denne sammenheng. Domstolen understreker der at det i proporsjonalitetsvurderingen skal foretas en *avveining* (“balance”) av på den ene side tilleggsfordelene for arbeidstagerne og på den annen side de administrative og økonomiske byrder for utsender-arbeidsgiveren, hvor spørsmålet om mindre inngripende midler skal inngå (jfr. avsnitt 50 og 51, gjengitt ovenfor her). Det er vanskelig å se annet enn at dette, alt i alt, etterlater et relativt vidt spillerom for skjønn på nasjonalt nivå.

4 Direktivet og EFT art. 49

4.1 Introduksjon, problemstillinger

Utstasjoneringsdirektivet (96/71/EF) innebærer som nevnt foran (i 1 og 2.2) at vertsstaten dels har en plikt, dels har en adgang til å sørge for at nasjonale regler får anvendelse for utstasjonerte arbeidstagere.

Såvel direktivets rettsgrunnlag som dets forhold til EF-traktatens tjenesteregler har vært omdiskutert, både før og etter vedtagelsen av direktivet. Prinsipielt sett er

utgangspunktet enkelt. Direktivet (sekundærretten) kan hverken tillate eller kreve ordninger som er uforenlige med traktatreglene (primærretten). De tidligere diskusjoner til tross, på dette planet må direktivets forhold til traktatens tjensteregler (EFT art. 49 m.v.) anses avklart. EF-domstolen har så langt avgjort to saker hvor regler i direktivet har vært tema. Domstolen kunne knapt avsagt dom for at direktivet ikke er til hinder for en nasjonal regel (*Wolff & Müller*) eller dom om brudd på statens gjennomføringsforpliktelser (*Kommisjonen mot Tyskland*, 2005), hvis direktivet som sådant skulle være å anse som traktatstridig og ugyldig.

Det som derimot er en aktuell og relevant problemstilling, er forholdet mellom konkrete regler i direktivet og de generelle tjenstereglene. Her kan spørsmålet stilles på ulike måter. Dels om hvor langt direktivets regler kan gis anvendelse uten å støte an mot primærretten. Dels om de generelle tjenstereglene må gis anvendelse på en måte som supplerer eller modifierer direktivets spesifikke regler. Betraktningmåtene kan kanskje indikere ulike preferanser mht. tilnærming eller vektlegging. Men begge er relevante, og saklig sett går de over i hverandre.

I det følgende skal jeg ta opp to (sett av) spørsmål hvor denne problemstillingen er aktuell. Praktisk sett må de vel kunne anses som hovedspørsmål. For det første rekkevidden av begrepet "alment gyldig" tariffavtale. For det annet forholdet mellom de alminnelige normer om (det relative) restriksjonsforbudet og direktivets regler om pliktige og tillatte vilkår.

4.2 Når har en tariffavtale "almen gyldighet"?

Efter direktivets art. 3 nr. 1 og 10 kan nasjonale regler gis blandt annet gjennom tariffavtaler som "er erklært å ha allmenn gyldighet"; jfr. generelt i 2.4 foran. Efter definisjonen i art. 3 nr. 8 første ledd forutsetter "allmenn gyldighet" at tariffavtalen må overholdes av alle foretak "i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring".

Som jeg har bemerket tidligere (avslutningsvis i 2.4 foran), følger det av ordlyden i art. 3 nr. 8 at "det aktuelle geografiske område" ikke behøver å omfatte hele landet (det nasjonale territoriet). Uttrykket "det aktuelle geografiske området" er brukt i nr. 8 første ledd og i annet ledd første strekpunkt. Det står i klar kontrast til uttrykket "hele det nasjonale territorium", som er det som benyttes i nr. 8 annet ledd annet strekpunkt. Det mindre omfattende uttrykk "det aktuelle geografiske område" er heller ikke noen tilfeldighet. Som nevnt (i 2.1) la Kommisjonen opprinnelig frem et forslag med en efter ordlyden videre referanse og henvisning til tariffavtaler med "erga omnes"-virkning. Det møtte motstand fra flere hold. Formuleringen i det nye forslaget fra 1993 vant derimot gjenklang og er den som nu finnes i art. 3 nr. 8 første

ledd og annet ledd første strekpunkt. I Kommissjonens Explanatory Memorandum til 1993-forslaget heter det om endringene på dette punkt at

“... they have a two-fold objective: First of all, to clarify the original text by deleting the term “erga omnes” which is unknown in some Member States and to ensure the application of collective agreements at national, regional or other levels which must be observed by all national undertakings operating in the occupation or industry concerned ...” (COM(93) 225 final, s. 2; min uthevelse).

Her går det klart frem at “det aktuelle geografiske område” (“the geographical area ... concerned”) er ment å skulle omfatte også mindre områder, som en region eller et annet “nivå”.

Det korresponderer også med det som da var og fortsatt er såvel systemet som praksis i de mest sentrale land som har ordninger for å erklære tariffavtaler som ”alment gyldige”. Eksempelvis gjelder en stor del av de ”almengjorte” tariffavtaler i Tyskland bare regionalt, typisk på delstatsnivå. Det samme er tilfelle, men i enda høyere grad, i Frankrike. Antallet tariffavtaler som er ”almengjort” (“étendus”) er betydelig. Dels er det tale om avtaler som gjelder nasjonalt, men dels er det tale om avtaler som bare gjelder regionalt (på *département*-nivå) eller endatil lokalt. Dessuten kan det være slik at det til en avtale som gjelder hele landet, er knyttet spesiell avtaler for ulike regioner, f.eks. om lønn. Innenfor samme bransje kan det således være ”almengjorte” avtaler med forskjellig innhold for ulike stedlige anvendelsesområder. Det vil da være slik at et fransk foretak som er etablert i en region, må følge de avtaleregler som gjelder for en annen region hvis den ”sender ut” arbeidstagere for å utføre arbeid i denne. Tilsvarende gjelder for et foretak som ikke er etablert i Frankrike; det vil eventuelt måtte innrette seg etter ulike regler dersom det sted i Frankrike der tjenester ydes, endres. I motsetning til Tyskland er lovgivningen om anvendelse av tariffavtaler for utenlandske tjenesteydere ikke begrenset til ”byggearbeid”, men omfatter i prinsippet enhver ”almengjort” avtale.

Jfr. Code du Travail art. D. 341-5-1. Jfr. også Code du Travail art. L. 133-6 og Report from the Commission Services ... (ibid.), spesielt s. 8-9. – Poengene i teksten kan illustreres med f.eks. tariffavtalene for ”byggearbeid”. De er i utgangspunktet fem, hvorav en har Paris-regionen som stedlig anvendelsesområde:

BÂTIMENT (E.T.A.M. – I.A.C.)
 BÂTIMENT ET TRAVAUX PUBLICS
 BÂTIMENT - OUVRIERS (Entreprises occupant jusqu'à dix salariés)
 BÂTIMENT - OUVRIERS (Entreprises occupant plus de dix salariés)
 BÂTIMENT - Région parisienne

Alle fem er ”almengjort”. Bare til Paris-avtalen finnes det vel 50 tilleggskdokumenter (protokoller, tilleggssavtaler, m.v.), blandt annet om lønnssetser for ulike delområder innenfor avtalens anvendelsesområde; noen er ”almengjort”, andre ikke. – Ved siden av disse fem, som hovedsaklig er ”arbeideravtaler”, gjelder ihvertfall ytterligere en for byggebransjen – 3062 *Entreprises d'architecture*. Den er både gitt utvidet saklig anvendelsesområde (“elargi”) og ”almengjort”. Og til denne avtalen gjelder særskilte regionale avtaler, for de enkelte *départements*, om lønnssetser; gjennomgående er også disse ”almengjort”.

Også i Hellas, Portugal og Spania har man ordninger med "almengjøring" av tariffavtaler med avgrensede stedlige anvendelsesområder. Heller ikke der er lovgivningen om anvendelse av slike avtaler for utenlandske tjenesteydere begrenset til "byggearbeid".

Der man har ulike avtaler for ulike stedlige anvendelsesområder, kan det selvsagt oppstå spørsmål om grensedragningen mellom anvendelsesområdene. Det gjelder ikke mindre der man har "almengjorte" tariffavtaler for ulike saklige anvendelsesområder (bransjer, fag, e.l.). Da kan det være vesentlig å få avklart hvilken av flere tenkelige avtaler som er den som skal ha anvendelse. De enkelte lands lovgivning synes imidlertid i beste fall å gi ganske vage, generelle kriterier for slike grensedragninger. (Jfr. Report from the Commission Services ... (ibid.), s. 8). – Jeg går ikke videre inn på slike spørsmål her.

EF-domstolen har i en rekke avgjørelser, også på "utsendelsesområdet", uttalt seg på en måte som kan gi inntrykk av det etter traktatens tjenesteregler skal gjelde et slags "universalitetskrav", dvs. at regler må gjelde for enhver som opptrer på territoriet. Den standardmessige formuleringen er at

"... the freedom to provide services, as one of the fundamental principles of the Treaty, may be restricted only by rules justified by overriding requirements of public interest and applicable to *all persons and undertakings operating in the territory* of the State where the service is provided ..." (jfr. *Guiot* avsnitt 11, *Arblade* avsnitt 34, *Mazzoleni* avsnitt 25, *Finalarte* avsnitt 31 og *Portugaia* avsnitt 19; min uthevelse).

Det er imidlertid klart at formuleringen ikke kan forstås bokstavelig. I praksis har det overhodet ikke vært spørsmål om å underkjenne f.eks. belgiske eller tyske regler selv om vilkårene i henhold til "almengjorte" tariffavtaler er andre i avtaler for vakt-selskaper (*Mazzoleni*) eller byggebransjen (*Finalarte, Portugaia*) enn de som gjelder i andre bransjer hvor det også finner sted grenseoverskridende tjenesteydelser med utsendelse av arbeidstagere. Bransjevis regulering – med ulikheter i vilkår mellom bransjene – er det ordinære i alle land, også de med almenngjøringsordninger (og uansett om det stedlige anvendelsesområdet for en bransjeavtale er nasjonalt eller mindre). Jfr. også i 3.4.2 foran.

Det må også ha formodningen mot seg at det "likhetskrav" som kan sies å ligge i standardformuleringen, skal lede så langt at direktivets uttrykk "det aktuelle geografiske område" må fortolkes på tvers av ordlyden i direktivets bestemmelser. Ved siden av ordlyden gjør såvel "forarbeider" som systemhensyn seg gjeldende. Det må – i det minste inntil videre – kunne legges til grunn at også "alment gyldige" tariffavtaler med avgrensede stedlige anvendelsesområder kan anvendes. På dette punkt bør det neppe legges mer i standardformuleringen enn at det må gjelde et krav om *likebehandling* av enhver som opptrer innenfor "det aktuelle geografiske område", for såvidt tilsvarende som etter direktivets art. 3 nr. 8 annet ledd i.f. og tredje ledd. Men et slikt likebehandlingskrav vil utvilsomt gjelde.

Et beslektet, men likevel litt annet spørsmål er hva som er et "geografisk område" i direktivets forstand. Dels er ett spørsmål om begrepet har en nedre grense. Dels, og i en viss sammenheng med dette, kan det spørres om hvorvidt hva som er et "område", må knyttes til sammenhengende områder

eller kan avgrensnes etter arbeidssteder, eller typer av slike innenfor en bransje. Her er svarene heller ikke sikre. Men det er vel grunn til å anta at det vil være økende reservasjon jo mindre eller mer stedsspesifikt ”området” er, særlig hvis det er tale om en ordning med utvidet ”avtaleregulering” som avviker fra den reguleringsform som eller er den alminnelige for bransjen eller sektoren.

4.3 *Vilkårsregulering og restriksjonsforbud*

Her er spørsmålet om de alminnelige normer om restriksjonsforbud, herunder fordels- og proporsjonalitetskravet, har anvendelse også i forhold til bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår m.v. som gjøres gjeldende i samsvar med direktivets regler. Umiddelbart kan det synes nærliggende å svare ja på dette, ut fra det enkle utgangspunkt om at sekundærretten er underordnet primærretten (jfr. i 4.1 foran). Det bør likevel ikke tas for gitt at svaret er fullt så enkelt. Direktivet representerer en ”lovgivningspolitisk” avveining på et felt hvor grensene på flere måter ikke er skarpe.

Rettspraksis gir så langt ikke grunnlag for entydige svar. De to avgjørelsene fra EF-domstolen som tar stilling til direktivregler, gir imidlertid rimelig klare antydninger.

I *Wolff & Müller* fremholdt domstolen at statene har en vid skjønnsmargin med hensyn til å fastsette regler etter direktivet art. 5 (om håndhevelsestiltak), men understreket samtidig at de grunnleggende friheter i henhold til EF-traktaten må overholdes (avsnitt 30). Og i den videre drøftelsen ble alle de alminnelige referanser og formuleringer rekapitulert som del av grunnlaget for den vurdering som skulle foretas av den konkrete regel i den tyske lov (jfr. avsnitt 34 – 38).

Saken gjaldt riktignok en type regel som ikke direkte kan regnes som ”arbeids- og ansettelsesvilkår” i direktivets forstand. Men det er likevel en nær sammenheng (hvilket også kom til uttrykk i dommen, jfr. forsåvidt avsnitt 36 og 37). Det er da også mest nærliggende å legge til grunn at vilkår som ikke omfattes av direktivets art. 3 nr. 1, men gjøres gjeldende ut fra art. 3 nr. 10, prinsipielt vil være gjenstand for vurdering (også) etter de alminnelige normer.

Et synspunkt som kan anføres i denne sammenheng, er, *mutatis mutandis*, det domstolen fremholdt i *Arblade*, hvor den uttrykkelig avviste å sette nasjonale ”ordre public”-regler i noen særstilling:

“The fact that national rules are categorised as public-order legislation does not mean that they are exempt from compliance with the provisions of the Treaty; if it did, the primacy and uniform application of Community law would be undermined. The considerations underlying such national legislation can be taken into account by Community law only in terms of the exceptions to Community freedoms expressly provided for by the Treaty ...” (avsnitt 31).

Det springende punkt er om det samme vil gjelde for vilkår som faller innenfor ”kjernen” eller som staten plikter å gi anvendelse i henhold til art. 3 nr. 1. *Kommisjonen mot Tyskland* (2005) gjelder ikke dette spørsmålet direkte, men et spørsmål om forståelsen og anvendelsen av minstelønnsbegrepet etter art. 3 nr. 1 og nr. 7 annet ledd. Innledningsvis i premissene viste domstolen til art. 3 nr. 1 litra c som uttrykk for de alminnelige prinsipper som er lagt til grunn i eldre rettspraksis om

adgang, og grenser for adgangen, til å gi nasjonale minstelønnsbestemmelser anvendelse (avsnitt 25 jfr. 24). Her ble utgangspunktene imidlertid ikke utviklet til en rekapitulering av alle de alminnelige standardformuleringene, slik som i *Wolff & Müller*. Men det er nok tvilsomt om det kan legges særlig meget i dette. Det er nok mer nærliggende å legge vekt på at domstolen valgte uttrykkelig å ”knytte” minstelønnsbestemmelsen i art. 3 nr. 1 til den alminnelige, traktatrelaterte rettspraksis på området. Og det er så langt liten grunn til å anta at den vil stille seg prinsipielt anderledes til de andre typene av ”kjernevilkår” etter art. 3 nr. 1.

Det kan kanskje synes paradoksalt at staten skal ha en plikt etter art. 3 nr. 1 til å sørge for at visse vilkår har anvendelse, men likevel ikke har adgang til å gjøre det. Rent bortsett fra det normhierarkiske argumentet er paradokset ikke nødvendigvis mer enn tilsynelatende. ”Listen” i art. 3 nr. 1 angir *typer* av ”arbeids- og ansettelsesvilkår”. At de etter sin art ivaretar legitime ”almene hensyn”, kan ikke være tvilsomt. Likeledes må det være klart at de etter sin art er ”egnet” til å ivareta slike hensyn. Det springende punkt blir da om det vil være ”proporsjonalt” å gi vilkårene anvendelse. I en slik vurdering vil også – blandt annet – vilkårenes *innhold*, *beskyttelsesnivået* – arbeidstidens og feriens lengde, minstelønnssetsens størrelse, osv. – spille en rolle. Dette siste er imidlertid ikke noe art. 3 nr. 1 regulerer direkte på samme måte som for vilkårstypene.

4.4 *Sluttkommentar*

Som utgangspunkt antar jeg altså at de alminnelige, traktatbaserte normene har anvendelse også i forhold til direktivets regler. Det innebærer imidlertid ikke uten videre at anvendelsen av normene vil lede til de samme konklusjoner som dersom man tenker seg at direktivets regler ikke eksisterte. Det er nok så at regler som er sett som uttrykk for en traktatforenlig ordning, ikke har noen sikkerhet mot inngrep fra domstolen bare fordi reglene er nedfelt i et direktiv. Dommen i *Barber*⁵⁵ kan tjene som eksempel; samtidig illustrerer saken at en dom kan møtes med sterke reaksjoner, fra medlemsstatene og ”lovgiversiden”. Det kan igjen influere på rettspraksis. Det har både en pragmatisk og en ”realpolitisk” dimensjon. Som nevnt (i 4.3) representerer direktivet en ”lovgivningspolitisk” avveining på et felt hvor grensene på flere måter ikke er skarpe. Direktivet er et politisk sensitivt kompromiss, og et kompromiss på et politisk sensitivt område, det (i EF-terminologi) sosialpolitiske. Det er ikke utenkelig at slike faktorer *kan* virke inn på rettsanvendelsen. Om de faktisk vil gjøre det, er en annen sak.

Uansett beror grensedragningen på en sammensatt og skjønsmessig vurdering. Den traktatmessige frie bevegelse for tjenester er ikke et rettsbegrep som i alle henseender er entydig eller skarpt avgrenset. Det er blitt utviklet gjennom retts-

⁵⁵ Sak C-262/88 *Douglas Harvey Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group*, [1990] EFD I-1889. Domstolen satte i realiteten til side vesentlige deler av direktiv 86/378/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i yrkesbaserte trygdeordninger; det ledet til omfattende endringer ved direktiv 96/97/EF. (PD 97)

praksis; i en viss utstrekning er det da også åpent for fremtidig utvikling og konkretisering gjennom rettspraksis. Det gjelder også de formålsvurderinger som inngår som en del av normgrunnlaget. Det samme gjelder de hensyn som ligger til grunn for direktivets regler. Som domstolen bemerket i *Wolff & Müller*, med henvisning til fortalens pkt. 5: Det er ikke nødvendigvis noen motsetning mellom formålet om å sikre fair konkurranse og formålet om vern av arbeidstagere.⁵⁶ Det samme kan sies om forholdet mellom disse formålene og den frie bevegelse for tjenester. Også det er direktivets tilnærming; i fortalen er formålene i pkt. 5 nettopp formulert som midler til fremme av grenseoverskridende tjenesteydelser.

Selv det må holdes fast ved noen grunnleggende utgangspunkter, gjenstår det forsåvidt å se hvordan ulike hensyn vil bli veiet mot hverandre og hvordan grensene vil bli trukket. Til en viss grad blir det å spå om utfall som å skyte mot bevegelig mål. Det er lettere å treffe hvis blinken står stille. Men det gjør den ikke her.

5 Almengjøringsloven

5.1 Innledning

Evalueringsrapporten legger ikke opp til noen bredere vurdering av almenngjøringsloven eller av de konkrete spørsmål som tas opp, i et EØS-rettslig perspektiv. Rapporten tar opp endel enkeltspørsmål og forslag om mulige endringer. Disse kommer jeg tilbake til. Det kan imidlertid være grunn til først å se på noen mer generelle spørsmål i sammenheng med de EF/EØS-rettslige regler som er tatt opp foran.

5.2 Almengjøringslovens forhold til EØS-retten

Et vesentlig utgangspunkt er at det *ikke* kan antas at almenngjøringsloven er i strid med EØS-retten. Loven – eller, om man vil, det norske ”almengjøringsinstituttet” – kan ikke i seg selv anses å være uforenlig med EØS-rettslige normer. Det er imidlertid *ikke* dermed sagt at loven er uproblematisk eller at det ikke kan oppstå problemer ved anvendelsen av den.

Formålsbestemmelsen i lovens § 1-1 er problematisk i to relasjoner. Den ene er forståelsen av uttrykket ”påviselig” og dets funksjon i relasjon til det som er blitt omtalt som ”dokumentasjonskravet”. Dette har jeg uttalt meg om tidligere,⁵⁷ og jeg

⁵⁶ Jfr. dommens avsnitt 42: “Moreover, as the Austrian Government has rightly pointed out in its observations, there is not necessarily any contradiction between the objective of upholding fair competition on the one hand and ensuring worker protection, on the other. The fifth recital in the preamble to Directive 96/71 demonstrates that those two objectives can be pursued concomitantly.”

⁵⁷ Brev 20. april 2005, notat 4. mai 2005, til ASD.

går ikke videre inn på det nu; det har ingen særskilt betydning for problemstillingen her. Det annet er spørsmålet om *hvilke formål* loven skal ivareta. Her er fortolkningen av § 1-1 uproblematisk. Lovformålet er sammensatt og tosidig. Loven skal sikre utenlandske arbeidstagere lønns- og arbeidsvilkår som er ”likeverdige” med dem norske arbeidstagere har, og gi vern mot ”uheldige konkurransevriddinger” (”forhindre useriøs konkurranse”).⁵⁸ Denne lovforståelsen har det ikke vært uenighet om.

Det er heller ikke tvilsomt at lovformålet, slik forstått, *kan* være problematisk i forhold til de EØS-rettslige normene. Rettspraksis viser imidlertid at ”konkurransevriddningshensynet” ikke uten videre kan rubriseres som ulovlig eller utillatelig. Det samme gjelder ”likeverdighetshensynet”. Og selv om formålet skulle anses som i og for seg utillatelig, må det ut fra EF-rettspraksis være klart at det ikke i seg selv gir grunnlag for å anse loven – eller et vedtak i henhold til den – som stridende mot EØS-retten. Derimot kan lovens formål, og det som kan anses som formålet med vedtak i henhold til den, ha betydning for vurderingen av om et konkret vedtak (en forskrift) oppfyller de alminnelige vilkår om ”reell fordel” og proporsjonalitet.

Jfr. generelt til dette avsnitt 3.3, spesielt 3.3.3, og avsnitt 3.4.5 foran. Poenget vil dessuten aksentueres dersom man tenker seg en slik bestemmelse om ”fortsatt almengjøring” som foreslås i evalueringsrapporten (s. 64). Det ene er at kompetanse forutsettes å skulle foreligge uten krav til ”dokumentasjon” – av ”påviselig dårligere” vilkår. Det ser forsåvidt ut til at man skal kunne se bort fra hvorvidt det er behov for å sikre utenlandske arbeidstagere et vern. Det annet er begrunnelsen knyttet til å unngå effekter for innenlandske foretak med ulike vilkår. Det er nærmest som å si at det ikke tale om å ivareta hensyn til vern av arbeidstagere eller, for den del, fair konkurranse nasjonalt. – For min del vil jeg fraråde en bestemmelse som den her foreslåtte.

Det kan heller ikke anses avgjørende at Tariffnemnda etter lovens § 3 er gitt en skjønnmessig kompetanse med hensyn til å treffe vedtak (fastsette forskrifter). Her må det være grunnleggende å skille mellom *eksistensen* av en kompetanse og *anvendelsen* av den.⁵⁹ Det er et selvsagt utgangspunkt at nasjonale myndigheter har kompetanse til å gi regler. Det er en lovgiverkompetanse, og det kan ikke i seg selv være avgjørende om den delegeres. Når det gjelder ”almengjøring” av tariffavtaler, er det tvert imot slik i alle land som har slike ordninger, at vedtakskompetansen er delegert til (en eller annen) forvaltningsmyndighet. Likeledes kan det ikke være avgjørende om det ikke er noen automatikk i at det fastsettes regler (treffes ”almengjøringsvedtak”) når eller fordi det foreligger en tariffavtaleregulering på et

⁵⁸ Jfr. i utgangspunktet Ot.prp. nr. 26 (1992-93), s. 22, og Innst. O. nr. 98 (1992-93), s. 7 (flertallet, ad § 3). Det samme er gjentatt i forbindelse med endringsloven av 2. juli 2004 nr. 66 til almengjøringsloven, jfr. Ot.prp. nr. 77 (2003-2004), s. 16, og i St.meld. nr. 19 (2003-2004) *Et velfungerende arbeidsmarked*, s. 64-65 og 66.

⁵⁹ Problemstillingen skulle, *mutatis mutandis*, være vel kjent fra bl.a. drøftelser om forholdet mellom nasjonal rett og bestemmelser i Den Europeisk Sosialpakt.

eller annet felt nasjonalt. Den skjønnsmessige kompetanse til å avgjøre *om* nye regler skal fastsettes, er prinsipielt sett en del av lovgivermyndigheten. Og det er ikke i noen land som har ordninger med ”almengjøring” av tariffavtaler, slik at det er noen automatikk i at inngåtte avtaler almenngjøres. Vedkommende forvaltningsmyndighet (minister, nevnd, osv.) har i alle tilfeller en skjønnsmessig kompetanse, ut fra ulike kriterier, til å avgjøre om et vedtak om ”almengjøring” skal treffes.

Efter lovens § 3 har Tariffnemnda også en vid skjønnsmessig kompetanse med hensyn til *innholdet* av et ”almengjøringsvedtak”, dvs. hvilke bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår som eventuelt skal fastsettes. Det prinsipielle utgangspunktet vil etter mitt syn være det samme som ovenfor. Lovgiverkompetansen til å velge hvilke regler som skal gis i riket, er ikke *per se* uforenlig med EØS-retten. Ser vi på vedtak etter § 3 som ”almengjøring”, er det i et komparativt perspektiv heller ikke spesielt at ”almengjøring” ikke omfatter tariffavtalen i sin helhet og at forvaltningsmyndigheten kan treffe vedtak som utelater, endrer eller tilføyer noe til tariffavtalens bestemmelser. Det er tilfelle for eksempel i Frankrike og i Nederland.⁶⁰ Det som derimot kan sies å være en forskjell, er den *graden* av frihet til å fastsette regler som ikke er lik tariffavtalens, som lovens § 3 gir ut fra Tariffnemndas praksis – med en viss støtte i lovforarbeidene.

Her sikter jeg til det forhold at man dels holder utenfor materielle, ”normative” bestemmelser om enkelte emner – som f.eks. ferierettigheter – og dels at man selekterer, forenkler og omskriver bestemmelser for de emner som medtas. Samtlige vedtak hittil illustrerer dette. Et fortettet uttrykk og en begrunnelse for det gis i Tariffnemndas vedtak i sak nr. 1/2003, hvor det heter:

”Forskriften vil først og fremst komme til anvendelse for utenlandske virksomheter og for norske virksomheter uten særlig erfaring med tariffavtaler. Et førende hensyn for Tariffnemnda har derfor vært å utforme en forskrift som på den ene siden ivaretar kravene i begjæringen som ligger til grunn for saken, og på den annen side er noenlunde enkel og praktikabel. Dette ville etter nemndas syn ikke vært mulig å oppnå dersom det hadde blitt valgt en modell der de aktuelle tariffavtalebestemmelsene ble allmenngjort mer direkte” (s. 12).

Av lovforarbeidene går det frem at det – med uttrykket ”helt eller delvis” I § 3 første ledd – har vært tilsiktet å gi Tariffnemnda en *viss* ”fleksibilitet” med hensyn til hvilke vilkår som skal fastsettes; jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), s. 36. Det er imidlertid ikke lett å lese dette eller lovteksten til støtte for såvidt stor grad av frihet som nevnden har lagt til grunn for sin praksis.

Jeg kan imidlertid ikke se at graden av skjønnsmessig kompetanse i seg selv kan være avgjørende for den EØS-rettslige vurdering. Igjen må det, etter mitt syn, skilles mellom eksistensen av en kompetanse og (den aktuelle) anvendelsen av den. En annen side av dette kommer jeg tilbake til i 5.3 nedenfor.

⁶⁰ Jfr. Code du Travail art. L. 133-8, og ad Nederland rapporten s. 20. Med det første – ”ikke ... i sin helhet”, sikter jeg spesielt til distinksjonen mellom ”obligatoriske” og ”normative” bestemmelser (jfr. rapporten s. 18-19), som – vel fra tysk rett – har ”inspirert” almenngjøringslovens § 3 annet ledd første punktum.

Den skjønnmessige kompetansen har også et tredje element. Tariffnemnda kan treffe "almengjøringsvedtak" for en bransje "eller en del av en bransje", jfr. lovens § 3 første ledd. Det er klart at lovens uttrykk her er ment å angi en kompetanse til å gi vedtak et *avgrenset geografisk* anvendelsesområde.⁶¹ Men heller ikke det kan i seg selv være, eller føre til at loven anses å være, i strid med EØS-reglene. Jfr. forsåvidt i 4.2 foran.

Muligens kan det også hevdes at det ligger en usikkerhet eller mangel på forutberegnelighet i det forhold at det kan bli fastsatt (nye) regler gjennom et "almengjøringsvedtak", ved at en utenlandsk tjenesteyder ikke helt ut kan forutse de rammevilkår den må innrette seg etter ved tjenesteydelsen. Det er i tilfelle en innvending som bare kan gjelde vedtak "ex post". Er regler fastsatt "ex ante", før tjenesteyderen påtar seg et oppdrag, innebærer ikke "almengjøringsvedtaket" noen usikkerhet i form av manglende forutberegnelighet. Men dernest er det at nye regler *kan* tenkes å bli fastsatt etter at et oppdrag er overtatt, knapt nok enestående. Det kan jo tenkes at vertsstaten vedtar lovendringer på punkter av betydning, f.eks. om vilkår i "kjernen" av direktivets art. 3 nr. 1. Eller det kan følge endringer av gjeldende lovgivning, som f.eks. i Frankrike med revisjon eller indeksjustering av SMIC.⁶² Det er heller ikke eksepsjonelt at nye regler – f.eks. om lønn eller arbeidstid – kan få anvendelse gjennom vedtak om "almengjøring" av tariffavtaler. Jeg har vanskelig for å se at en slik mulighet for ("ex post") regulering skal kunne ha selvstendig betydning for den EØS-rettslige vurdering av almengjøringsloven, eller at den i seg selv skulle kunne lede til at vedtak i henhold til loven må anses EØS-rettsstridig.

Et annet spørsmål er krav om klarhet og forståelighet til det regelverk som faktisk er fastsatt. Jeg har tidligere pekt på at dette kan være et moment i en bredere "proporsjonalitetsvurdering".⁶³ Det holder jeg fast ved, selv om dette er et tema som ikke er spesifikt adressert i rettspraksis. Man kan ikke trekke særlige vekslers på dommen i *Arblade*. Domstolens uttalelser der om "tilstrekkelig presise og tilgjengelige" bestemmelser (avsnitt 43) hadde uttrykkelig og spesiell referanse til vilkårene for *straffeforfølgning*. Ellers har rettspraksis ikke gått inn på spørsmålet. Men man må vel kunne si at det implisitt ikke er stillet særlig store krav. F.eks. er de tyske regler etter Arbeitnehmer-Entsendegesetz og de "almengjorte" tariffavtaler ikke noe enkelt oversiktlig regelverk. Langt mindre er det noe enkel sak å sette seg inn i hva som gjelder etter fransk rett med dens mange, ulike "almengjorte" tariffavtaler med forskjellige protokoller og tillegg og varierende stedlige anvendelsesområder. Regelverkene er utvilsomt "tilgjengelige"; de publiseres f.eks. i det som vil tilsvare Norsk Lovtidend. Men de kan knapt sies å være presise og forståelige i alle henseender. Selv om det samme kan sies om vedtakene hittil etter almengjøringsloven, skiller ikke disse seg ut på noen spesiell måte i denne sammenheng.

⁶¹ Jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), s. 21 og 35; sistnevnte sted angis uttrykket også å skulle åpne for avgrensning til bestemte arbeidstagerkategorier eller "faggrupper".

⁶² Jfr. Code du Travail art. L. 141-3 og 141-4.

⁶³ Brev av 8. juni 2004, brev av 27. juni 2005.

Efter mitt syn er det således ikke grunnlag for å hevde at almengjøringsloven som sådan er i strid med EØS-reglene, og det er da heller ikke grunnlag for å anta at vedtak i henhold til loven er uforenlige med EØS-retten uten videre. Men som nevnt innledningsvis (foran i 5.2) betyr ikke det at det ikke kan reise seg problemer ved anvendelsen av loven. Det gjelder først og fremst med hensyn til konkrete vedtak som treffes i medhold av lovens § 3.

Spørsmålet om et vedtak, eller enkelte bestemmelser i det, er utlattelige å gjøre gjeldende overfor en utenlandsk tjenesteyder, vil bero på en sammensatt vurdering (jfr. i 3.4.5 foran). Her vil blant annet lovens og det konkrete vedtakets formål ha betydning (jfr. også avslutningsvis i 3.3.3 foran). Det vil spille en rolle hvilke vilkår som ellers gjelder nasjonalt, ihvertfall i vedkommende bransje og/eller område og spesielt hvis vedtaket har avgrenset stedlig rekkevidde eller fremtrer som situasjonsbetinget (jfr. forsåvidt avslutningsvis i 4.2 foran). Videre vil det ha betydning hvilke vilkår et vedtak fastsetter, både tematisk og nivåmessig, og hva som eventuelt ikke tas med i et "almengjøringsvedtak". Prosedyreregler og Tariffnemndas sammensetning kan også tenkes å spille inn. Noen uttømmende angivelse av momenter er dette ikke; det er det heller ikke ment å være. Poenget er bare å understreke at regler som fastsettes i medhold av loven, uansett er undergitt EØS-rettens regler og "sensur" i forhold til dem. De enkelte vedtak som er truffet hittil etter almengjøringsloven, er det ikke grunn til å gå inn på i denne sammenheng. Jeg har uttalt meg – tildels skeptisk – om dem ved tidligere anledninger. (Jfr. brev av 8. juni 2004, brev av 27. juni 2005.)

Dette gjelder også uansett om man rubriserer vedtak etter loven, i form av forskrifter, som vedtak om "almengjøring av tariffavtale" eller ikke.

5.3 Er "almengjøring" hva det gir seg ut for?

Almengjøringsloven presenteres gjennom lovens tittel og enkelte bestemmelser, spesielt § 3, som en lov om "allmenngjøring av tariffavtaler". Det har utvilsomt et preg av å være symbolpolitisk terminologi, selv om det vel kan sies at lovens § 3 etter sin tekst og forarbeidene et stykke på vei ble utformet etter modell av kjente utenlandske ordninger for "almengjøring", spesielt den tyske.⁶⁴ Det gjenspeiles i formuleringen av utgangspunktet i § 3 første ledd: Tariffnemnda kan vedta at "en ... tariffavtale ... skal gjelde". Men samtidig er Tariffnemnda gitt en vid kompetanse til å treffe vedtak med innhold som ikke gjør en tariffavtale gjeldende, men fastsetter selvstendige bestemmelser som tematisk sett bare delvis korresponderer med dem som finnes i en aktuell tariffavtale, og med innhold som avviker fra det en slik tariffavtales bestemmelser har.⁶⁵

Hva man vil kalle instituttet på norsk, er egentlig ikke så viktig⁶⁶ – hverken på den ene eller annen måte. Tariffnemnda utøver offentlig myndighet, og dens vedtak er

⁶⁴ Se Ot.prp. nr. 26 (1992-93), spesielt s. 20-21 om "reguleringsform" og s. 11-14.

⁶⁵ Jfr. forsåvidt uttrykket "helt eller delvis" i lovens § 3 første ledd, § 3 annet ledd annet punktum og tredje ledd, og Ot.prp. nr. 26 (1992-93), s. 21 og 36.

⁶⁶ Med reservasjon, selvsagt, for den (interesse)politiske dimensjonen, men den har ingen funksjonell betydning i sammenhengen her.

teknisk sett forskrifter. Dette er utvilsomt og uomtvistet. Det er ikke særegent at vedtak om "almengjøring" treffes av et offentlig organ. Det er tvert imot en nærmest selvsagt forutsetning og systemet i samtlige land som har ordninger for "almengjøring". Et annet spørsmål er om det man nasjonalt kaller "almengjøring", faller inn under det som i *utstasjoneringsdirektivets* forstand er "tariffavtaler" som er "erklært å ha *allmenn gyldighet*" (jfr. direktivets art. 3 nr. 1 og nr. 8 første ledd).

Det som særpreger det norske "almengjøringsinstituttet" i et komparativt perspektiv, er ikke først og fremst prosedyrereglene eller Tariffnemndas sammensetning. Her er det fine grenser mellom form og realitet i ulike systemer. Det mest særegne er derimot den frie normeringskompetansen. Foran har jeg pekt på at det i og for seg ikke er spesielt at forvaltningsmyndigheten kan treffe vedtak som utelater, endrer eller tilføyer noe til tariffavtalens bestemmelser ved en "almengjøring".⁶⁷ Men der vedtaksorganet har en slik kompetanse, er den typisk *begrenset og avgrenset* etter spesifikke kriterier. Den offentlige myndigheten har derimot ikke noen fri adgang til tematisk seleksjon eller til å reformulere, forenkle eller innholdsmessig endre i forhold til tariffavtalens bestemmelser. Det som kan gis "almen gyldighet", er vedkommende tariffavtale som sådan.

Den norske almengjøringsloven skiller seg fra dette slik dens § 3 er utformet og enn mer ut fra forarbeidenes forutsetninger om hvordan bestemmelsene skal forstås, og ut fra hvordan bestemmelsene er blitt anvendt i praksis.⁶⁸ Vurdert mot direktivets bestemmelser og den bakgrunn de bygger på, må konklusjonen etter mitt skjønn være at "almengjøring" på norsk *ikke* er "almengjøring" i direktivets forstand. Et vedtak etter almengjøringslovens § 3 innebærer ikke at en tariffavtale gis "allmenn gyldighet". Det er ikke *tariffavtalen* (dens bestemmelser slik de står i avtalen) som "må overholdes", slik det er tale om i direktivets definisjonsregel i art. 3 nr. 8, men et selvstendig regelsett med større eller mindre grad av referanse til en tariffavtale på området.

En slik subsumsjon har ikke noen umiddelbar rettslig betydning. EØS-rettslig er det ikke avgjørende om regler på det området det er tale om her, er gitt i lov eller forskrift eller i "alment gyldige" tariffavtaler. Det gjelder også i forhold til direktivets bestemmelser. I dem ligger bare en distinksjon i forhold til "byggearbeid" (jfr. i 2.3 foran) som ikke har betydning der regler er fastsatt i lov eller forskrift. – En annen sak er at det ved den EØS-rettslige bedømmelsen av regler som er gitt, kan tenkes å være et moment av betydning at det er tale om en "lovgivningskompetanse" som er selektivt innrettet og anvendt. Det er mer av et åpent spørsmål.

⁶⁷ Jfr. foran i 5.2 m. note 60.

⁶⁸ Jfr. her første petitavsnitt i 5.2 foran.

5.4 Dokumentasjonskrav, opplysningsplikt og innsynsrett

Jeg har notert at departementet i evalueringsrapporten ikke foreslår endringer når det gjelder ”dokumentasjonskravet” (jfr. s. 38) og ”opplysningsplikten” (jfr. s. 40). Jeg har for såvidt ikke noen bemerkninger til dette. I tilslutning til det jeg ellers har bemerket, herunder i brevet av 20. april 2005, kan jeg føye til at et slikt krav om ”dokumentasjon” som man her er opptatt av, får mindre betydning hvis oppmerksomheten og begrunnelsen for mulige vedtak rettes mer mot sosialt vern m.v., alment, og mindre ensidig mot utstasjonerte arbeidstageres lønns- og arbeidsvilkår som sådanne.

Jeg merker meg også at departementet *ikke* foreslår å etablere en ”innsynsrett” for fagforeninger (i virksomheter der de ikke har tariffavtale) *før* noe vedtak etter almengjøringsloven eventuelt er fattet (jfr. s. 43). Det er vel så at regler kan tenkes utformet slik at de ikke vil komme i konflikt med personvernreglene, nasjonalt og EØS-rettslig. Men jeg er uansett enig i konklusjonen. Det vil etter mitt skjønn være ganske kunstig – og temmelig systemfremmed så langt – å gi private aktører, med en form for ”konkurransinteresse”, en selvstendig ”inspeksjons-” og ”etterforsknings-” eller ”kontrollmyndighet” på dette området. Viktigere er likevel at en slik ”innsynsrett” nok raskt vil støte an mot EØS-retten. Den ville måtte gjøres nasjonalitetsnøytral, slik at den måtte gjelde også overfor norske foretak. Og den ville ikke kunne avgrenses mot norske foretak som har tariffavtale. Da ville det bli problematisk å begrunne hvorfor retten eventuelt skulle gjelde overfor utenlandske foretak som har tariffavtale.⁶⁹ Men uansett vil en ”innsynsrett” fremtre som en ”restriksjon”, og det kan knapt antas at den vil passere ”proporsjonalitetstesten” med dens krav om anvendelse av minst mulig inngripende midler.⁷⁰ Her har den offentlige myndighet – Tariffnemnda – allerede virkemidler, etter almengjøringslovens §§ 6 og 7, jfr. § 9.

5.5 Kontroll, innsynsrett og boikott

Departementet går derimot inn for en ”innsynsrett” når det *er* fastsatt forskrifter om lønns- og arbeidsvilkår (”almengjøring”); jfr. rapportens avsnitt 5.3.3 (s. 48-54). Forslaget er satt i sammenheng med adgangen til ”håndhevelsesboikott” etter almengjøringslovens § 5. I rapporten er det bl.a. fremholdt at det

⁶⁹ Jfr. for såvidt, *mutatis mutandis*, det underliggende forhold i den svenske ”Vaxholm-saken” og problemstillingen vedr. ”Lex Britannia”. – At ”tekniske” krav til informasjon m.v. kan tenkes å være noe ulike overfor nasjonale og utenlandske foretak, *kan* etter omstendighetene være akseptabelt også EØS-rettslig. Jfr. illustrasjonsvis *Finalarte* avsnitt 69 – 75, spesielt avsnitt 73. Men det vil etter mitt syn ikke gjelde en innsynsrettsordning som sådan.

⁷⁰ I forhold til utstasjoneringdirektivet vil en ”ex ante” innsynsrett være en type vilkår som nok faller utenfor dets område; den er ikke ”arbeids- og ansettelsesvilkår” etter art. 3 nr. 10, og det kan synes anstrengt å skulle rubrisere den som tiltak til ”overholdelse” etter direktivets art. 5.

”er viktig å understreke at allmenngjøringslovens *hovedsanksjonsmiddel* er partenes adgang etter lovens § 5 til å gå til boikott for å fremtvinge etterlevelse av allmenngjøringsvedtak”.⁷¹

Det er mulig dette reflekterer en intensjon om sanksjonssystemet. Jeg stiller meg imidlertid tvilende til om utsagnet vil ha praktisk realitet (uansett ”innsynsrett” eller ei). Slik boikott vil også kunne volde endel rettslige problemer, både intern- og EØS-rettslig. Dette lar jeg imidlertid ligge her, hvor temaet er rapportens forslag om en ”ex post” innsynsrett.

En slik innsynsrett vil kunne anses som en form for ”tiltak” til å sikre ”overholdelse” i den forstand det er tale om i utstasjoneringsdirektivets art. 5. Men en innsynsrett slik den er skissert i rapporten, er utvilsomt også en ”restriksjon”, EØS-rettslig sett, for såvidt som den vil innebære krav om å gi informasjon og fremlegge dokumentasjon ut over det som ellers gjelder, så vel i Norge som i hjemstaten.

Jfr. igjen, som én illustrasjon, *Finalarte* avsnitt 69 – 75. Jeg bemerker forøvrig at rapportens forskriftskast er såvel upresist som meget vidtgående når det bruker ”lønns- og arbeidsvilkår” og ”lønns- og øvrige arbeidsvilkår” om gjenstanden for innsynsrett og opplysningsplikt. Uten nærmere avgrensninger vil dette gå ut over rammen for hva som er ”arbeids- og ansettelsesvilkår” etter utstasjoneringsdirektivets regler, og for såvidt også ut over rammen for direktivets art. 5.

Selv om det er tale om et tiltak som faller innenfor rammen av direktivets art. 5, vil en slik restriksjon være gjenstand for den alminnelige EØS-rettslige ”proporsjonalitetstesten” med dens krav om anvendelse av minst mulig inngripende midler.⁷² Etter mitt skjønn må det legges til grunn at en innsynsrett for fagforeninger, som i rapportens forslag eller i en modifisert form, ikke vil passere denne testen. Etter almengjøringsloven (§ 9) er det lagt tilsynsmyndighet til offentlige organer, med en tilhørende opplysningsplikt overfor tilsynsorganene. En opplysnings- og dokumentasjonsplikt overfor visse tariffparter vil være et tillegg, i denne sammenheng en tilleggsbelastning for de foretak som berøres av et vedtak etter almengjøringslovens § 3. Belastningen blir ikke mindre av at pliktene eventuelt vil gjelde overfor såvel arbeidstagerorganisasjon som arbeidsgiverorganisasjon som er ”part” i den tariffavtale ”almengjøringsvedtaket” har referanse til (forskriftskastets § 3).⁷³ I forhold til det offentligrettslige regleverk en forskrift gir, vil organisasjonene som private aktører prinsipielt sett være ”utenforstående” – dels med ”konkurransesinteresser”. Jeg kan vanskelig se at det vil være rom for å gi dem en rolle som ”tilleggskontrollører”

⁷¹ Evalueringsrapporten, s. 47; min uthevelse. Umiddelbart påfølgende heter det: ”Dette er i tråd med den sterke tradisjonen vi har i Norge for at lønn er partenes ansvar.” I sammenhengen blir dette siste et ganske uholdbart utsagn. Det modifiseres da også senere i rapporten, jfr. s. 50 og 65.

⁷² Det følger som utvilsomt av dommen i *Wolff & Müller*.

⁷³ Medmindre partsbegrepet spesifiseres, vil det etter alminnelig forståelse kunne omfatte mer enn en organisasjon på hver side – uten at det i og for seg har noen tungtveiende betydning i denne sammenheng.

som innebærer tilleggsforpliktelser for foretak. Selv som ”alene kontrollører” – om man tenker seg tilsyn ved offentlig myndighet bort – vil det i beste fall være tvilsomt om en slik ordning kan anses akseptabel, EØS-rettslig sett.

5.6 Byggherreansvar, Tariffnemndas kompetanse og fortsatt ”almengjøring”

Rapportens forslag om en ny § 9 i almengjøringsloven (s. 58-59) synes å gi liten saklig mening om man holder seg til det som innledningsvis anføres som tilsiktet:

”... at et ansvar for byggherren ikke skal strekke seg lenger enn til en forpliktelse til å ta inn klausuler i kontrakter med oppdragstakere hvor det forutsettes at oppdragstakers arbeidstakere skal ha lønns- og arbeidsvilkår i tråd med det som følger av en allmenngjøringsforskrift” (s. 58).

Med en slik klausul kan byggherren ha et kontraktsrettslig grunnlag for å reagere overfor en oppdragstager. Men lest slik det står vil ikke byggherren ha noen plikt til å gjøre det. Om byggherren ikke overholder plikten til å ta inn klausuler i kontrakter, vil det heller ikke være straffbart slik gjeldende lovs § 9 er utformet; sanksjonsveien må da gå gjennom byggherreforskriften og arbeidsmiljøloven. Men skal det være tale om noe ansvar for å påse materiellrettslig oppfyllelse av fastsatte lønns- og arbeidsvilkår, må det andre regelutformninger til. Jeg går ikke videre inn på dette. Jeg lar også forholdet til ILO-konvensjon nr. 94 ligge, bare med den bemerkning at det ikke uten videre er klart at anvendelse av konvensjonens bestemmelser er forenlig med utstasjoneringdirektivets og øvrige EØS-rettslige regler.⁷⁴

Drøftelsen av ”Tariffnemndas kompetanse” (s. 64-66) dreier seg ikke om kompetansens innhold, men om spørsmål om Tariffnemnda skal ha kompetanse eller hvorvidt myndigheten til å fastsette regler skal legges til et annet organ. Her vil jeg nok mene at rapportens argumentasjon som ”svar” på problemstillingen om ”lovgiverkompetanse” (s. 65) treffer temmelig på siden. På den annen side kan jeg ikke se at det er noen avgjørende innvending at arbeidsmarkedspartene – ”the social partners” – er representert i vedtaksorganet. Det er riktignok forskjellig fra det som gjelder i de land som har ordninger med ”almengyldiggjøring” av tariffavtaler. Men det gjennomgående felles trekk er at ”social partners” er involvert i prosedyrene, tildels med sterk innflytelse på hva utfallet kan bli. Gitt forskjellige tradisjoner i ulike land vil den formelle ordning for organisasjonenes medvirkning neppe ha selvstendig betydning. Men her kan også det jeg har kalt den ”frie normeringskompetansen” (jfr. i 5.2 foran), spille inn. Det er i og for seg tenkelig at Tariffnemndas sammensetning kan trekkes inn som et moment i sammenheng med normeringskompetansen, i en

⁷⁴ Som formodentlig kjent er spørsmålet gjenstand for særskilt utredning i Sverige, i sammenheng med regelverket om offentlige anskaffelser m.v. Utredningen vil antagelig foreligge ganske snart. Jfr. Finansdepartementets pressmeddelande 7. april 2005, <http://www.regeringen.se/sb/d/5387/a/42168>.

slik helhetlig vurdering som vil være aktuell etter EØS-reglene. Enn så lenge blir dette imidlertid ikke mer enn en antagelse av en *mulighet* – eller en risiko, om man vil. Det ligger ellers i det jeg forøvrig har tatt opp foran, at jeg finner større grunn til å gjennomgå og vurdere endringer i reglene om den materielle kompetansen.

Det som er tatt opp i rapporten om ”fortsatt allmenngjøring” (s. 63-64), gjelder derimot et spørsmål om endring av de materielle kompetanseregler i almengjøringsloven. Forslaget er etter mitt skjønn ikke godt begrunnet og bør ikke videreføres; jfr. mine bemerkninger i 5.2 (første petitavsnitt) foran. Utkastet til nytt annet ledd i lovens § 4 er heller ikke tydelig i sitt forhold til gjeldende § 4, det som eventuelt vil bli første ledd. Etter annet punktum der faller et vedtak bort medmindre krav om nytt vedtak er fremmet innen den angitte frist. Det er uklart om annet ledd forutsetter et slikt rettidig fornyelseskrav, eller om bestemmelsen også vil omfatte krav fremsatt etter utløpet av fristen i § 4 annet punktum.

Bestemmelsen i lovens § 4 annet punktum kan det på sin side være grunn til å vurdere endret. Det er klart nok at med ”avløst av en ny avtale” siktes det til at det er *inngått* en tariffavtale som trer i stedet for (reviderer og viderefører) den avtalen som var utgangspunktet for et vedtak etter lovens § 3. (Jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-93) s. 25.) Dette ”avløsningstidspunktet” kan imidlertid inntre etter mer eller mindre langt tid og etter ulike former for hendelsesforløp. Tenker vi oss en tariffavtale med utløpsdato 31. mars, kan en ny tariffavtale være inngått både før og etter denne datoen. Blir partene enige gjennom forhandlinger, kan avtaleinngåelse komme i stand f.eks. i april. Men går interessetvisten til meglingsforhandling, kan det gå både til mai og juni, eller enda lenger, også avhengig av plass i ”meglingskøen”. Kommer det til arbeidskamp, kan det drøye ytterligere – i ”verste” fall til behandling i Rikslønnsnemnda en gang ut på høstparten. Inntil det eventuelt kommer til arbeidskamp består som kjent den gamle tariffavtalen i kraft av bestemmelsen om ettervirkning i arbeidstvistlovens § 6 nr. 3. Derimot faller avtalen bort når meglingsfristene er utløpt og arbeidskamp iverksettes. Det er selvfølgelig ingen avgjørende innvending mot at et vedtak etter almengjøringslovens § 3 som har referanse til tariffavtalen, fortsatt skal gjelde. Men det er med på å understreke at forskriften er noe ganske annet enn en ”almengjort” tariffavtale.

På et, om enn praktisk sett mindre betydningsfullt, punkt er lovens § 4 første ledd ikke klart. Det gjelder hvorvidt ”avløst av en ny avtale” omfatter legal prolongasjon etter arbeidstvistlovens § 3 nr. 2 annet ledd. Da anses avtalen ”fornyset”, men noen ”ny” avtale i den forstand at det er endringer i innhold, er det ikke tale om. Spørsmålet er ikke berørt i lovforarbeidene (jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), *ibid.*). Det kan ligge nær å slutte motsetningsvis fra uttalelsene der om ”tariffrevisjon” til at prolongasjon ikke omfattes av § 4 annet punktum, slik at et tidligere vedtak gjelder videre etter § 4 første punktum. Men løsningen kan ikke anses som sikker. Dersom man skal gå til det skritt å gjøre endringer i almengjøringsloven, fortjener kanskje denne problemstillingen også å bli tatt hånd om.

5.7 Avslutningsvis: *Tvisteløsning*

I evalueringsrapporten foreslår departementet å etablere en ordning med adgang til å innhente uttalelser fra Arbeidsretten (jfr. s. 60-63). Som det er bemerket (s. 62), har jeg tidligere uttalt meg mot en slik ordning. Jeg har ikke endret oppfatning.

Det som foreslås, er altså at Arbeidsretten skal avgi *uttalelse*. Det vil være tale om en rent *prejudisiell* uttalelse. Den vil ikke ha noen rettslig bindende virkning for partene

i en tvist som grunner seg på regler i vedtak etter almengjøringsloven, eller for den domstol som behandler tvisten, ei heller for tariffpartene eller andre. Arbeidstvistlovens § 9 annet ledd vil ikke ha noen anvendelse, heller ikke i tilfeller som omfattes av det skisserte annet ledd i en ny § 26 c (rapportens s. 62).

Jeg er fortsatt av den oppfatning at en slik ordning er systemfremmed. Det vil være fremmed for vår rettsordning at en domstol skal tillegges å gi uttalelser om retts spørsmål som verserer for en annen domstol. Det er ikke mindre fremmed om en domstol som behandler en tvist, skal innhente uttalelse om rettsspørsmål som er omtvistet i saken, fra en annen domstol eller utenforstående instans. Det vil være noe helt annet enn stansning etter tvistelovens § 16-18 første ledd.

Jeg lar meg ikke bevege til et annet syn av at man henviser til finsk rett som et slags forbilde (rapporten s. 62). Finland har både et annet domstolssystem og ganske andre tradisjoner også på det arbeidsrettslige område enn vi har i Norge. Uansett endrer ikke det forhold at man har en "responsum-ordning" i Finland, at en slik ordning vil være systemfremmed hos oss.

Mine reservasjoner avsvettes ikke ved et nærmere blikk på det skisserte forslaget.

Et første tema er hva Arbeidsretten eventuelt skal kunne avkreves uttalelse om.⁷⁵ Forslaget går ut på at Arbeidsretten skal uttale seg om en *del av* en *sak* som verserer for en annen domstol. Retten skal kunne bes om uttalelse om den del av saken som "forutsetter særlig kunnskap om tariffavtaleforhold". Arbeidsretten skal da uttale seg

- enten – om, eller ut fra, kunnskap om "tariffavtaleforhold" alment;
- eller – vedrørende "en bestemt tariffavtale".

For det første er det uklart hva som ligger i at Arbeidsretten skal gi uttalelse om en del av "saken". Dels må man spørre seg om det bare er rettsspørsmål, eller også faktum i saken, det skal gis uttalelse om. Dertil kan man undre seg på om det er tale om rettslige, eventuelt også faktiske, forhold isolert, eller om Arbeidsretten også skal uttale seg om subsumsjons- og vurderingss spørsmål vedrørende den aktuelle del av saken.

For det annet er det ganske diffust hva som er tenkt å skulle ligge i at en tvist om forskriftsregler "forutsetter særlig kunnskap om tariffavtaleforhold". Det har dels en side til grunnlaget for anmodning til Arbeidsretten om uttalelse. Men det har også betydning for hva det er Arbeidsretten skal inviteres til å mene noe om. Ett er at Arbeidsretten har en særlig kompetanse på det tariffrettslige felt og en sakkyndighet for såvidt gjelder "tariffavtaleforhold". Men det er langt derfra til at retten – med

⁷⁵ Jeg bruker uttrykket "avkreves" tilsiktet, ettersom jeg ikke ser holdepunkter for å anta at Arbeidsretten skal kunne avvise en anmodning etter eget skjønn; og avvisning av andre grunner vil formodentlig bare kunne komme på tale i eksepsjonelle tilfeller – f.eks. hvis foreleggende retts forestillinger om hva som "forutsetter særlig kunnskap om tariffavtaleforhold" er aldeles ufunderte.

sammenkallelse av full sammensetning etter intern saksforberedelse – skal avgi generelle uttalelser om alminnelige tariffrettslige eller arbeidslivssosiologiske spørsmål om ”tariffavtaleforhold”. Det er – etter mitt skjønn – åpenbart ikke en domstolsoppgave.

For det tredje er det – fortsatt – utilfredsstillende at Arbeidsretten er tenkt å skulle gi uttalelser om ”en bestemt tariffavtale” uten kontradiktorisk behandling. Grunnleggende sett avhjelpest ikke dette ved at de søksmålskompetente tariffparter gis en adgang til å avgi ”skriftlig uttalelse”. Alminnelig erfaring tilsier at det er stor forskjell mellom det som kan komme frem på en slik måte, og det en ordinær kontradiktorisk prosess med hovedforhandling om tariffavtaleforståelsen kan bringe for dagen. Dette gjelder selv om uenighet ikke avdekkes i første omgang. Uenighet om avtaleforståelsen oppstår gjerne ut fra konkrete problemstillinger i den praktiske anvendelse, sjeldnere *in abstracto* eller som generelle spørsmål.

Jeg er mindre bekymret for de mulige virkninger for Arbeidsrettens arbeidsbelastning enn for de prinsipielle sider ved saken. Jeg vil likevel bemerke at det vil være uheldig å åpne for en øket belastning uten mer inngående refleksjon over hvilket omfang den kan få. Som det er pekt på i rapporten (s. 62), er Arbeidsretten en liten domstol med små ressurser. Det skal derfor ikke så meget til for at det kan oppstå kapasitetsproblemer. Erfaringsmessig tar det tid å skulle løse slike ved å tilføre nye ressurser, personellmessig. Samtidig viser erfaringen at arbeidsmengden uansett varierer. Det bør overveies hvordan disse faktorene eventuelt skal balanseres, f.eks. med hensyn til prioritering av rettssaksbehandling versus behandling av uttalelsessaker.

I tilslutning til de prinsipielle innvendingene jeg har pekt på ovenfor (s. 47), vil jeg bemerke at en rolle som ”responsumorgan” kan ha negative virkninger for Arbeidsrettens posisjon og anseelse som domstol. Domstolen vil på en helt annen måte kunne bli involvert i kontroversielle spørsmål hvis den skal uttale seg om ”tariffavtaleforhold” og tariffrettslige spørsmål utenfor sine egne dommer. Slike uttalelser vil hverken ha den rettslige virkning eller den faglige autoritet som Arbeidsrettens dommer har. Uttalelser vil på en helt annen måte ligge åpne for utfordringer og kritikk, fra en foreleggende rett såvel som andre domstoler, fra parter, tariffparter og andre. I dette ligger en risiko for at Arbeidsrettens autoritet kan undergraves.

Under enhver omstendighet er den foreslåtte ordning ikke en som bør gjennomføres.