

Bemanningsdirektivet

EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett

Av Andreas van den Heuvel*

Innholdsoversikt

| | |
|---|-----|
| 1 Innledning | 157 |
| 1.1 Innledende om emnet..... | 157 |
| 1.2 Emner og problemstillinger | 160 |
| 2 Direktivets bakgrunn – noen utgangspunkter | 163 |
| 2.1 I skjæringsfeltet mellom fri bevegelse og sosialpolitikk..... | 163 |
| 2.2 Lisboa-strategien og flexicurity-begrepet | 164 |
| 2.3 Betydningen av medlemslandenes egen lovgivning | 166 |
| 2.4 Begrunnelser for direktivet | 167 |
| 2.4.1 Konkurransespektet | 167 |
| 2.4.2 Transnasjonale situasjoner..... | 167 |
| 2.4.3 Eldre direktiver om fleksibelt arbeid | 168 |
| 2.4.4 Endringer i ILO-konvensjoner om utleie av arbeidskraft | 169 |
| 3 Vedtakelsesprosessen | 171 |
| 3.1 Innledning..... | 171 |
| 3.2 Den første fasen – forhandlinger mellom arbeidsmarkedets parter på europeisk nivå | 172 |
| 3.2.1 Innledende om forhandlingene | 172 |
| 3.2.2 Hvem mente hva? | 173 |
| 3.3 Den andre fasen – Kommisjonens forslag, reaksjoner og endringer..... | 174 |
| 3.3.1 Innledende om lovgivningsfasen | 174 |
| 3.3.2 Kommisjonens første forslag..... | 175 |
| 3.3.3 Reaksjoner på Kommisjonens forslag fra arbeidsgruppen i Rådet og fra ECOSOC | 179 |
| 3.3.4 EP-komiteens betenkning og endringsforslag | 181 |
| 3.4 Kommisjonens endrede forslag og reaksjoner på det | 184 |
| 3.5 Den tredje fasen – hestehandel på europeisk nivå | 185 |
| 3.6 Avsluttende betraktninger | 187 |
| 4 Rettsgrunnlag, formål og anvendelsesområde | 189 |
| 4.1 Rettsgrunnlag..... | 189 |
| 4.2 Formål..... | 189 |
| 4.3 Anvendelsesområde | 191 |

forts. s. 156

* *Andreas van den Heuvel* (f 1979) er Master i rettsvitenskap (UiO 2010). Fra april 2010 er han førstekonsulent i Arbeidsdepartementet, Arbeidsmiljø- og sikkerhetsavdelingen. Artikkelen er en bearbejdet versjon av hans mastergradsavhandling, skrevet som vitenskapelig assistent ved Arbeidsrettsgruppen, Institutt for privatrett, UiO, 2009–2010, som ledd i forskningsprosjektet FORMULA – Free movement, labour market regulation and multilevel governance in an enlarged EU/EEA – a Nordic and comparative perspective – som er finansiert gjennom Norges Forskningsråds program *Europa i endring*.

| | | |
|----------|--|-----|
| 5 | Artikkel 4 og forholdet til tjenestereglene | 194 |
| 5.1 | Innledning | 194 |
| 5.2 | Forholdet mellom artikkel 4 og tjenestereglene | 195 |
| 5.3 | Kravet til et grenseoverskridende element | 196 |
| 5.4 | Restriksjonsbegrepet i tjenestereglene | 197 |
| 5.5 | Unntak – lovlige restriksjoner. Læren om tvingende allmenne hensyn | 199 |
| 5.5.1 | Innledende om tvingende allmenne hensyn | 199 |
| 5.5.2 | Beskyttelse av arbeidstakere som tvingende allment hensyn | 200 |
| 5.5.3 | Kravet til proporsjonalitet | 203 |
| 5.6 | Blir tolkningen av artikkel 4 ulik avhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke? | 206 |
| 6 | Hvilke typer hensyn kan begrunne forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft? | 209 |
| 6.1 | Innledende om hensynene | 209 |
| 6.1.1 | Beskyttelse av ansatte i bemanningsbyråer | 211 |
| 6.1.2 | Krav til helse og sikkerhet i arbeidet | 213 |
| 6.1.3 | Behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked | 214 |
| 6.1.4 | Forebygge misbruk | 217 |
| 6.2 | Nasjonale tiltak som ikke berøres av artikkel 4. Nærmere om artikkel 4 nr. 4. | 220 |
| 6.2.1 | Innledende om artikkel 4 nr. 4 | 220 |
| 6.2.2 | Får tjenstedirektivet anvendelse overfor tiltak som nevnt i artikkel 4 nr. 4? | 221 |
| 6.2.3 | Hva er konsekvensene av at tjenstedirektivet får anvendelse? | 223 |
| 6.2.4 | Hva er innholdet i artikkel 4 nr. 4 dersom tjenstedirektivet ikke kommer til anvendelse? | 224 |
| 6.3 | Rettighets- og pliktsubjekter etter artikkel 4 | 226 |
| 6.3.1 | Pliktsubjekt | 226 |
| 6.3.2 | Rettighetssubjekt | 227 |
| 7 | Likebehandlingsprinsippet og unntaksmulighetene. Direktivets artikkel 5 | 228 |
| 7.1 | Innledning | 228 |
| 7.2 | Lik behandling – hva er det? | 228 |
| 7.2.1 | Minst like gode betingelser som i en hypotetisk situasjon | 228 |
| 7.2.2 | Gjenstanden for sammenligning – helhet eller enkeltvilkår? | 229 |
| 7.3 | Innholdet i ”basic working and employment conditions” | 230 |
| 7.3.1 | Innledning | 230 |
| 7.3.2 | Hvilke temaer reguleres? | 230 |
| 7.3.3 | Hva omfattes av ”binding general provisions”? | 230 |
| 7.3.4 | Hva om arbeidstid m.v. og lønn ikke reguleres i ”binding general provisions”? | 233 |
| 7.4 | Andre regler som gjelder for den utleide arbeidstakeren | 234 |
| 7.5 | Rettighets- og pliktsubjekter etter artikkel 5 | 235 |
| 7.6 | Modifikasjoner – unntaksmuligheter fra likebehandlingsprinsippet | 238 |
| 7.6.1 | Innledning | 238 |
| 7.6.2 | Arbeidstakeren har fast ansettelse i bemanningsbyrået | 238 |
| 7.6.3 | Unntak via kollektive overenskomster | 239 |
| 7.6.4 | Unntak via intern lovgivning etter høring av arbeidsmarkedets parter | 241 |
| 7.7 | Tiltak for å forhindre misbruk av direktivets bestemmelser | 242 |
| 7.8 | Likebehandlingsprinsippet og utstasjoneringdirektivet | 243 |
| 7.8.1 | Innledning | 243 |
| 7.8.2 | Listen i utstasjoneringdirektivet | 243 |
| 7.8.3 | Forholdet mellom utstasjoneringdirektivet og likebehandlingsprinsippet | 245 |
| 7.8.4 | Hvilke krav stiller <i>Laval</i> til utformingen av likebehandlingsprinsippet? | 246 |
| 8 | Direktivets konsekvenser for norsk arbeidsrett | 248 |
| 8.1 | Innledning | 248 |
| 8.1.1 | Introduksjon, problemstillinger | 248 |
| 8.1.2 | EU-rett, EØS-rett og norsk rett | 249 |
| 8.1.3 | Kort om de norske reglene for inn- og utleie av arbeidskraft, og om utleide arbeidstakeres arbeids- og ansettelsesvilkår | 250 |
| 8.2 | Hvilke konsekvenser har artikkel 4 for norsk arbeidsrett? | 254 |
| 8.2.1 | Utgjør aml. § 14-12 jf. 14-9 en restriksjon etter artikkel 4? | 254 |
| 8.2.2 | Kan restriksjonen begrunnes ut fra hensynet ”å forebygge misbruk”? | 256 |
| 8.2.3 | Legitimering i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked? | 258 |

forts. s. 157

| | | |
|--------------------------------------|--|-----|
| 8.3 | Andre regler i norsk lovgivning som kan utgjøre restriksjoner etter artikkel 4. | 263 |
| 8.3.1 | Seksmånedersregelen i arbeidsmarkedsloven § 27 nr.2. | 263 |
| 8.3.2 | Kravet til stedlig representant i forskrift om bemanningsforetak | 263 |
| 8.3.3 | Forholdet mellom artikkel 4 og to typer bestemmelser i overenskomster | 266 |
| 8.4 | Hvilke konsekvenser har artikkel 5 for norsk arbeidsrett?..... | 269 |
| 8.4.1 | Lønnsbegrepets innhold..... | 269 |
| 8.4.2 | Ulike former for implementering av likebehandlingsprinsippet..... | 270 |
| Referanser | | 275 |
| Litteratur | | 275 |
| Offentlige dokumenter, norske..... | | 281 |
| EF-dokumenter..... | | 281 |
| Hovedavtaler og overenskomster | | 282 |
| Rettspraksis | | 283 |
| Norske dommer | | 283 |
| Avgjørelser fra EF-domstolen | | 283 |
| Forkortelser | | 286 |

1 Innledning

1.1 Innledende om emnet

Virksomheters adgang til å leie inn og ut arbeidskraft er et stadig aktuelt emne. Bemanningsbransjen har blitt forandret i løpet av de siste tiårene med økt arbeidsinnvandring, høykonjunktur i arbeidslivet, liberalisering av regelverket og omfattende bruk av innleid arbeidskraft.

Problemstillingen i artikkelen er å vise bakgrunnen for, og utviklingen av, direktivet om arbeidsleie, hvilke regler direktivet gir og hvilke konsekvenser disse reglene vil få for norsk lovgivning om inn- og utleie av arbeidskraft.

Emnet befinner seg i skjæringspunktet mellom arbeidsgivers mulighet til å tilpasse arbeidsstokken til arbeidsmengden på den ene side og hensynet til stillingsvernet på den annen side. Fleksibilitet for arbeidsgiveren handler blant annet om å tilpasse lønnskostnadene til oppdragsmengden, noe som kan være av avgjørende betydning for virksomhetens konkurransevne i et marked der små marginer er avgjørende. Stillingsvernet har tradisjonelt begrenset arbeidsgiverens fleksibilitet på dette området, av hensyn til å trygge arbeidstakernes

ansettelse og lønnsinntekt. Innleie av arbeidskraft har blitt ansett for å utgjøre en trussel mot stillingsvernet fordi de utleide arbeidstakerne ofte ikke har fast ansettelse i bemanningsbyrået, og fordi en arbeidsgiver ved å anvende innleid arbeidskraft kan unngå å ansette arbeidstakere i faste stillinger. Historisk har det variert om det er hensynet til arbeidsgivernes fleksibilitet eller vern av arbeidstakere som har blitt tillagt størst vekt, både i Norge og i andre EU/EØS-land. Den historiske utviklingen har heller ikke vært sammenfallende for disse landene, og det er i dag stor forskjell på landenes lovgivning om adgangen til å leie ut og inn arbeidskraft.

Utleie av arbeidskraft har en betydelig grenseoverskridende dimensjon, og derfor har det lenge vært et behov for harmonisering av reglene. Med utvidelsen av EU fra 15 til 25 medlemsstater i 2004, og senere til 27, har behovet blitt enda større på grunn av økt tilgang på billig utenlandsk arbeidskraft. Reglene om fri bevegelse for arbeidstakere og tjenester har ført til at virksomheter fra medlemsland med lave lønnskostnader har fått et godt marked i andre medlemsland med bedre økonomi. Arbeidskraften fra de nye medlemslandene kommer gjerne inn til vertslandet gjennom virksomheter som er underleverandører i større prosjekter, som ansatte i bemanningsbyråer i vertslandet, eller som utleide arbeidstakere fra bemanningsbyråer som er registrert i arbeidstakerens hjemland. Det som på den ene siden er et godt marked for utenlandske tjenestetilbydere, kan på den annen side føre til at arbeidstakerne deres blir utsatt for dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det vertslandets arbeidstakere har. Dette blir ofte omtalt som sosial dumping.¹ Sosial dumping kan også føre til et press på lønnsnivået til vertslandets arbeidstakere, fordi de utenlandske tjenestetilbyderne som regel har lavere lønnskostnader.

Denne typen utslag av reglene om fri bevegelse har ført til at Kommisjonen, flere av medlemslandene og arbeidslivsorganisasjoner har ønsket regler som angir visse rammer for lønns- og arbeidsvil-

¹ Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) s. 7-8: "Etter regjeringens syn er det sosial dumping både når utenlandske arbeidstakere utsettes for brudd på helse-, miljø- og sikkerhetsregler, herunder regler om arbeidstid og krav til bostandard, og når de tilbys lønn og andre ytelser som er uakseptabelt lave sammenliknet med hva norske arbeidstakere normalt tjener eller som ikke er i tråd med gjeldende allmenngjøringsforskrifter."

kårene til arbeidstakere ansatt i virksomheter som deltar i grenseoverskridende aktivitet. I Norge har det blitt iverksatt tiltak for å sikre utenlandsk arbeidskraft akseptable lønns- og arbeidsvilkår.² Det dreier seg blant annet om allmenngjøring av tariffavtaler,³ solidaransvar for lønn,⁴ innsynsrett og påseplikt,⁵ id-kort,⁶ tiltak mot konkursgjengere, krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anbudsprosesser,⁷ registreringsplikt for bemanningsbyråer,⁸ og ellers ulike bransjetiltak.

Reglene om fri bevegelse for tjenester stiller krav til de tiltak som settes i verk for å hindre sosial dumping. Samtidig åpner tjenestereglerne for at det tas sosiale hensyn. Ut fra et ønske om økt økonomisk aktivitet over landegrensene sammen med tilfredsstillende sosial beskyttelse for arbeidstakerne er det vedtatt flere direktiver. Utstasjoneringsdirektivet søker å løse situasjonen ved bestemmelser som innebærer at vertslandet både har rett og plikt til å sørge for at bestemte nasjonale regler får anvendelse blant annet for arbeidstakere som blir leid ut over landegrensene.⁹

For å presisere og harmonisere de bestemmelser som gjelder for utleide arbeidstakere ble bemanningsdirektivet vedtatt.¹⁰

Bemanningsdirektivet har følgelig en side til arbeidstakeres vilkår når de inngår som et ledd i tjenesteyting over landegrensene, men

² Se St.meld. nr. 2 (2005-2006) s. 63-67.

³ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven) § 5.

⁴ Allmenngjøringsloven § 13.

⁵ Forskrift 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett.

⁶ Forskrift 30. mars 2007 nr 366 om identitetskort (id-kort) på bygge- og anleggsplasser.

⁷ Forskrift 8. februar 2008 nr 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

⁸ Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak.

⁹ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

¹⁰ Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work.

det å være ansatt i et bemanningsbyrå er samtidig en form for såkalt atypisk ansettelse.¹¹ Direktiver om deltidsarbeid og midlertidig ansettelse ble vedtatt i 1997 og i 1999. Direktivene skulle gjøre de atypiske ansettelsesformene mer attraktive ved blant annet å oppstille et prinsipp om ikke-forskjellsbehandling mellom arbeidstakere i faste heltidsstillinger og arbeidstakere i andre stillingsformer. På området for helse, miljø og sikkerhet var det vedtatt et direktiv som innførte et prinsipp om ikke-forskjellsbehandling mellom blant annet utleid arbeidskraft og sammenlignbare arbeidstakere i innleievirksomheten. Det var hele tiden forutsetningen å vedta et direktiv om lønnsarbeidsvilkårene til utleide arbeidstakere for også å gjøre denne formen for atypisk ansettelse mer attraktiv, men av flere grunner skulle det vise seg å være problematisk.

I den engelske utgaven av direktivet heter det ”directive (...) on temporary agency work”, mens det i den danske versjonen heter ”direktiv (...) om vikararbejde”. Ut fra direktivets innhold er begge deler en lite treffende betegnelse, i hvert fall etter norsk terminologi. Direktivet handler om mer enn vikararbeid. En vikar er en stedfortreder. En kan si at en vikar kan leies inn fra et bemanningsbyrå, men etter direktivets innhold er det forutsetningen at det kan leies inn arbeidskraft i flere situasjoner enn der det er behov for en stedfortreder. Slik jeg ser det vil en mer treffende betegnelse på direktivet være bemanningsdirektivet.¹²

1.2 Emner og problemstillinger

Denne innledningen danner et bakteppe for artikkelen, som handler om bemanningsdirektivet. Fremstillingen har tre hoveddeler. Den første delen introduserer bakgrunnen for utviklingen av bemanningsdirektivet og gir deretter en kronologisk oversikt over direktivets vedtakelsesprosess. Vedtakelsesprosessen peker på problemstillinger

¹¹ En annen betegnelse som har blitt brukt i de senere år, er fleksibelt arbeid. Se Berg (2008) s. 15.

¹² Se Eklund (2009) note 2. Som det fremgår velger imidlertid Eklund å følge direktivets terminologi. I forskriften med hjemmel i lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) § 27 bruker man betegnelsen ”bemanningsforetak”, og ikke vikarbyrå. I artikkelen veksler jeg mellom å bruke bemanningsforetak og bemanningsbyrå, uten at skillet har noen rettslig betydning.

som vil bli behandlet i neste del. Den handler om de to mest sentrale bestemmelsene i direktivet, artikkel 4 og artikkel 5. Artikkelenes tredje og siste del handler om hvilke konsekvenser direktivet vil få for den norske arbeidsretten.

Redegjørelsen om bakgrunnen for og utviklingen av bemanningsdirektivet viser hvilke faktorer som ble styrende for direktivets utforming. Vedtakelsesprosessen sier noe om hvorfor det var så vanskelig å komme frem til et direktiv om bemanningsbyråarbeid, hvilke argumenter som ble anført, og bakgrunnen for argumentasjonen. Vedtakelsesprosessen sier også noe om bakgrunnen for og formålet med direktivet. Rent rettsvitenskapelig kan vedtakelsesprosessen ”bidra til å kaste lys over de tolkningsmuligheter som en viss tekst åpner for”.¹³ Metodisk har ikke denne typen forarbeider blitt tillagt mye vekt, de er i hvert fall sjelden brukt direkte.¹⁴ Det kan imidlertid spores en utvikling i retning av at EF-domstolen bruker forarbeider mer ved sin tolkning av sekundærlovgivning.¹⁵ Den legislative historien kan inngå i en argumentasjon ”når domstolen vil underbygge en formåls- eller kontekstorientert tolkning av en ordlyd som domstolen mener i seg selv er uklar”.¹⁶ I delen om vedtakelsesprosessen vil jeg fokusere på hvorfor og hvordan artikkel 4 og 5 endte opp som de gjorde.

Annen del av fremstillingen handler om innholdet i artikkel 4 og 5. Artikkel 4 regulerer medlemslandenes mulighet til å sette begrensninger for virksomheters adgang til å leie inn og ut arbeidskraft. Det kreves bestemte begrunnelser for at restriksjoner og forbud mot leie av denne type tjenester skal kunne innføres eller opprettholdes. I bestemmelsen heter det at

¹³ Bull (2001) s. 87-88.

¹⁴ Se Sejersted m.fl. (2004) s. 54 flg. Se imidlertid sak C-306/06 *Telecom GmbH v Deutsche Telekom AG* [2008] EFD I-1923, der domstolen i avsnitt 25 bruker forarbeidene direkte: “[I]t is clear from the travaux préparatoires for that directive that the choice of the word ‘received’ was not random, but the result of a deliberate decision by the Community legislature.”

¹⁵ Se Arnesen og Stenvik (2009) s. 33, og note 43 med videre henvisninger.

¹⁶ Bull (2001) s. 87.

“[p]rohibitions or restrictions on the use of temporary agency work shall be justified only on grounds of general interest relating in particular to the protection of temporary agency workers, the requirements of health and safety at work or the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented.”

Ordlyden i bestemmelsen innbyr til en vurdering av hvilket forhold den har til traktatens tjenesteregler. Primærretten gir føringer for hvordan artikkel 4 skal forstås. Begrensninger i statenes adgang til å regulere det å leie inn arbeidskraft gir også problemstillinger om rekkevidden av de unntakene som finnes i artikkel 4, det vil si hvilke muligheter som finnes til å begrense adgangen til å leie inn arbeidskraft. I den sammenhengen er det interessant å se på hvilket forhold det er mellom unntaksmulighetene i direktivet og de generelle unntaksmulighetene knyttet til primærretten, som finnes i læren om tvingende allmenne hensyn.

Artikkel 5 gir regler om innleide arbeidstakeres arbeidsvilkår i innleievirksomheten. Etter artikkel 5 skal de ansatte i innleievirksomheten og de innleide arbeidstakerne likebehandles. I artikkel 5 heter det at

”[t]he basic working and employment conditions of temporary agency workers shall be, for the duration of their assignment at a user undertaking, at least those that would apply if they had been recruited directly by that undertaking to occupy the same job.”

Fra dette utgangspunktet kan det gjøres flere typer unntak. Unntak kan blant annet gjøres der arbeidstakeren har fast ansettelse i bemanningsbyrået, eller der arbeidsmarkedets parter blir enige om å gjøre unntak.

Artikkel 4 og 5 viser at direktivet regulerer utleie av arbeidskraft både som tjeneste og som ansettelsesform. Som nevnt ovenfor har artikkel 4 derfor en side til tjenestereglene i traktaten, mens det at artikkel 5 regulerer hvilke arbeidsvilkår arbeidstakere i denne ansettelsesformen kan kreve, har en side til utstasjoneringdirektivet.

Bemanningsdirektivet gir utleide arbeidstakere rett til bestemte arbeidsvilkår både i nasjonale og transnasjonale situasjoner. Der arbeidstakere blir utleid i virksomhet over landegrensene, kommer også utstasjoneringdirektivet til anvendelse. Felles for utstasjoneringdirektivet og bemanningsdirektivet er formålet om å sikre arbeidstakere som er utstasjonert eller utleid, grunnleggende rettig-

heter. Anvendelsesområdet for de to direktivene kan i visse situasjoner sammenfalle. Det gir grunn til å drøfte forholdet mellom dem.

Etter tolkningen av artikkel 4 og 5 blir spørsmålet hvilke virkninger bestemmelsene i disse artiklene vil få for norsk rett. Det er den tredje og siste delen av artikkelen. En slik analyse vil først kreve en kort redegjørelse om gjeldende rett i Norge for inn- og utleie av arbeidskraft, for at jeg deretter skal kunne si noe om hvilke konsekvenser artikkel 4 vil få for den norske reguleringen. Tilsvarende blir det nødvendig å redegjøre for hvilke regler som gjelder i Norge for likebehandling av innleide arbeidstakere og de som er fast ansatt, før jeg drøfter ulike problemstillinger som oppstår i forholdet mellom norsk rett og likebehandlingsprinsippet i artikkel 5.

2 Direktivets bakgrunn – noen utgangspunkter

2.1 I skjæringsfeltet mellom fri bevegelse og sosialpolitikk

Direktivet om bemanningsbyråarbeid viser avveiningen mellom to til dels motstående hensyn som ofte oppstår i EU-retten, både i lovgivningsarbeidet og i rettspraksis fra EU-domstolen: Prosessene i EU tar sikte på en gjennomføring av EU-rettens formål som innebærer å vedta lovgivning som er nødvendig for å sikre at reglene om de fire friheter fungerer som forutsatt, samtidig som det vedtas regler for å gjennomføre en sosialpolitikk.¹⁷ Dette er regelverk som potensielt kan komme i konflikt med hverandre, men som også kan være forutsetninger for hverandre. Artikkel 4 og 5 i bemanningsdirektivet viser denne dualiteten og er et svar på hvordan de motstående hensyn ble konkretisert og søkt løst i direktivet.

En tilsvarende avveiningsprosess (og dragkamp) fant sted under vedtakelsen av et annet direktiv, tjenestedirektivet. Bercusson og Bruun skriver om direktivet at "[a]s with regulation of temporary

¹⁷ Se Dølvik og Visser (2009) om dette. De skriver at "the encounter of the two grand institutions of postwar Europe, the EU and the welfare state, one driven by the logic of opening, the other by closure, is increasingly problematic. We believe that the same conclusion applies to the encounter between the EU and the national labour markets and their highly diverse regulatory mixes of union-management relations, public policy and legal order".

work in general, the debate over the proposed Services Directive focused on the crucial issue of how to balance the economic dimension of the internal market (freedom to provide services) with the social dimension (protection of employees, but also of national industrial relation models).¹⁸

2.2 *Lisboa-strategien og flexicurity-begrepet*

I forlengelsen av at direktivet befinner seg i skjæringspunktet mellom de hensyn som gjør seg gjeldende for reglene om fri bevegelse på den ene siden og de hensyn som gjør seg gjeldende for sosialpolitikken på den andre siden, søker direktivet å balansere rettighetene til arbeidstakeren og arbeidsgiveren mot hverandre. Zappalà uttaler om forslaget til bemanningsdirektiv at

“[t]he proposed directive on temporary work has a dual core: on the one hand, it is inspired by social policy aims in the establishment of a network of protection and rights for temporary workers; on the other hand, it contains employment policy aims in the form of provisions expressly oriented towards improving the functioning of the labour market.”¹⁹

Behovet for et direktiv om bemanningsbyråarbeid ble i Kommisjonens første forslag til direktiv delvis begrunnet med at anvendelsen av innleid arbeidskraft skal være med å realisere de mål som ble satt i forbindelse med Lisboa-strategien.²⁰ Et av hovedmålene i strategien var å gjøre EU til verdens mest konkurransedyktige økonomi med flere og bedre jobber. Målet skulle blant annet nås ved å forene fleksibilitet for arbeidsgiveren med sikkerhet for arbeidstakeren. Denne kombinasjonen blir ofte kalt flexicurity.

Hvorvidt direktivet oppfyller Kommisjonens visjon om fleksibilitet for arbeidsgiveren og sikkerhet for arbeidstakeren, gjenstår å se. Det er i hvert fall ikke alle som er like positive. Countouris og Horton hevder at “the flexicurity method has either broken another promise or has finally shown its true face”.²¹ Det siktes blant annet til de mange

¹⁸ Bercusson and Bruun (2007), s. 264.

¹⁹ Zappalà (2007) s. 171.

²⁰ Nærmere om Lisboa-strategien, se <http://www.europakommisjonen.no/tema/-lisboa/index.htm>.

²¹ Countouris og Horton (2009) s. 338.

unntakene som kan gjøres fra likebehandlingsprinsippet, og at direktivet ikke eksplisitt sikrer en viss stabilitet i tilknytningen mellom arbeidstakeren, bemanningsbyrået og innleievirksomheten. Om direktivet gir tilstrekkelig fleksibilitet til arbeidsgiveren samtidig med at det gir arbeidstakeren en betryggende sikkerhet, avhenger likevel til dels av hvilken forståelse av artikkel 4 og 5 som legges til grunn, og hvordan medlemslandene velger å implementere direktivet.

Flexicurity er et begrep som brukes for å beskrive fleksibilitet på arbeidsmarkedet kombinert med sosial trygghet.²² Kombinasjonen av fleksibilitet og sosial trygghet er avhengig av en aktiv arbeidsmarkedspolitik for å fungere, der arbeidstrening og etterutdanning er viktige faktorer.²³ Begrepet er upresist og har ikke rettslig betydning, men beskriver en politisk strategi der både fleksibilitet og sosial trygghet er representert på en mer eller mindre balansert måte for bevisst å øke fleksibiliteten i arbeidsmarkedet samtidig som den sosiale sikkerheten økes. Tanken er at det skal øke antallet stillinger, slik at flere skal ha mulighet for å komme seg i arbeid.²⁴

Fleksibiliteten for arbeidsgiver kjennetegnes av fire forhold.²⁵ Det første er hvilken mengde av ekstern arbeidskraft som kan benyttes for å tilpasse behovet for arbeidskraft (såkalt external numerical flexibility). En passende mengde arbeidstakere kan oppnås ved å leie inn arbeidskraft fra bemanningsbyråer, ansette arbeidstakere midlertidig eller ved lovgivning som gir en vid adgang til å si opp arbeidstakere. Det andre forholdet er i hvilken grad virksomhetene kan ivareta fleksibilitetsbehovet innenfor rammen av de ansettelsesforhold som er etablert (såkalt internal numerical flexibility). En slik fleksibilitet kan oppnås ved å justere arbeidstiden til de ansatte, noe som kan innebære deltidsarbeid, fleksitid, skiftarbeid, arbeidstidskontoer og arbeidsfri på grunn av foreldrepermisjon eller overtid. Det tredje forholdet handler om i hvilken grad virksomheten kan benytte sine arbeidstakere til forskjellige oppgaver (såkalt functional flexibility), og er avhengig av hvordan virksomheten organiseres og ledes, og i hvilken grad arbeidstakerne får en tilpasset opplæring. Denne type fleksibilitet kan også oppnås ved outsourcing. Det fjerde og siste forholdet er i hvilken grad lønnsnivået er fastsatt ved tariffavtaler, og i hvilken grad det kan fastsettes ulikt lønnsnivå for arbeidstakerne (såkalt financial eller wage flexibility). Desto mindre kollektiv regulering, desto større fleksibilitet. Også til den andre siden av begrepet, den sosiale tryggheten, er det fire forhold som er avgjørende for hvilken sikkerhet

²² Se Evju (2006a) s. 36 flg. og Evju (2008a) s. 240.

²³ Evju (2008) s. 242.

²⁴ COM (2002) 149 s. 2.

²⁵ Wilthagen (2005) s. 3.

arbeidstakerne får igjen for arbeidsgiverens adgang til fleksibilitet. Disse fire forholdene er jobbsikkerhet (hvilken sikkerhet det knyttet til å beholde den jobben arbeidstakeren har), sysselsettingssikkerhet (sikkerhet knyttet til det å ha jobb, eventuelt få en ny jobb dersom den gamle skulle falle bort), inkomstsikkerhet knyttet til tap av lønnsinntekt, og sikkerheten til å kunne kombinere et lønnet arbeid med sosialt ansvar og forpliktelser.²⁶

2.3 Betydningen av medlemslandenes egen lovgivning

Utviklingen av arbeidsretten i EU er som mange andre områder innenfor EU basert på de nasjonale reguleringer og rådende internasjonale (arbeidsrettslige) standarder, slik at disse ofte har vært premisser for de legislative prosesser innenfor EU-systemet.²⁷ EU-retten og medlemslandenes nasjonale rett kan ikke ses uavhengig av hverandre, de er i et gjensidig avhengighetsforhold.²⁸

Medlemslandenes regulering av bemanningsbyråbransjen kan litt upresist og skjematisk deles inn i tre grupper: den skandinaviske reguleringsmodellen, den britiske modellen og den kontinentaleuropeiske modellen. I de skandinaviske landene ble bransjen liberalisert utover i 90-årene, hvorpå reguleringen nå i stor grad finnes i de kollektive overenskomster.²⁹ Det gjelder imidlertid ikke for Norges vedkommende, se punkt 8.1.2. Den britiske modellen kjennetegnes av lite beskyttelse for arbeidstakerne, men noe offentligrettslig regulering av bransjen. I mange tilfeller har ikke britiske utleieryrke av arbeidskraft noe

²⁶ Mer om flexicurity, se blant annet Olberg (2007): Flexicurity – nordiske arbeidslivsmodeller i nye kontekster?

²⁷ Bercusson (2008a) s. 20.

²⁸ Dette var også et faktum før dannelsen av et europeisk fellesskap. Se Hepple (1986) s. 1: "What this book seeks to contribute to the understanding of labour law as part of a process, is an explanation of the relationships between the development of labour laws in a number of European countries, in the formative stages of those laws from the start of the Industrial Revolution until the end of the Second World War." Etter dannelsen av fellesskapet har avhengighetsforholdet også blitt et spenningsforhold, se Ferrera (2009) s. 219-233. Han skriver blant annet på s. 219 at "[t]he last quarter century has witnessed a very salient but at the same time increasingly problematic encounter: that between the welfare state and the European Union."

²⁹ Ahlberg og Bruun (2007) s. 37.

tradisjonelt arbeidsgiveransvar.³⁰ Den kontinentaleuropeiske modellen kjennetegnes kort sagt av omfattende regulering; både av selve bransjen, av når det er lovlig å leie inn arbeidskraft, og av arbeidsvilkårene til den utleide arbeidskraften.³¹

Det er flere eksempler på at medlemslandenes ulike lovgivning har påvirket bemanningsdirektivet. Tydeligst kommer det til syne i unntakene fra likebehandlingsprinsippet i artikkel 5, der det er gjort unntak fra prinsippet ut fra hvordan lovgivningen er i Tyskland, i de skandinaviske landene og i Storbritannia. I vedtakelsesprosessen var det også tydelig at medlemslandene innspill og innsigelser var et resultat av deres egen lovgivning, noe som blir vist i kapittel 3.

2.4 Begrunnelser for direktivet

2.4.1 Konkurransespektet

En begrunnelse fra Kommisjonen for få vedtatt et direktiv om innleie av arbeidskraft var konkurransespektet.³² Ulik regulering av vilkårene for å leie inn arbeidskraft og ulik regulering av hvilke vilkår de utleide arbeidstakerne kan kreve i de enkelte medlemslandene, kan føre til skjeve konkurransevilkår. Skjeve konkurransevilkår kan igjen føre til at virksomheter ønsker å etablere seg i land med mer arbeidsgivervennlig lovgivning, noe som i sin tur kan føre til en deregulering av arbeidsmiljølovgivningen innad i medlemslandene.³³ En begrunnelse for direktivet var følgelig å hindre uheldige virkninger av reglene om fri etableringsrett og reglene om fri bevegelse for tjenester.

2.4.2 Transnasjonale situasjoner

Det var et mål å presisere og harmonisere vilkårene for utleide arbeidstakere, uavhengig av om anvendelsen av den innleide arbeids-

³⁰ Berg (2008) s. 128 flg.

³¹ Se blant annet Berg (2008) s. 151 flg. og Vigneau (2007) s. 85 flg. Det kan i denne sammenhengen pekes på at den strenge reguleringen i de kontinentaleuropeiske landene måtte revideres etter EF-domstolens dom i sak C-55/96 *Job Centre coop. arl.* [1997] EFD I-7119.

³² Se Ahlberg (2007) s. 192.

³³ Den såkalte Delaware-effekten.

kraften skjer i en nasjonal eller i en transnasjonal kontekst.³⁴ Direktivet skulle ses på som en fortsettelse av de grunnleggende prinsipper som allerede gjelder for bemanningsbyråansatte etter utstasjoneringsdirektivet: De vesentlige arbeids- og ansettelsesforhold som gjelder i vertslandet, får anvendelse for utstasjonerte arbeidstakere. Bemanningsdirektivet gir utleide arbeidstakere rettigheter basert på et likebehandlingsprinsipp som får anvendelse både i nasjonale og i transnasjonale sammenhenger. Kommisjonen uttalte at “[i]n a proper internal market, it is only logical for the rules for posting temporary workers to be aligned with each other, irrespective of whether a posting is national or transnational”.³⁵

2.4.3 Eldre direktiver om fleksibelt arbeid

En tredje begrunnelse for et direktiv om bemanningsbyråarbeid var å innføre regulering for alle de tre mest utbredte såkalt atypiske ansettelsesformene. For midlertidig ansatte og utleide arbeidstakere ble det i 1991 vedtatt et direktiv der formålet er å forbedre arbeidstakernes helse, miljø og sikkerhet.³⁶ Direktivet var et resultat av flere forslag fra Kommisjonens til direktiver om fleksible ansettelsesformer i 1990.³⁷ Det ble imidlertid med dette ene direktivet på det tidspunktet.³⁸

På slutten av 90-tallet innledet arbeidsmarkedets parter på europeisk plan et samarbeid som munnet ut i to direktiver om atypisk arbeid: Direktivet om midlertidige ansettelser³⁹ og direktivet om deltidsarbeid.⁴⁰ Utleide arbeidstakere ble ikke omfattet.⁴¹ I fortalen til

³⁴ COM (2002) 149 Final, s. 10.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Council Directive of 25 June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship (91/383/EEC).

³⁷ For mer utførlig om dette, se Frenzel (2010) s. 121 flg.

³⁸ Se COM (2002) 149 Final, s. 8.

³⁹ Rådskretiv 1999/70/EC av 28. juni 1999 om rammeavtalen vedrørende midlertidige ansettelse inngått mellom ETUC, UNICE og CEEP.

⁴⁰ Rådskretiv 97/81/EC av 15. desember 1997 om rammeavtalen vedrørende deltidsarbeid inngått mellom UNICE, CEEP og ETUC.

rammeavtalen om midlertidige ansettelser går det frem at partene i avtalen hadde "their intention to consider the need for a similar agreement on temporary agency work". Denne nokså vage uttalelsen fungerte som en forklaring på ikke å inkludere utleide arbeidstakere i direktivet om midlertidige ansettelser.

Direktivene har mange fellestrekk. Blant annet er deler av direktivenes formål sammenfallende. I alle tre direktivene er det et formål at de som er ansatt deltid, har en tidsbegrenset ansettelse eller er utleid fra et bemanningsbyrå ikke skal forskjellsbehandles i forhold til de som er fast ansatt på heltid. For direktivet om midlertidig ansettelse og direktivet om tidsbegrenset ansettelse er dette kalt et prinsipp om ikke-forskjellsbehandling, mens det for direktivet om bemanningsbyråarbeid er kalt prinsippet om likebehandling. I de to førstnevnte direktivene skal det ikke forskjellsbehandles i forhold til den som vurderes som en "comparable permanent worker".⁴² Det skal ikke kunne forskjellsbehandles utelukkende på grunnlag av at ansettelsesformene er ulike, men det kan gjøres unntak dersom det foreligger objektive grunner for det. I direktivet om bemanningsbyråarbeid er dette løst på en annen måte, jf. i kapittel 7 nedenfor.

Direktivene om midlertidige ansettelser og om deltidsarbeid hadde en relativt rask vedtakelsesprosess, der arbeidsmarkedets parter i begge tilfeller lyktes å bli enige om en rammeavtale, slik at den kunne bli inntatt som et vedlegg og utgjøre hoveddelen i direktivene. Vedtakelsesprosessen til bemanningsdirektivet skulle lide en annen skjebne.

2.4.4 Endringer i ILO-konvensjoner om utleie av arbeidskraft

En annen lovgivning som har utviklet seg parallelt med den EU-rettslige arbeidsretten og medlemslandenes arbeidsrett, er konvensjoner fra

⁴¹ Denne første fasen av lovgivning er blitt kalt "the 'era of atypical work'", mens bemanningsdirektivet ble vedtatt i en fase der kombinasjonen av fleksibilitet og sikkerhet var avgjørende. Se Frenzel (2010) s. 121 med videre henvisninger.

⁴² Den sammenlignbare arbeidstakeren er "a worker with an employment contract or relationship of indefinite duration, in the same establishment, engaged in the same or similar work/occupation, due regard being given to qualifications/skills".

ILO om utleie av arbeidskraft.⁴³ ILO-konvensjonen om bemanningsforetak 181/1997 erstattet ILO-konvensjon 96/1949 som regulerte det samme området.⁴⁴ Innholdet i den nye konvensjonen er et helt annet; der den eldre konvensjonen forbød privat formidling av arbeidskraft, forsøker den nye konvensjonen å legge til rette for arbeid i bemanningsbyrå.⁴⁵ Formålet med konvensjonen ”is to allow the operation of private employment agencies as well as the protection of the workers using their services”, jf. konvensjonens artikkel 2. I Kommisjonens første forslag til direktiv ble ILO-konvensjonen nevnt som en del av begrunnelsen for å vedta et direktiv om bemanningsbyråarbeid.⁴⁶ I hvilken grad ILO-konvensjonen har vært styrende for Kommisjonens arbeid er imidlertid et åpent spørsmål.

I konvensjonens artikkel 2 nr. 4 a heter det at medlemslandene, etter å ha konsultert de mest representative arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner, kan “prohibit, under specific circumstances, private employment agencies from operating in respect of certain categories of workers or branches of economic activity in the provision of one or more of the services referred to in Article 1, paragraph 1”. I artikkel 1 punkt 1 bokstav b omfattes “services consisting of employing workers with a view to making them available to a third party, who may be a natural or legal person ... which assigns their tasks and supervises the execution of these tasks” av bestemmelsene i konvensjonen. Det betyr at direktivet og konvensjonen har samme anvendelsesområde, men ulik regulering for så vidt angår medlemslandenes adgang til å legge restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft. I vedtakelsesprosessen var det uenighet knyttet til hvor nært teksten i artikkel 4 skulle ligge ILO-konvensjonens tekst, men Kommisjonens

⁴³ Se Nielsen (2003) s.58 flg.

⁴⁴ ”Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) er den av FNs særorganisasjoner som har arbeidslivet og sosialpolitikken som sitt spesielle område. Norge er forpliktet av ca 90 ILO-konvensjoner, blant annet om rett til ferie, arbeidstilsyn, arbeidstid, likelønn og diskriminering”, jf. NOU 2004: 5. Arbeidslivslovutvalget, s. 43.

⁴⁵ I 2007 hadde 20 av ILOs 181 medlemsland ratifisert konvensjonen, 10 av disse landene er medlemmer i EU.

⁴⁶ Se COM(2002) 149 final av 20. mars, s. 10.

forslag vant til slutt frem, noe som innebærer at det er en betydelig forskjell mellom direktivet og konvensjonen.⁴⁷

3 Vedtakelsesprosessen

3.1 Innledning

Lovgivningsprosessen i EU har i forbindelse med bemanningsdirektivet vært påvirket av flere forhold. I den første fasen, forhandlingene mellom arbeidsmarkedets parter på europeisk plan, var særlig to faktorer avgjørende. Den første var at utleie av arbeidskraft impliserer tre parter: arbeidstaker, innleievirksomhet og bemanningsbyrå. Det førte til at det var flere parter som deltok i prosessen enn for eksempel i vedtakelsen av direktivet om midlertidige ansettelser, og at det dermed var flere parter som måtte bli enige om formuleringen av en avtale. Den andre faktoren, som var avgjørende både i forhandlingene mellom arbeidsmarkedets parter og i det senere lovgivningsarbeidet, var medlemslandenes (og deres organisasjoners) innstilling til forslaget om å vedta regulering for inn- og utleie av arbeidskraft. I lovgivningsarbeidet var det også noen særegne forhold som gjorde seg gjeldende.

For det første spilte de rettslige rammene for vedtakelse av nye direktiver på området en viktig rolle. Reglene for hvordan lovgivning om arbeidsvilkår kan vedtas, ble endret med en egen sosial- og arbeidsmarkedsprotokoll i og med Maastricht-traktaten.⁴⁸ Med Amsterdam-traktaten som trådte i kraft 1. mai 1999, ble denne protokollen innarbeidet i artiklene 136-139 i EF-traktaten.⁴⁹ Avtaler inngått av arbeidsmarkedets parter på europeisk plan kan bli generelt bindende dersom de får tilstrekkelig flertall i Rådet. Før Maastricht-avtalen

⁴⁷ For de av medlemslandene som har ratifisert ILO-konvensjonen, må det avgjøres ut fra Lisboa-traktaten artikkel 351 hvilket av regelsettene som skal få forrang. Av medlemslandene har Albania, Belgia, Bulgaria, Tsjekkia, Finland, Ungarn, Italia, Litauen, Nederland, Polen, Portugal og Spania har ratifisert konvensjonen.

⁴⁸ Traktaten om den Europeiske Union av 1992.

⁴⁹ Nærmere om dette, se Nielsen (2003) s. 32. Etter Lisboa-traktaten, Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsmåte (TEUF), tilsvarer dette artiklene 151-155.

var det et krav at beslutninger om ny lovgivning hadde enstemmighet i Rådet, jf. daværende artikkel 100 og artikkel 94 i EF-traktaten.⁵⁰ Ett enkelt land kunne blokkere hele prosessen.⁵¹ Innenfor flere områder krever Maastricht-avtalen kun kvalifisert flertall.⁵²

For det andre skulle det vise seg at det noen ganger kan være enklere å være uenige om to ting enn om en ting. Det var først da formannskapet i Rådet besluttet å behandle bemanningsdirektivet sammen med endringen av direktivet om arbeidstid,⁵³ at det lyktes medlemslandene å vedta et direktiv om bemanningsbyråarbeid.

I denne gjennomgåelsen av vedtakelsesprosessen vil det særlig bli fokusert på utviklingshistorien av artikkel 4 og 5, ettersom det er de mest sentrale bestemmelsene i direktivet.

3.2 Den første fasen – forhandlinger mellom arbeidsmarkedets parter på europeisk nivå⁵⁴

3.2.1 Innledende om forhandlingene

ETUC og CEEP ønsket forhandlinger om en rammeavtale for å regulere bemanningsbransjen.⁵⁵ UNICE⁵⁶ var mer tilbakeholden, men ga etter hvert ETUC svar om at de ville delta i forhandlinger. Det positive svaret kan ha vært foranlediget av at CIETT annonserte et ønske

⁵⁰ Nielsen (2003) s. 29. Dette er nå artikkel 115 i TEUF.

⁵¹ På sosial- og arbeidsrettsområdet er det særlig Storbritannia som har ytt motstand mot ny lovgivning. Det ble derfor i Maastricht inngått en avtale mellom de da elleve andre medlemslandene om å vedta ny lovgivning på dette området, som dermed kun ble bindende for disse. Etter det britiske regjeringsskiftet i mai 1997 ble Storbritannia mer positivt innstilt til avtalen, og avtalen ble dermed formelt opphevet og inntatt i Amsterdam-traktaten.

⁵² I Lisboatraktaten artikkel 153 annet punkt bokstav b) er det listet opp hvilke områder der det kan bli vedtatt lovgivning som ikke krever flertall blant medlemslandene. Hvilke områder dette er, er angitt i artikkel 153 første punkt.

⁵³ Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time.

⁵⁴ Forhandlinger mellom arbeidsmarkedets parter blir ofte kalt sosial dialog. En annen betegnelse er ”bargaining in the shadow of law”.

⁵⁵ Forkortelsene er forklart i en liste etter litteraturlisten.

⁵⁶ UNICE har nå byttet navn til BUSINESSEUROPE.

om forhandlinger med UNI-Europa, noe som kunne føre til at verken ETUC eller UNICE ville få ta del i vedtakelsesprosessen.⁵⁷ I tillegg var det sterke signaler om at Kommisjonen ville vedta lovgivning på området dersom ikke forhandlingene mellom partene førte frem. Det ville gi partene mindre kontroll over reguleringen av bransjen, noe som inspirerte til forhandlinger via sosial dialog. Det endte med at ETUC hadde et forhandlingsteam, og at arbeidsgiversiden hadde et team bestående av medlemmer fra UNICE, CEEP, CIETT og UEAPME.

3.2.2 Hvem mente hva?

Svaret på spørsmålet om hvilke organisasjoner som mente hva, blir også en forklaring på hvorfor det ikke lyktes for organisasjonene å bli enige om en avtale. Grunnene til det var flere.⁵⁸

Der medlemslandene i EU skal komme til enighet om et direktivs utforming, vil det være en avgjørende faktor for prosessen hvor lik lovgivningen i de enkelte landene er i utgangspunktet. I motsetning til reguleringen av midlertidig arbeid og deltidsarbeid er reglene for bemanningsbransjen svært ulike i de europeiske landene. Franske fagforeninger var sterkt imot innleie av arbeidskraft, tyske fagforeninger ville forby det så nylig som i 1995, mens svenske og britiske fagforeninger hadde et mer tolerant forhold til det og hadde større fokus på forbedring av bemanningsbyråansattes arbeidsforhold.⁵⁹ Problemet var å finne en løsning som var tilstrekkelig fleksibel samtidig som den garanterte tilfredsstillende arbeidsforhold for arbeidstakerne, uten at dette gikk ut over de enkelte lands systemer. Der det er vanskelig å finne direktivtekster eller avtaletekster som svarer til disse kravene, har det undertiden blitt valgt en løsning der de problematiske punktene overlates til forhandlinger mellom arbeidslivets parter i de enkelte medlemsland.

På arbeidstakersiden var det vanskelig for organisasjonene fra de enkelte land å bli enige seg i mellom. Noen delegater innen ETUC hadde fokus på opprettholdelse av størst mulig grad av fast ansettelse

⁵⁷ UNI-Europa representerer bemanningsbyråansatte i tjenestesektoren.

⁵⁸ Dette baseres på Ahlberg (2007) s. 213 flg.

⁵⁹ Ahlberg (2007) s. 215.

av arbeidskraft i virksomhetene, mens andre fokuserte på arbeidsvilkårene til de utleide arbeidstakerne. På arbeidsgiversiden var CIETT mer ivrig enn UNICE til å inngå kompromisser for å oppnå en forbedring av de bemanningsbyråansattes arbeidsvilkår, da en del av deres formål med arbeidet var å forbedre bransjens anseelse.

Forhandlingene mellom arbeidsmarkedets parter førte ikke til inngåelsen av en avtale. Arbeidet var likevel ikke uten betydning. Behovet for balanse mellom friheten til å tilby tjenester og beskyttelse av arbeidstakere ble satt på spissen. Det er hevdet at Kommisjonen overså betydningen av en slik balanse foran vedtakelsen av tjenstedirektivet, mens forhandlingene mellom arbeidsmarkedets parter førte til en påminnelse om dette.⁶⁰

3.3 Den andre fasen – Kommisjonens forslag, reaksjoner og endringer

3.3.1 Innledende om lovgivningsfasen

Etter at forhandlingene mellom arbeidsmarkedets parter hadde strandet, ble det viktig for partene å påvirke den kommende lovgivningen mest mulig. ETUC og arbeidsgiversiden sendte over sine utkast til Kommisjonen. I tillegg sendte UNI-Europa og CIETT 8. oktober 2001 en felles erklæring til Kommisjonen.⁶¹ Kommisjonen presenterte et forslag til direktiv 20. mars 2002.⁶² Det møtte reaksjoner fra både arbeidsgruppen i Rådet og fra Den sosiale og økonomiske komité (ECOSOC). Deretter ble forslaget behandlet av Komiteen for sysselsetting og sosiale forhold i Europaparlamentet, før Kommisjonen presenterte et forslag delvis basert på de foreslåtte endringene fra ECOSOC og EP-komiteen. Det endrede forslaget ble diskutert i Rådet, før formannskapet i Rådet bestemte seg for å behandle direktivet sammen med en endring av direktivet om arbeidstid.

⁶⁰ Se COM (2004) 2, Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, og Bercusson (2008b) s. 346.

⁶¹ Se Ahlberg (2007) s. 218.

⁶² COM (2002) 149 Final, 2002/0072(COD)

3.3.2 Kommisjonens første forslag

I begrunnelsen for hvorfor det er nødvendig med et direktiv, pekte Kommisjonen på ønsket om å fremme mer fleksible metoder for hvordan arbeidsforhold kan tilrettelegges, noe som etter Kommisjonens vurderinger skulle føre til en økning av antall arbeidsplasser samtidig som det tas hensyn til den moderne økonomiens krav til fleksibilitet. Et vilkår for å øke antallet arbeidsplasser er imidlertid at ansettelsesformen er attraktiv, og i den forbindelse uttrykte Kommisjonen et ønske om å sikre de innleide arbeidstakerne gode arbeidsvilkår og konkurransedyktige lønnsbetingelser. I tillegg ønsket Kommisjonen å harmonisere regelverket for bemanningsbyråbransjen i medlemslandene, både knyttet til hvilke arbeidsvilkår de innleide arbeidstakerne skal ha, og om hvordan medlemslandene kan regulere bransjen.⁶³ Endelig skulle direktivet supplere den allerede vedtatte lovgivningen for de andre såkalt atypiske ansettelsesformene.

Medlemslandenes adgang til å regulere bemanningsbyråbransjen ble behandlet i artikkel 4. I Kommisjonens første utkast til direktiv fikk bestemmelsen følgende utforming:

”Member States, after consulting the social partners in accordance with legislation, collective agreements and national practices, shall review periodically any restrictions or prohibitions on temporary work for certain groups of workers or sectors of economic activity in order to verify whether the specific conditions underlying them still obtain. If they do not, the Member States should discontinue them.”⁶⁴

Kommisjonen forklarte dette kravet til begrunnelse for restriksjoner for bemanningsbyråbransjen med at direktivet skulle sikre de innleide arbeidstakerne et bedre vern, og dermed ville det ikke lenger være behov for forbud og restriksjoner unntatt i spesielle situasjoner. Tonen var gjennomgående at mer fleksible former for ansettelsesforhold ville være et gode for alle parter.⁶⁵ Det het blant annet at ”undertakings have seen an increased need for flexibility in managing their labour force” og at ”[f]rom the point of view of the temporary workers them-

⁶³ COM(2002) 149 Final, s. 10.

⁶⁴ COM(2002) 149 Final, s. 20.

⁶⁵ Dette er en endring i forhold til kommisjonens tidligere holdning til atypiske ansettelsesformer. Se Blanpain (2003) s. 339.

selves, this form of employment is often a means of gaining access or returning to the labour market, especially for young people”.⁶⁶ Innskrenkninger i friheten til å tilby arbeidskraft måtte i så fall være nødvendige og stå i forhold til formålet med det restriktive tiltaket. Hvilket vern de innleide arbeidstakerne skulle få, ble oppstilt i artikkel 5. I dette utkastet til direktiv het det prinsippet om ikke-forskjellsbehandling. Rent politisk har derfor artikkel 4 og 5 en nær sammenheng. De av medlemslandene som var skeptiske til deregulering av bransjen, kunne godta mer dersom de ansatte i bemanningsbyråene fikk et tilstrekkelig vern.

Dette prinsippet, som senere skiftet navn til prinsippet om likebehandling, gikk ut på at den innleide arbeidstakeren skal få like gode arbeids- og ansettelsesvilkår som en ”sammenlignbar arbeidstaker”. Hvem dette var, ble oppgitt i definisjonsbestemmelsen i artikkel 3b: ”a worker in the user undertaking occupying an identical or similar post to that occupied by the worker posted by the temporary agency, account being taken of seniority, qualifications and skills”. Ikke-forskjellsbehandlingsprinsippet skulle få anvendelse på ”basic working and employment conditions”. Hva kommisjonen la i det, ble omhandlet i forslagetets artikkel 3 bokstav d, en definisjon som blant annet omfattet lønn.

Det at ikke-forskjellsbehandlingsprinsippet omfattet lønn, var kontroversielt.⁶⁷ I EF-traktatens artikkel 137 femte ledd heter det at “[t]he provisions of this article shall not apply to pay ...”. Mellom Kommisjonens første forslag og vedtakelsen av direktivet kom det imidlertid opp flere saker for EF-domstolen om temaet. Sakene knytter seg til direktivet om midlertidige ansettelser, men har betydning for bemanningsdirektivet fordi tvisten knyttet seg til ikke-diskrimineringsprinsippet som i hovedsak har samme utforming som prinsippet i bemanningsdirektivet. Domstolen slo fast i *Del Cerro Alonso* at artikkel 137 femte ledd ikke kan tolkes slik at unntaket om lønn omfatter alle spørsmål som involverer en eller annen forbindelse med lønn, og videre at

⁶⁶ Forslagets s. 3.

⁶⁷ Se Ahlberg (2007) s. 209.

“the exception relating to ‘pay’ set out in Article 137(5) EC is explained by the fact that fixing the level of wages falls within the contractual freedom of the social partners at a national level and within the relevant competence of Member States. In those circumstances, in the present state of Community law, it was considered appropriate to exclude determination of the level of wages from harmonisation under Article 136 EC et seq”.⁶⁸

Etter dette ble det klart at de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkår kunne omfatte lønn.⁶⁹

Av ulike grunner hadde Kommisjonen sett at det var nødvendig med unntak fra prinsippet om ikke-forskjellsbehandling. I det første utkastet til direktiv fra Kommisjonen skulle unntak kunne gjøres i følgende tilfeller:

- Dersom arbeidstakeren har en avtale om fast ansettelse med bemanningsbyrået og blir avlønnet i periodene mellom oppdragene.
- Ved tariffavtaler.
- Medlemslandene kan bestemme at likebehandlingsprinsippet ikke skulle gjelde før etter seks uker hos samme innleiebedrift.

Det første unntaket har sammenheng med hvordan adgangen til å ansette arbeidstakere midlertidig i bemanningsbyråer er regulert i tysk rett. Etter *Teilzeit- und Befristungsgesetz* (loven om deltid og midlertidige ansettelser) § 14 og *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* (lov om utleie av arbeidskraft) § 3 nr. 3 er det i prinsippet mulig å ansette arbeidstakere midlertidig i bemanningsbyråer, men vilkårene er så strenge at i virkeligheten ”muss der Arbeitgeber den Leiharbeitnehmer zwischen zwei Einsätzen nach dem neuen gesetz weiterbezahlen, da eine Befristung auf die Zeit des Einsatzes de facto ausgeschlossen ist”.⁷⁰ Følgelig ønsket Tyskland et unntak for arbeidstakerne som uansett hadde fast ansettelse, og som dermed har et tilstrekkelig arbeidstakervern. Det andre unntaket har sammenheng med den nordiske modellen, der det er vanlig at partene i arbeidslivet kan inngå tariff-

⁶⁸ Sak C-307/05 *Yolanda Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco de Salud* [2007] EFD I-7109, avsnitt 40-41.

⁶⁹ Se også sak C-268/06 *Impact v Minister for Agriculture and Food and Others* [2008] EFD I-2483, avsnitt 35.

⁷⁰ Se Wank (2003) s. 19.

avtaler som så blir bindende for partene og deres medlemmer.⁷¹ Det tredje unntaket har sammenheng med den liberale lovgivningen for bemanningsbyråarbeid i Storbritannia.

Perioden før likebehandlingsprinsippet skulle komme til anvendelse ble populært kalt "grace period". Hvor omfattende unntak som kunne gjøres i denne perioden, ble ikke angitt. I unntaket som kunne gjøres ved tariffavtaler, ble det stilt krav om at arbeidstakeren uansett skulle sikres en "tilstrekkelig beskyttelse". Hva som lå i kravet til tilstrekkelig beskyttelse, ble ikke klargjort, ei heller om en slik "tilstrekkelig beskyttelse" skulle gjelde for alle unntaksmulighetene eller bare unntaket som knyttet seg til mulighetene til fravikelse ved forhandlinger mellom arbeidsmarkedets parter. Det ble heller ikke klargjort hvordan det skulle kontrolleres at de bemanningsbyråansatte fikk en tilstrekkelig beskyttelse, og hvilken innvirkning standarden skulle ha på avtalekompetansen til arbeidsmarkedets parter. En slik standard kan utsette kollektive overenskomster for judisiell overprøving. Representanter fra Sverige, Finland og Danmark kom senere med innsigelser mot standarden, fordi den innebar at EF-domstolen, og ikke bare de nasjonale domstolene, kunne overprøve avtaler inngått mellom arbeidsmarkedets parter på nasjonalt plan.⁷² Det er også mulig at standarden syntes å innebære en trussel mot autonomien til arbeidsmarkedets parter i medlemslandene ettersom innholdet i den ikke var klarlagt, og fordi ordlyden var vag.⁷³ Dermed ville det være vanskelig å vite om tariffavtalte vilkår tilfredsstilte kravene eller ikke. Ordlyden er like vag i det endelige utkastet.

⁷¹ Ahlberg og Bruun (2007) s. 37 flg.

⁷² Se Ahlberg (2007) s. 240.

⁷³ Hvilken trussel EF-domstolen kan være for den nasjonale kollektive arbeidsretten kom senere eksplisitt til syne i dommene om *Laval* og *Viking Line*. Dommene vil bli omhandlet senere i fremstillingen.

3.3.3 Reaksjoner på Kommissjonens forslag fra arbeidsgruppen i Rådet og fra ECOSOC⁷⁴

Arbeidsgruppen i Rådet møttes flere ganger sommeren 2002 for å gå igjennom Kommissjonens forslag.

Det ble derfor fra flere hold argumentert for at det ikke var balanse mellom artikkel 4 og artikkel 5, ettersom noen medlemsland måtte ta store skritt for å tilnærme sin lovgivning til artikkel 5, mens andre ikke ville trenge å gjøre noe for å ha en lovgivning i overensstemmelse med artikkel 4.⁷⁶ Flere medlemsland etterspurte en presisering av når restriksjoner mot innleie av arbeidskraft kunne opprettholdes etter direktivet. Frankrike, Italia og Luxembourg mente regelen i artikkel 4 ikke burde være med i direktivet i det hele tatt. Igjen er det slik at bakgrunnen for argumentene medlemslandene anførte, ligger i deres egen lovgivning. Frankrike har, som Norge, strenge vilkår for når en virksomhet kan leie *inn* arbeidskraft. Adgangen til å leie inn arbeidskraft er knyttet til adgangen til å ansette arbeidstakere på midlertidige kontrakter. Det heter i Art. L1242-1 i Code du travail⁷⁷ at "[u]n contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise".⁷⁸ I den etterfølgende bestemmelsen gis det et snevert unntak: "un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants", hvorpå det følger en rekke typetilfeller for når det er lovlig å inngå midlertidige kontrakter. Dette er interessant, både fordi det sier noe om hvorfor Frankrike reagerte på utformingen av artikkel 4, og fordi

⁷⁴ Den økonomiske og sosiale komite (ECOSOC) ivaretar interessene til de sosiale parter, det vil si arbeidsgivernes og arbeidstakernes organisasjoner, overfor EUs institusjoner. ECOSOC skal høres om økonomiske, arbeidsmarkedsmessige og sosiale saker, men kan avgi uttalelse om et hvilket som helst spørsmål. Se TEUF artikkel 300.

⁷⁶ Se Berg (2008) s.145 og Blanpain (1993) s. 263 om britisk lovgivning om utleie av arbeidskraft.

⁷⁷ Code du travail, Version en vigueur au 1er septembre 2009.

⁷⁸ Kan oversettes til: "en tidsbestemt arbeidskontrakt kan verken ha som formål eller som virkning å fylle et behov for arbeidskraft i den normale og permanente aktiviteten til virksomheten".

den franske lovgivningen på feltet er sammenlignbar med den norske.⁷⁹

I uttalelsen fra ECOSOC ble det understreket at direktivet måtte ha en bestemmelse om den nasjonale streikerett. ECOSOC pekte på betydningen av en slik bestemmelse ettersom artikkel 137 i EF-traktaten ikke tillater at direktivet inneholder et formelt forbud mot å erstatte streikende arbeidstakere med innleid arbeidskraft.⁸⁰

Likebehandlingsprinsippets utforming i Kommisjonens utkast innebar at det skulle være lik behandling mellom den innleide arbeidstakeren og en sammenlignbar arbeidstaker i virksomheten arbeidstakeren blir leid ut til. En slik utforming førte til at flere delegater stilte spørsmål ved hvordan man skulle finne den sammenlignbare arbeidstakeren.⁸¹ I land med tradisjon for tariffavtaler kan det til en viss grad la seg gjøre å sammenligne arbeidstakere, ettersom det til dels er detaljert regulering for ulike grupper av arbeidstakere. For land uten utbredelse av tariffavtaler, slik som Storbritannia, ville praktiseringen av prinsippet by på større problemer.⁸²

Det ble stilt spørsmål ved medlemslandenes mulighet til å avtale en "grace period" på seks uker, og faren for misbruk ble påpekt.⁸³ Om man skulle ha en slik unntaksperiode, og hvor lang den eventuelt skulle være, var av avgjørende betydning for virkningen av likebehandlingsprinsippet ettersom svært mange av bemanningsbyråansatte har korte oppdrag i innleievirksomhetene, i mange land er oppdrag ned til under en måned det normale.⁸⁴

⁷⁹ Om norsk regulering på feltet, se punkt 8.2.1.

⁸⁰ Se punkt 4.5.1 i uttalelsen fra ECOSOC.

⁸¹ Kommisjonens første utkast til direktiv om bemanningsbyråarbeid bygger på dette punktet på formuleringen til ikke-diskrimineringsprinsippet i direktivet om midlertidige ansettelser. Det er mulig delegatene fra Storbritannia derfor visste hvilke problemer de ville få med implementeringen av direktivet.

⁸² Se Ahlberg (2007) s. 227.

⁸³ *Ibid.*, s. 229. Storbritannia, Irland og Tyskland ville derimot ha mulighet til å avtale en lengre kvalifiseringsperiode.

⁸⁴ Fra COM(2002) 149 Finals. 27: "Assignments of agency workers to user enterprises are usually very short. ... In France and Spain very short assignments of less than a month are the norm. In contrast, in Sweden or Germany assignments are usually longer than one month, but hardly exceed six

ECOSOC kritiserte den vide adgangen til å avtale en ”grace period” i forslaget.⁸⁵ Det ble videre foreslått å ta inn en bestemmelse om at der en arbeidstaker blir utleid over landegrensene, burde den mest fordelaktige lovgivningen for arbeidstakeren gjelde.⁸⁶ Unntaksmuligheten som får anvendelse overfor de arbeidstakere som får lønn mellom oppdragene, burde etter ECOSOCs syn bare gjelde lønnsbetingelsene.⁸⁷

3.3.4 EP-komiteens betenkning og endringsforslag

Komiteen for sysselsetting og sosiale forhold behandlet Kommisjonens forslag. Behandlingen munnet ut i en betenkning som inneholder 54 forslag til endringer.⁸⁸ Begrunnelsene for endringene er flere. Komiteen ønsket at det ble bygget mer presist på det som kom frem under forhandlingene mellom arbeidsmarkedets parter, og på eksisterende EU og ILO-lovgivning om arbeidsutleie for å oppnå en konsekvent gjennomføring av direktivet.⁸⁹ Direktivet burde etter komiteens syn fokusere på en grunnleggende beskyttelse av bemanningsbyråansatte i tillegg til den beskyttelsen som gis med likebehandlingsprinsippet.⁹⁰

Om adgangen til å innføre eller opprettholde restriksjoner mot arbeidsleie het det at medlemslandene ”may, where justified, prohibit or restrict temporary agency work”.⁹¹ Det het videre at

months.... in the UK the majority of assignments lasts for less than 3 months.” For en oversikt over forholdene i Norge, se “Bemanningsbransjen - struktur, utvikling og rolle” på www.econ.no eller på www.bemanningsbransjen.no.

⁸⁵ Se uttalelsen fra ECOSOC punkt 5.1.5.3.

⁸⁶ *Ibid*, punkt 5.1.5.2.

⁸⁷ *Ibid*, punkt 5.1.5.1.

⁸⁸ A5-0356/2002, COM(2002) 149 final. Betenkningen ble levert til Rådet og Kommisjonen 23. oktober 2002.

⁸⁹ Dette gjaldt spesielt direktivene om deltidsarbeid og midlertidig ansettelse, samt direktivet om utstasjonering, og ILO-konvensjon C181 og henstilling R181 som ble vedtatt på den internasjonale arbeidsrettskonferanse i 1997.

⁹⁰ Se A5-0356/2002 s. 34 flg.

⁹¹ A5-0356/2002, endringsforslag 34.

“[t]he restrictions or prohibitions which could be maintained shall only be justified on grounds of the general interest regarding, in particular, the protection of temporary agency workers, the health and safety and other risks posed to certain groups of workers or sectors of economic activity, the proper functioning of the labour market and the need to prevent potential abuses.”⁹²

Uttalelsene fra komiteen synes å innebære et ønske om en strengere plikt for medlemslandene til å revurdere restriksjoner enn det innholdet i Kommisjonens første utkast tilsier. Formuleringen i betenkningen er svært lik den som finnes i det endelige utkastet. Den anførte begrunnelsen for endringen var at forbudene og restriksjonene mot å leie inn arbeidskraft skulle kunne opprettholdes for å være på linje med ILO 181 art. 2 nr. 4. Formuleringen bygget også på avtalen mellom CIETT og UNI-Europa.

Komiteen foreslo en endring av artikkel 5, noe som ville medføre en annen løsning for gjennomføring av likebehandlingsprinsippet. Det ble foreslått å endre teksten slik at formuleringen nå skulle bli:

”The basic working and employment conditions applicable to a temporary agency worker shall be at least those which apply or would apply to a worker directly employed by the user undertaking on a contract for the same duration, performing the same or similar tasks, taking into account qualifications and skills ...”⁹³

Endringen ble begrunnet med at likebehandlingen skal få anvendelse uansett om det faktisk finnes en sammenlignbar arbeidstaker i virksomheten som leier inn arbeidskraft. I motsetning til i det endelige utkastet ble det angitt eksplisitt at det skulle tas hensyn til den utleide arbeidstakerens kvalifikasjoner og ferdigheter.

Da forslaget til direktiv ble vurdert i Europaparlamentet 21. november 2002, utløste likebehandlingsprinsippet og unntaksmulighetene den mest intense debatten. Likebehandlingsprinsippet ble endret i tråd med forslaget fra EP-komiteen.⁹⁴ Det tyske unntaket, som gjaldt for arbeidstakere med fast lønn og tidsubegrenset arbeidsavtale, ble også endret. Unntaket skulle kun gjelde for lønn og lønnsrelaterte

⁹² *Ibid.*

⁹³ Se endring 38 i betenkningen.

⁹⁴ Ahlberg (2007) s. 234.

ytelser, men kunne på den annen side få anvendelse for både dem med fast ansettelse i bemanningsbyrået og for dem med andre typer kontrakter, forutsatt at de blir garantert tilstrekkelig lønn mellom oppholdene.⁹⁵ Det nordiske unntaket, der unntak fra likebehandlingsprinsippet kunne gjøres ved avtaler mellom arbeidsmarkedets parter, ble også endret. Endringen besto i at inngåelse av tariffavtaler skulle kunne skje uten medlemslandenes velsignelse, slik at adgangen til å inngå avtaler ville følge direkte av direktivet. Endringen ble også begrunnet i at innholdet i tariffavtalene ikke skal kunne bli overprøvd av EF-domstolen på det grunnlag at de utleide arbeidstakerne ikke gis en tilstrekkelig beskyttelse etter avtalen.⁹⁶

Europaparlamentets diskusjoner om utvalgets betenkning medførte 61 endringer.⁹⁷ Endringene var i tråd med betenkningen, og målet var også her å være i overensstemmelse med ILO-konvensjonen. EPs forslag til endringer innebar at medlemslandene skulle kunne opprettholde og innføre restriksjoner i adgangen til å leie inn og ut arbeidskraft, dersom disse var begrunnet i hensynet til *”the protection of temporary agency workers, the health, safety and other risks posed to certain groups of workers or sectors of economic activity, the proper functioning of the labour market and the need to prevent potential abuses”*.⁹⁸ I all hovedsak var det denne teksten det endelige utkastet fikk. Unntaksmuligheten stammer fra CIETT og UNI-Europas felles erklæring.⁹⁹ Det ble også foreslått at medlemslandene innenfor visse grenser kunne ha regulering knyttet til registrering, lisensiering og kontroll med bemanningsbyråbransjen.

⁹⁵ Endringsforslag 40 i betenkningen.

⁹⁶ Endringsforslag 41 i betenkningen.

⁹⁷ European Parliament legislative resolution on the proposal for a European Parliament and Council directive on working conditions for temporary workers (COM(2002) 149 – C5-0140/2002 – 2002/0072(COD))

⁹⁸ Forslagets artikkel 4(3) annet ledd.

⁹⁹ Se A5-0356/2002, begrunnelsen til endringsforslag 34.

3.4 *Kommisjonens endrede forslag og reaksjoner på det*

I Kommisjonens endrede forslag av 28. november 2002 ble 31 av Europaparlamentets 61 endringer videreført.¹⁰⁰ Artikkel 4 hadde fått tilbake ordlyden fra Kommisjonens første forslag, om at medlemslandene ” shall review any restrictions” på adgangen til å leie inn arbeidskraft. I det første forslaget var det angitt hvor ofte en slik vurdering skulle foretas, i det endrede forslaget finnes ikke slike uttalelser. Det betyr at dersom medlemslandene skulle finne restriksjoner, oppstilte Kommisjonen nå igjen et krav om at ”the Member States shall discontinue them”. Kommisjonen mente at den delen av direktivet som omhandlet fleksibilitet for arbeidsgiverne, burde styrkes. Utkastets innhold på dette punktet innebærer et press på enkelte medlemsland om å liberalisere lovgivningen sin.

I betenkningen fra EP-komiteen ble det foreslått å ta inn en bestemmelse i artikkel 4 som skulle sikre at arbeidstakere fra bemanningsbyråer ikke skulle kunne stilles til rådighet for virksomheter der arbeidstakerne er involvert i kollektive aksjoner. I Kommisjonens endrede utkast ble denne bestemmelsen flyttet fra artikkel 4 og frem til fortalen; det var dermed et skritt tilbake for bestemmelsens rettskildemessige status.¹⁰¹

Hvilke arbeids- og ansettelsesforhold som skulle få anvendelse i likebehandlingsprinsippet fikk et noe annet innhold, ettersom direktivet i kommisjonens endrede utgave skulle være ”without prejudice to national law as regards the definition of pay”. Hva som skal omfattes av lønn, skulle dermed et spørsmål for det enkelte medlemsland, og dette vil få betydning for rekkevidden av likebehandlingsprinsippet. Jo flere ytelser som omfattes av lønnsbegrepet for den ansatte i bemanningsbyrået, jo større betydning får prinsippet.

Da Rådet møttes 2. og 3. desember 2002, reagerte svenske, danske og finske delegater på at Kommisjonen hadde tatt inn igjen frasen i artikkel 5 nr. 3 om at arbeidslivets parter kunne inngå overenskomster ”under forutsetning av at de vikaransatte sikres en tilstrekkelig beskyttelse”. De samme argumentene ble anført igjen, om at dette utgjorde en trussel for autonomien til arbeidsmarkedets parter.

¹⁰⁰ Se COM(2002) 701 final.

¹⁰¹ Om den rettslige betydningen av fortaler, se Sejersted m.fl. (2004) s. 55.

Det mest problematiske punktet i direktivforslaget var igjen rekkevidden av artikkel 4, ettersom denne bestemmelsen ville by på implikasjoner i relasjon til nasjonal lovgivning og tariffavtaler, som for mange av medlemslandene inneholder begrensninger på adgangen til å leie inn arbeidskraft. Videre var likebehandlingsprinsippet fortsatt problematisk, og likeledes unntakene knyttet til det. Særlig var ”grace period”-unntaket et vanskelig punkt. Noen av medlemslandene mente det ikke hørte hjemme i direktivet, mens andre medlemsland ville ha en lenger kvalifiseringsperiode.¹⁰²

I perioden mellom desember i 2002 og desember i 2007 sto bemanningsdirektivet på Rådets møteagenda to ganger i 2003 og en gang i 2004. Temaene som ble diskutert var stort sett de samme som tidligere. Det skjedde med andre ord ikke mye, noe det er mulig at flere medlemsland var fornøyde med.¹⁰³

På en av de siste samlingene for Rådet i 2007, den 5. og 6. desember, hadde imidlertid det portugisiske formannskapet forberedt medlemslandene på at to direktiver ville bli behandlet sammen, nemlig revisjonen av arbeidstidsdirektivet¹⁰⁴ og bemanningsdirektivet.¹⁰⁵

3.5 Den tredje fasen – hestehandel på europeisk nivå

Rådet søkte å vedta et direktiv samtidig med endringen av et annet. Begge direktivene var gjenstand for mye uenighet. Det ene var bemanningsdirektivet, og det andre var et endringsforslag til direktivet om arbeidstid. Arbeidstidsdirektivet inneholder bestemmelser om tilretteleggelse av arbeidstiden. Det reviderte forslaget inneholdt bestemmelser som blant annet ville føre til at inaktiv ”on-call tid” (hvilende vakt) ikke skulle være med i arbeidstiden, og videre at maksimal arbeidsuke fortsatt skal være 48 timer med mindre den

¹⁰² Se Pres/2003/55, 2492nd Council meeting - Employment, social policy, health and consumer affairs. Brussels, 6 March 2003. Det ble også holdt møter i Rådet 2. og 3. juni 2003 og 4. oktober 2004 uten at problemene ble løst.

¹⁰³ Se blant annet Ahlberg (2007) s. 191.

¹⁰⁴ Europa Parlamentets og Rådets direktiv 2003/88/EF av 4. november 2003 (EUT L 299 af 18.11.2003, s. 9)

¹⁰⁵ Se pressemelding fra den 2837. samlingen i Rådet. Brussel, den 5.-6. desember 2007.

enkelte arbeidstaker godtar en lengre arbeidsuke. Ved en felles behandling av disse to omstridte direktivene oppsto det en mulighet for å finne løsninger som tok hensyn til både sikkerhet og fleksibilitet.

Da Rådet møttes 9. og 10. juni 2008 under det slovenske formannskapet, lyktes det å komme til enighet om utformingen av direktivene.

Det som var avgjørende for at man til slutt lyktes med å vedta et direktiv om bemanningsbyråarbeid, var den felles behandling det fikk med en revisjon av arbeidstidsdirektivet. For Storbritannia som hadde svært vanskelig for å svelge likebehandlingsprinsippet og de snevre unntaksmulighetene i artikkel 5, var det enklere å godta dette da de fikk friere rammer til arbeidstidsregulering i arbeidstidsdirektivet. Det kan også ha påvirket situasjonen at Storbritannia fikk sitt eget unntak i artikkel 5, nemlig i fjerde avsnitt der det bestemmes at unntak kan gjøres uten at medlemslandene må gå veien via kollektive overenskomster mellom arbeidsmarkedets parter.

I direktivet om bemanningsbyråarbeid var det sentrale elementet i kompromisset en balanse mellom å beskytte vikarbyråansatte og samtidig skape tilstrekkelig fleksibilitet på arbeidsmarkedet. Prinsippet om likebehandling av vikaransatte og fast ansatte skulle gjelde fra dag en. Det ble imidlertid gitt muligheter for å gjøre unntak fra dette enten via kollektive overenskomster eller der avtaler mellom arbeidsmarkedets parter kunne danne grunnlag for lovgivning på nasjonalt nivå.¹⁰⁶ Direktivets artikkel om likebehandlingsprinsippet inneholdt også en bestemmelse som tok sikte på å forebygge misbruk av derogasjonsmulighetene.

Artikkel 4 ga bestemmelser om at forbud og restriksjoner mot vikararbeid må tas opp til revisjon, og om at lovbestemte begrensninger på bruken av vikarbyråansatte kun kan gjøres ut fra allmenne hensyn.

¹⁰⁶ I Storbritannia inngikk arbeidstakersiden (TUC) og arbeidsgiversiden (CBI) en avtale som fraviker likebehandlingsprinsippet, før direktivet ble vedtatt. Avtalen innebærer at likebehandlingsprinsippet ikke vil få virkning for den utleide arbeidstakeren før etter 12 uker. Avtalen får avgjørende virkning for direktivet: "The Government is clear in its Consultation that the Directive will be implemented on the basis of this agreement", se Countouris and Horton (2009) s. 333.

Det som blant EUs arbeids- og sosialministre i Rådet ble behandlet som en samlet løsning, ble behandlet separat i Europaparlamentet.¹⁰⁷ Resultatet ble at det i Europaparlamentet ble tilstrekkelig flertall for bemanningsdirektivet, mens revisjonen av arbeidstidsdirektivet ikke fikk tilstrekkelige flertall.¹⁰⁸

3.6 Avsluttende betraktninger

Det kan gis ulike forklaringer på hvorfor direktivet til slutt ble vedtatt, og en del av forklaringen er gitt i kapittel 2. En viktig faktor er naturligvis at et tilstrekkelig flertall av medlemslandene så behovet for et direktiv på grunn av tiltakende utleie av arbeidskraft over landegrensene, slik at det ble nødvendig å koordinere hvilke standarder som skulle gjelde for de utleide arbeidstakerne. En annen faktor er den politiske vedtakelsesprosessen. De endrede reglene for hvordan direktiver kan vedtas, jf. punkt 3.1, i tillegg til den felles behandlingen av arbeidstidsdirektivet og av bemanningsdirektivet som det slovenske formannskapet foreslo var viktige for å få vedtatt direktivet. Avgjørende for at direktivet ble vedtatt er at flere av forholdene det pekes på var til stede til samme tid.

Gjennomgåelsen av vedtakelsesprosessen viser medlemslandenes ulike syn på lovgivning om arbeidsleie.¹⁰⁹ Den sier kanskje også noe om forholdet mellom Kommisjonen og Europaparlamentet. I Kommisjonens første utkast blir det kun pekt spesielt på at det er beskyttelse av arbeidstakere som kan begrunne forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft, men etter forslag fra EP-komiteen

¹⁰⁷ Spania, Belgia, Portugal, Malta, Kypros, Hellas og Ungarn stemte enten i mot eller unnlot å stemme for felles behandling.

¹⁰⁸ Dette er spesielt fordi "this was the first time that no agreement had been reached at the conciliation stage since the entry into force of the Amsterdam Treaty which significantly extended the scope of the codecision procedure". Se COD/2004/0209: 29/04/2009 - EP/Council: Conciliation committee, results.

¹⁰⁹ Det mest spesielle eksempelet på dette er den tyske holdningen. Tyskland vedtok lovgivning som tilsvarte innholdet i bemanningsdirektivet i løpet av vedtakelsesprosessen, men ønsket ikke å gi sin tilslutning til direktivet før man hadde tilfredsstillende erfaringer med virkningen av en slik type lovgivning i sin nasjonale lovgivning. Se Bercusson (2008b) s. 329.

åpnes det for en bredere vurdering av hva som kan begrunne inngrep i adgangen til å leie inn arbeidskraft. Det førte til at medlemslandene fikk større adgang til å regulere bransjen. ECOSOC på sin side viste til at medlemslandene også kan ha behov for å innføre ytterligere restriksjoner. Der ECOSOC var skeptisk til unntaksmulighetene fra likebehandlingsprinsippet, åpnet Kommisjonen for vide unntak fra prinsippet i begge omganger. EP-komiteen anførte at utleide arbeidstakere uansett, og fra første dag, burde sikres likebehandling knyttet til blant annet svangerskaps- og foreldrepermisjon. Unntaket som kunne gjøres via overenskomster, satte etter Kommisjonens forslag - tariffavtaler i fare for å bli overprøvd på grunn av innholdskravet, mens komiteen tok hensyn til arbeidsmarkedets parters autonomi i sitt forslag, ved ikke å stille krav til innholdet. Streikeretten fikk en mer fremtredende plass i komiteens forslag, det samme gjorde relasjonen til ILO-konvensjon 181.

Hvorvidt disse forskjellene mellom Europaparlamentet og Kommisjonen springer ut av Kommisjonens ønske om å få til kompromisser mellom Storbritannia og de kontinentaleuropeiske landene, bortsett fra Tyskland og Danmark, eller om Kommisjonen hadde sin egen agenda, er ikke godt å si. Dølvik og Ødegård viser til at Kommisjonen ofte har en avgjørende rolle i lovgivningsarbeidet i EU. De peker på at

“the Commission has normally been viewed as the key inter-institutional power-broker at the EU level, not least in contentious cases where agreement between the Council and the European Parliament has been required to achieve a winning majority. A significant weapon in the Commission pursuit of this role is its privilege to withdraw proposals”.¹¹⁰

Resultatet ble i alle tilfeller et direktiv som gir arbeidsgiverne mer fleksibilitet, og arbeidstakerne mindre sikkerhet, enn det mange i Europaparlamentet hadde sett for seg. Vedtakelsesprosessen av tjenstedirektivet viste til dels de samme holdningene i Kommisjonen og i Europaparlamentet, men resultatet ble et annet. Der Europaparlamentet fikk endret Kommisjonens utkast til tjenstedirektiv ved å ta ut ”country of origin”-prinsippet, slik at direktivet i mindre grad kolliderte med sosiale hensyn og beskyttelse av arbeidstakere, ble resul-

¹¹⁰ Dølvik og Ødegård (2009) s. 3.

tatet et annet for bemanningsdirektivets vedkommende. Her vant Kommisjonens arbeidsgivervennlige utkast frem. Spesielt utformingen av artikkel 4 i bemanningsdirektivet kan føre til at enkelte av medlemslandene må endre regler som omhandler beskyttelse av arbeidstakere. På den annen side var det Kommisjonens fortjeneste at det i det hele tatt ble vedtatt et direktiv.

Det har blant annet den fordelen for utleide arbeidstakere at det er innført et prinsipp om likebehandling. De ulike mulighetene til unntak kan imidlertid føre til en utvanning av den standarden som likebehandlingsprinsippet innebærer. I Storbritannia er det allerede forhandlet frem en avtale om unntak fra likebehandlingsprinsippet. Direktivet vil bli implementert med grunnlag i denne avtalen.¹¹¹

4 Rettsgrunnlag, formål og anvendelsesområde

4.1 Rettsgrunnlag

Direktivets rettsgrunnlag er EF-traktatens artikkel 137 annet ledd.¹¹² Her heter det blant annet at "the Council may adopt, in the fields referred to in paragraph 1(a) to (i), by means of directives, minimum requirements for gradual implementation, having regard to the conditions and technical rules obtaining in each of the Member States". Kompetansen er følgelig begrenset til å vedta minimumsdirektiver. I artikkelens første ledd heter det at "[w]ith a view to achieving the objectives of Article 136, the Community shall support and complement the activities of the Member States in the following fields ... working conditions". Rettsgrunnlaget innebærer at det kan vedtas minimumsdirektiver om blant annet arbeidsvilkår.

4.2 Formål

Artikkel 2 peker ut tre formål med direktivet. Det første er å sikre "the protection of temporary agency workers and to improve the quality of temporary agency work", noe som skal gjøres ved et prinsipp om likebehandling mellom bemanningsbyråansatte og de fast ansatte i inn-

¹¹¹ Countouris og Horton (2009) s. 333.

¹¹² Artikkel 137 i EF-traktaten tilsvarer TEUF artikkel 153.

leievirksomheten.¹¹³ Det andre formålet er å anerkjenne bemanningsbyråer som arbeidsgivere. Det tredje formålet er å “establish a suitable framework for the use of temporary agency work with a view to contributing effectively to the creation of jobs and to the development of flexible forms of working”. Behovet for et direktiv ble fra Kommissjonen begrunnet med at mer fleksibilitet i valg av ansettelsesform vil kunne føre til flere og bedre jobber.¹¹⁴ Det var stor uenighet i løpet av vedtakelsesprosessen om hovedformålet med direktivet skulle være beskyttelse av arbeidstakere som er ansatt i bemanningsbyrå, eller om det skulle være å utvikle mer fleksible former for ansettelseskontrakter. Med andre ord var det et spørsmål om hensynet til arbeidstakerne eller hensynet til (arbeids)markedet skulle veie tyngst.

Formålet i direktivet må forstås i sammenheng med formålet bak rettsgrunnlaget i traktaten.¹¹⁵ Det oppstilles i artikkel 136, og her er det også lagt vekt på arbeidsmarkedspolitiske mål: EU og medlemslandene ”shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions”.¹¹⁶ Ettersom både direktivet og rettsgrunnlaget legger vekt på bedre arbeidsforhold og på arbeidsmarkedshensyn, må formålet i direktivets endelige utkast sies å være flere, noe som kan føre til at det i visse situasjoner må foretas en avveining mellom de ulike hensynene.

Det at det er flere formål i direktivet, har sammenheng med at direktivet gir bestemmelser om både arbeidsvilkårene til utleide arbeidstakere og medlemslandenes adgang til å regulere innleie av arbeidskraft. Tilsvarende som for andre direktiver som både skal be-

¹¹³ Prinsippet om likebehandling vil bli behandlet i punkt 7.2 flg.

¹¹⁴ COM(2002) 149 Final, s. 2.

¹¹⁵ I Sak C-268/06 *Impact v Minister for Agriculture and Food and Others* [2008] EFD I-2483, avsnitt 112, tolkes § 4 i direktivet om midlertidige ansettelser delvis ut fra formålet bak direktivets rettsgrunnlag.

¹¹⁶ Dersom det kun var de arbeidsmarkedspolitiske målene som var formålet med direktivet, ville det vært mer passende at artikkel 126 i traktaten var rettsgrunnlag for direktivet. Målene som skal oppfylles i artikkel 126 er oppstilt i artikkel 125. Det heter at ”Member States and the Community shall, in accordance with this title, work towards developing a coordinated strategy for employment and particularly for promoting a skilled, trained and adaptable workforce and labour markets responsive to economic change”.

skytte arbeidstakere og fremme tjenesteytingen, for eksempel utstasjoneringdirektivet, vil direktivet ”sees som et uttrykk for et forsøk på å skape et enhetlig grunnlag for å løse de underliggende problemene og å forene motstående hensyn og interesser”.¹¹⁷

4.3 Anvendelsesområde

Artikkel 1 inneholder bestemmelser om direktivets anvendelsesområde. Et overordnet poeng er at ordlyden ikke krever at det skal foreligge et grenseoverskridende element, noe som betyr at det får anvendelse også for inn- og utleie av arbeidskraft innenfor et land.¹¹⁸

Artikkelens første ledd angir anvendelsesområdet for direktivet. Trekantforholdet mellom en arbeidstaker, et bemanningsbyrå og en innleievirksomhet er en forutsetning for at direktivet skal komme til anvendelse. Direktivet får anvendelse overfor

”workers with a contract of employment or employment relationship with a temporary work agency who are assigned to user undertakings to work temporarily under their supervision and direction”.¹¹⁹

Det må avgjøres hvordan de enkelte begrepene i denne bestemmelsen skal forstås.

Arbeidstaker er i direktivet definert som ”any person who, in the Member State concerned, is protected as a worker under national employment law”, jf. artikkel 3 første ledd bokstav a. Det avgjørende er følgelig hvordan arbeidstakerbegrepet er definert i de enkelte medlemsland.¹²⁰ Kjernen i arbeidstakerbegrepet er den samme i de

¹¹⁷ Evju (2006b) s. 7.

¹¹⁸ Innholdet i kravet til et grenseoverskridende element vil bli behandlet i punkt 5.3.

¹¹⁹ Se direktivets artikkel 1.

¹²⁰ Dette er forskjellig fra hvordan arbeidstakerbegrepet skal tolkes i relasjon til den frie bevegelse for arbeidstakere i traktatens artikkel 39. Her skal arbeidstakerbegrepet tolkes fellesskapsrettslig, jf. sak C-75/63 *Hoekstra* [1964] EFD 177. Kjernen i begrepet er det sammen som i norsk rett; det vesentlige er at en person i en viss periode ”presterer ytelser mot vederlag for en annen etter dennes anvisninger”. Se Sejersted m.fl. (2004) s. 340.

europæiske landene, begrepets ytterkanter kan imidlertid variere noe.¹²¹

Det oppstilles imidlertid en ramme for hvilket innhold medlemsstatenes arbeidstakerbegrep kan ha. I artikkel 3 annet punkt annet ledd heter det at

”Member States shall not exclude from the scope of this Directive workers, contracts of employment or employment relationships solely because they relate to part-time workers, fixed-term contract workers or persons with a contract of employment or employment relationship with a temporary work agency.”

Det er videre et vilkår at arbeidstakeren er ansatt i bemanningsbyrået, jf. ordlyden i artikkel 1 første ledd: ”workers with a contract of employment or employment relationship with a temporary work agency”. Det avgjørende er dermed ikke om partene har inngått en arbeidsavtale, eller hvordan denne er utformet, men hvordan arbeidsforholdet mellom arbeidstakeren og bemanningsbyrået faktisk er.

Bemanningsbyrå er i direktivets artikkel 3 b definert som

”any natural or legal person who, in compliance with national law, concludes contracts of employment or employment relationships with temporary agency workers in order to assign them to user undertakings to work there temporarily under their supervision and direction”.

Ordlyden, ”in order to assign them to user undertakings”, indikerer at direktivet bare får anvendelse overfor virksomheter som ansetter arbeidstakere i den hensikt å leie dem ut. En slik forståelse av bestemmelsen ekskluderer arbeidstakere som blir utleid fra virksomheter som ikke har som hovedformål å leie ut arbeidskraft fra direktivets anvendelsesområde.¹²² Innenfor visse bransjer er det vanlig å leie ut deler av arbeidsstokken ved lav ordretilgang, dersom det er muligheter for inntjening ved å leie den ut til andre virksomheter innenfor samme bransje. Skillet mellom virksomheter som har til formål å leie ut

¹²¹ Det gjelder for eksempel grensen mellom arbeidstaker og selvstendig næringsdrivende, mellom det å være arbeidstaker og det å arbeide i hjemmet, eller mellom det å være agent og det å være arbeidstaker. I Storbritannia er det for eksempel et skille mellom ”worker” og ”employee”.

¹²² Se Malmberg (2009) s. 10.

arbeidstakere, og virksomheter som i utgangspunktet driver med noe annet, finnes også i norsk rett.¹²³

Konsekvensen av definisjonen av bemanningsbyrå er også at direktivet ikke får anvendelse på formidling av arbeidskraft. Personalutvelgelse, ”headhunting” o.l., faller med andre ord utenfor direktivets virkeområde. I slike tilfeller finnes det ingen arbeidsavtale mellom formidleren og arbeidstakeren.¹²⁴ Hvor grensen mellom utleie av arbeidskraft og formidling av arbeidskraft går, er ikke alltid like klart. I grensetilfeller kan et moment være hvem som har det økonomiske ansvaret overfor arbeidstakeren.¹²⁵

Felles for definisjonen av bemanningsbyrå og innleieforetak er at ”[t]his Directive applies to public and private undertakings”, jf. artikkel 1 annet ledd. Det er ikke et krav at ”they are operating for gain”, jf. artikkel 1 annet ledd, men det er et vilkår at foretakene driver en økonomisk aktivitet. Direktivet får anvendelse både for fysiske og juridiske personer, noe som også gjelder både innleieforetakene og bemanningsbyråene, jf. artikkel 3 bokstav b og d.

Hva som videre ligger i begrepet innleieforetak, er definert i artikkel 3 d, der det heter at ”any natural or legal person for whom and under the supervision and direction of whom a temporary agency worker works temporarily” omfattes av begrepet. Det fremgår av denne bestemmelsen at det er et vilkår at innleievirksomheten skal lede og ha styringsretten over den utleide arbeidstakeren. Det gjør det for så vidt også i artikkel 3 e om hva som skal defineres som ”assignment”, der det heter at det er ”the period during which the temporary agency worker is placed at the user undertaking to work temporarily under its supervision and direction”. Det er ikke noen egen definisjon av hva som ligger i ”supervision and direction”. Det er imidlertid helt klart at det må avgrenses mot de tilfellene der en virksomhet betaler

¹²³ Se lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, heretter aml.) §§ 14-12 og 14-13. De norske reglene på området vil bli behandlet i punkt 8.2.1.

¹²⁴ I norsk rett er det et rettslig skille mellom arbeidsformidling og arbeidsutleie i arbeidsmarkedsloven § 25. Nærmere om arbeidsformidling, se Ot.prp. nr. 62 (2003-2004). Om lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) s. 35. Se også Evju (2003).

¹²⁵ Se Malmberg (2009) s. 11.

for en tjeneste der et foretak utfører et nærmere definert arbeid, uten at virksomheten har noen myndighet til å lede eller styre arbeidstakerne i foretaket.

Innleie av arbeidskraft må følgelig holdes adskilt fra de forhold der en entreprenør knytter til seg en underleverandør, selv om det også er visse likheter.¹²⁶ Det er vanlig i byggebransjen at hovedentreprenøren inngår kontrakt med en underentreprenør for at denne for eksempel skal sette opp stillas som skal brukes under selve bygningsarbeidet. Et annet alternativ for hovedentreprenøren kunne ha vært å leie inn arbeidskraft fra et bemanningsbyrå til å sette opp stillaset, men det ville hatt andre implikasjoner. I det første tilfellet vil det bestå et alminnelig kontraktsrettslig forhold mellom hovedentreprenør og underentreprenør, der hovedentreprenør betaler et vederlag for en på forhånd nærmere angitt ytelse. Underentreprenøren vil stå for verktøy, stillaset, ha ledelsen over sine arbeidere og kunne styre arbeidet fritt innenfor de rammer som ligger i kontrakten. Der hovedentreprenøren leier inn arbeidskraft fra et bemanningsbyrå, vil han ha styringsretten over den innleide arbeidskraften, men han må stå for verktøy, stillas, m.v., selv. I det første tilfellet vil det i større grad foreligge en resultatforpliktelse, selv om det også for disse tilfellene delvis kan innebære innsatsforpliktelser, mens det for den innleide arbeidskraften foreligger rene innsatsforpliktelser. Som nevnt ovenfor er imidlertid grensen mellom bruk av innleid arbeidskraft og bruk av underleverandør ikke alltid like lett å trekke opp.¹²⁷

5 Artikkel 4 og forholdet til tjenestereglene.

5.1 Innledning

Artikkel 4 gir rammene for medlemslandenes mulighet til å sette begrensninger for virksomheters adgang til å leie inn arbeidskraft.¹²⁸ Be-

¹²⁶ Se Blanpain (1993) s. 6. Se også høringsnotat av 22. desember 2006, s. 14.

¹²⁷ Grensen er ikke alltid klar, og ett kontraktsforhold kan bestå av både resultat- og omsorgsforpliktelser. Se Hagstrøm (2002) s. 115 flg. og Blanpain (1993) s. 7 punkt 16.

¹²⁸ Slike begrensninger kan enten settes i adgangen til å leie inn arbeidskraft, men også i adgangen til å leie ut arbeidskraft; resultatet vil bli det samme.

stemmelsen er formulert som en unntaksbestemmelse, uten at det gis et utgangspunkt først. Det oppstilles en norm der forbud og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft kun kan begrunnes i nærmere angitte hensyn. Hensynene er ”general interest relating in particular to the protection of temporary agency workers, the requirements of health and safety at work or the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented”. De sentrale spørsmålene er dermed hva som er en restriksjon etter artikkel 4, og hva som er innholdet i og rekkevidden av de hensynene som kan begrunne forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft. Disse spørsmålene har en side til tjenestereglene. Restriksjonsbegrepet er utviklet gjennom praksis i tilknytning til reglene om de fire friheter. Det samme gjelder for de hensyn som kan gjøre inngrep i frihetene.

5.2 Forholdet mellom artikkel 4 og tjenestereglene

Mellom tjenestereglene i traktaten og artikkel 4 i bemanningsdirektivet er det nær sammenheng. Det kan sies med Bercusson og Bruun at ”[t]emporary agency work links the performance of work within the framework of an employment contract between the employer and employee with the provision of services within the framework of a commercial contract”.¹²⁹ Sammenhengen mellom direktivet og tjenestereglene blir også understreket i punkt 22 i fortalen til direktivet.

Utleie av arbeidskraft går inn under traktatens tjenestebegrep.¹³⁰ I de tilfeller utleie av arbeidskraft inneholder et grenseoverskridende element, kommer traktatens tjenesteregler til anvendelse. I slike situasjoner må artikkel 4 forstås i sammenheng med tjenestereglene.¹³¹

Et spørsmål for seg er om artikkel 4 må forstås ut fra tjenestereglene uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende ele-

¹²⁹ Ahlberg (2007) s. 263.

¹³⁰ Se TEUF artikkel 57, og sak 279/80 *Criminal proceedings against Alfred John Webb*, avsnitt 9.

¹³¹ Se Bull (2001) s. 82 om forholdet mellom primærrett og sekundærrett: ”Dette over/underordningsforholdet er imidlertid ikke bare et spørsmål om hjemmel og gyldighet. Vel så viktig er det at all sekundærlovgivning må tolkes ut fra en forutsetning om at den ikke innebærer unntak fra de rettigheter til grenseoverskridende aktivitet som følger av traktatreglene om de fire friheter.”

ment eller ikke.¹³² Restriksjonsbegrepet i artikkel 4, må forstås i sammenheng med tjenesterettens restriksjonsbegrep, i alle fall ved transnasjonal utleie av arbeidskraft. Det samme gjelder for innholdet i og rekkevidden av de hensyn som kan begrunne forbud mot og restriksjoner på anvendelse av innleid arbeidskraft i artikkel 4.

5.3 *Kravet til et grenseoverskridende element*

Reglene om fri bevegelighet for varer, tjenester, kapital og arbeidstakere oppstiller et krav om et grenseoverskridende element, jf. blant annet ordlyden i artikkel 56: "... nationals of Member States who are established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended". Ordlyden indikerer også at det må foreligge et grenseoverskridende element mellom to medlemsland. Et grenseoverskridende element mellom et medlemsland og et tredjeland er dermed ikke tilstrekkelig for at reglene om de fire friheter skal komme til anvendelse. Kravet til grenseoverskridende element har også blitt understreket av EF-domstolen i *Debaue*, der domstolen fremholdt at "the provisions of the Treaty on freedom to provide services cannot be applied to activities whose relevant elements are confined within a single Member State".¹³³

Det kan spores en utvikling i retning av at domstolen i større grad fokuserer på mobiliteten og tilgjengeligheten av tjenesten som omhandles, heller enn å legge vekt på personen eller virksomheten som tilbyr eller mottar tjenesten.¹³⁴ Videre er det ikke nødvendig at tjenesteyteren og mottakeren er etablert i forskjellige stater, dersom tjenesten utøves i en annen stat.¹³⁵ Det kan for eksempel være at bemanningsbyrået og innleievirksomheten er etablert i et land, mens den utleide arbeidskraften utfører arbeid for innleievirksomheten i et

¹³² Se punkt 5.6.

¹³³ Sak C-52/79 *Procureur du Roi v Marc J.V.C. Debaue and others* [1980] EFD 833, avsnitt 9. Se også sak C-97/98 *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson* [1999] EFD I-7319, avsnitt 43 og 44.

¹³⁴ Se sak C-17/00 *de Coster v Collège des bourgmestre et échevins de Watermael – Boitsfort* [2001] EFD I-9445, og *Craig and de Burca* (2007) s. 817 flg., med videre henvisninger til *Hatzopoulos* (2000) s. 43–82.

¹³⁵ Se blant annet sak C-55/98 *Skatteministeriet v Bent Vestergaard* [1999] EFD I-7641.

annet land. Domstolen har også lagt til grunn at det ikke hindrer anvendelse av tjenestereglene at en virksomhet etablerer seg i en annen stat enn den opprinnelige etableringsstaten, for så å komme inn under mildere regler i den annen stat, slik at den derfra kan drive virksomhet mot det opprinnelige hjemlandet.¹³⁶ Det kan være aktuelt for bemanningsbyråer å etablere seg i land med mildere arbeidsmiljølovgivning, for så å tilby arbeidskraft i det opprinnelige etableringslandet.

Dommen i *Viking Line*¹³⁷ viser at det skal svært lite til før en sak anses å ha grenseoverskridende elementer slik at reglene om de fire friheter kommer til anvendelse.¹³⁸ Fagforeningen til finske sjømenn truet med at de ville kunne gå til arbeidskamp mot de finske arbeidsgiverne dersom rederiet flagget ut et skip fra Finland til Estland. Det eneste grenseoverskridende elementet som forelå, var den foreslåtte utflaggingen av det aktuelle skipet fra Finland til Estland. Det var tilstrekkelig for domstolen til at forholdet kunne bedømmes under artikkel 43.¹³⁹ Tolkningen har anvendelse også utenfor maritime situasjoner.¹⁴⁰

5.4 Restriksjonsbegrepet i tjenestereglene

Restriksjonsbegrepet har fra vedtakelsen av traktaten utviklet seg i retning av å bli videre og videre.¹⁴¹ I dag omfatter begrepet alle tiltak – diskriminerende eller ikke – som potensielt kan hindre eller gjøre

¹³⁶ Sak C-23/93 *TV 10 v Commissariaat voor de Media* [1994] EFD I-4795, avsnitt 15 og 16.

¹³⁷ Sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* [2007] EFD I-10779.

¹³⁸ Evju (2009a) s.125.

¹³⁹ TEUF artikkel 49.

¹⁴⁰ Se Evju (2009a) s.125. Se også sak C-60/00 *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department* [2002] EFD I-6279 om hvor lite som skal til før virksomhet anses å ha en grenseoverskridende dimensjon.

¹⁴¹ Se utviklingen av begrepet i sakene C-15/78 *Société générale alsacienne de banque SA v Walter Koestler* [1978] EFD 1971, C-33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] EFD 1299, og C-76/90 *Säger v Dennemeyer & Co. Ltd* [1991] EFD 421, avsnitt 12.

virksomheten til tjenesteyteren mindre attraktiv.¹⁴² I dommen om *Säger*, der spørsmålet for domstolen var om det stred mot tjenestereglene at nasjonale regler krevde at visse typer av tjenesteyting var forbeholdt patentagenter, ble det uttalt om artikkel 49¹⁴³ at

”not only the elimination of all discrimination against a person providing services on the ground of his nationality 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, when it is liable to prohibit or otherwise impede the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services”.¹⁴⁴

Slike synspunkter har blitt fulgt opp senere i en rekke dommer og har gjort restriksjonsbegrepet innenfor tjenesteretten svært vidt.¹⁴⁵ Tiltak kan anses for å være restriksjoner selv om de ikke er rettet mot eller har spesiell virkning for utenlandske tjenesteytere.¹⁴⁶ Domstolen har ut fra dette i enkelte saker meget raskt konstatert at det foreligger en restriksjon, uten å ta veien om hvorvidt det er direkte eller indirekte diskriminering.¹⁴⁷ Det skal med andre ord lite til for at man har å gjøre med en restriksjon etter tjenestereglene.¹⁴⁸

¹⁴² Barnard (2004) s. 357 flg.

¹⁴³ EFT artikkel 49 tilsvarete TEUF artikkel 56.

¹⁴⁴ C-76/90 *Säger v Dennemeyer & Co. Ltd* [1991] EFD 421, avsnitt 12.

¹⁴⁵ Barnard (2007) s. 376 og C-49/98 *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda*, avsnitt 28.

¹⁴⁶ Sejersted m.fl. (2004) s. 444, se også Craig and de Búrca (2007) s. 831 flg. og Barnard (2007) s. 273. For rettspraksis, se blant annet C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler* [1994] EFD I-1039.

¹⁴⁷ C-131/01 *Commission of the European Communities v Italian Republic* - [2003] EFD I-1659.

¹⁴⁸ En slik avgrensning som domstolen innførte for reglene om fritt varebytte, Keck-doktrinen, er ikke innført for tjenestereglene. Om Keck-doktrinen, se forente saker C-267/91 and C-268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard* [1993] EFD I-6097. Om forholdet mellom Keck-doktrinen og tjenestereglene, se Syrpis (2007) s. 103 flg.

Det har også blitt illustrert en rekke ganger på tjenestearbeidsmarkedet.¹⁴⁹

I sakene *Laval* og *Viking Line* ble det også konstatert at kollektive aksjoner kan utgjøre restriksjoner, noe som har betydning for forholdet mellom punkt 20 i fortalen til bemanningsdirektivet og artikkel 4.¹⁵⁰

5.5 Unntak – lovlige restriksjoner. Læren om tvingende allmenne hensyn

5.5.1 Innledende om tvingende allmenne hensyn

Restriksjoner på den frie bevegeligheten av blant annet tjenester kan innføres eller opprettholdes dersom de kan begrunnes ut fra læren om tvingende allmenne hensyn. Tiltak som verken diskriminerer direkte eller indirekte, kan begrunnes i en lang rekke formål.¹⁵¹ Vilkårene for øvrig er at tiltaket er egnet til å nå det aktuelle formålet og at det er proporsjonalitet mellom det inngrep som gjøres i den frie bevegelighet og det som oppnås med tiltaket.¹⁵²

Det kan sies generelt om unntaksmulighetene at lovgivers intensjon med tiltakene ikke er avgjørende for om de anses forenlige med EU-retten, noe som også gjelder for tiltak som vurderes som restriks-

¹⁴⁹ Se blant annet sakene C-272/94 *Criminal proceedings against Michel Guiot and Climatec SA*, [1996] EFD I-1905, sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix*, [2004] EFD I-9553, sak C-164/99 *Portugaia Construções Lda*, [2002] EFD I-787, sak C-165/98 *Criminal proceedings against André Mazzoleni*, [2001] EFD I-2189.

¹⁵⁰ Se sakene C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] EFD I-11767 og sak C-438/05 *Viking Line* (se note 137).

¹⁵¹ Tiltak som diskriminerer direkte eller indirekte kan kun begrunnes i de lovfestede unntakshjemlene i artikkel 55, jf. artiklene 45-48 i traktaten. Unntaksadgangen i disse bestemmelsene er svært snever.

¹⁵² I tillegg oppstilles det enkelte andre krav, blant annet at restriksjonen må gjelde for alle tjenesteytere og mottakere. Se blant annet Se sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG* [2004] EFD I-9553, avsnitt 34. Se imidlertid Stensvik (2007) s. 14-15. Se også sak C-272/94 *Criminal proceedings against Michel Guiot and Climatec SA, as employer liable at civil law* [1996] EFD I-1905, avsnitt 17.

sjoner etter artikkel 4. Det heter i saken *Finalarte* at “[h]owever, 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”.¹⁵³ Det må bygges på en objektiv vurdering. Spørsmålet er hvilken effekt tiltaket faktisk har.¹⁵⁴

5.5.2 Beskyttelse av arbeidstakere som tvingende allment hensyn

Beskyttelse av arbeidstakere er godtatt av domstolen som et tvingende allment hensyn. Det fremgår av en rekke dommer.¹⁵⁵

Det kan stilles spørsmål ved hvilke arbeidstakere som kan beskyttes ut fra læren om tvingende allmenne hensyn. Spørsmålet har betydning fordi det er bestemmende for hva slags hensyn som kan begrunne forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft.

Utstasjonerte arbeidstakere og vertslandets arbeidstakere vil ikke alltid ha sammenfallende interesser. Et høyt beskyttelsesnivå for arbeidstakere kan gagne interessene til arbeidstakerne i vertslandet mer enn de utstasjonerte arbeidstakere. Virkningen av et høyt beskyttelsesnivå kan være at vertslandets arbeidstakere ikke blir priset ut av markedet på grunn av billigere arbeidskraft fra land der lønnsnivået er

¹⁵³ Forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 til C-54/98 og C-68/98 til C-71/98 *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda*, (C-49/98), *Portugaia Construções Lda*, (C-70/98) and *Engil Sociedade de Construção Civil SA* (C-71/98) og *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft and Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft v Amilcar Oliveira Rocha*, (C-50/98), *Tudor Stone Ltd*, (C-52/98), *Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Lda*, (C-53/98), *Turiprata Construções Civil Lda*, (C-54/98), *Duarte dos Santos Sousa* (C-68/98) og *Santos & Kewitz Construções Lda* (C-69/98), [2001] EFD I-7831, avsnitt 40.

¹⁵⁴ Se Evju (2006b) s. 21.

¹⁵⁵ Se sak C-49/98 *Finalarte* avsnitt 33 og C-369/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL* (C-369/96) and *Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL* (C-376/96) [1999] EFD I-8453, avsnitt 36 med videre henvisninger.

lavere, samtidig som det kan gjøre det vanskeligere for utenlandske tjenestetilbydere å få kontrakter i det aktuelle landet.¹⁵⁶

Utgangspunktet er at beskyttelse av arbeidstakere generelt er godtatt som et tvingende allment hensyn, men i de dommene som omhandler forholdet mellom en begrensning i tjenestefriheten og tiltak som skal beskytte arbeidstakere, har domstolen fokusert på de utstasjonerte arbeidstakerne. Domstolen uttaler for eksempel i *Portugaia Construções Lda* at “[i]t is ... for the national court to check whether, viewed objectively, the rules in question in the main proceedings promote the protection of posted workers”.¹⁵⁷ Domstolen har tatt et tilsvarende utgangspunkt i flere andre saker.¹⁵⁸ Et slikt utgangspunkt innebærer at der de utstasjonerte arbeidstakerne allerede er beskyttet av tilsvarende regler i hjemlandet, vil tiltaket ikke være lovlig, noe som har sammenheng med proporsjonalitetsvurderingen som behandles i neste punkt.

Det er imidlertid én sak der domstolen går lenger enn å akseptere beskyttelse bare av de utstasjonerte arbeidstakerne. I dommen *Wolff & Müller* uttaler domstolen at

“[i]nasmuch 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 capable of justifying a restriction on freedom to provide services”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Stensvik (2007) s. 11: ”Som nevnt ... er veien mellom motvirkning av sosial dumping og proteksjonisme kort, og skillene kan være uklare.”

¹⁵⁷ Se sak C-164/09 *Portugaia Construções Lda* [2002] EFD I-787, avsnitt 28, med videre henvisninger.

¹⁵⁸ Se blant annet forente saker 62 og 63/81 *Société anonyme de droit français Seco and Société anonyme de droit français Desquenne & Giral v Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité* [1982] EFD 223, sak C-43/93 *Raymond Vander Elst v Office des Migrations Internationales* [1994] EFD I-3803, sak C-272/94. *Criminal proceedings against Michel Guiot and Climatec SA* [1996] EFD I-1905 og sak C-341/02 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2005] EFD I-2733, avsnitt 24.

¹⁵⁹ Sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix* [2004] EFD I-9553, avsnitt 41.

Det er mulig slike tiltak vil favne videre enn et vern kun for arbeidstakere som er utstasjonerte, slik at tiltakene i større grad vil kunne begrunne beskyttelse av vertslandets arbeidstakere. Hvordan slike tiltak konkret kan se ut, er imidlertid ikke godt å si.¹⁶⁰

Den sistnevnte dommen illustrerer også poenget om forholdet mellom beskyttelse av vertslandets arbeidstakere og utstasjonerte arbeidstakere. Regler som skal beskytte arbeidstakere, gjelder nasjonalt, og det er ikke uforenlig med EU-retten å gi dem anvendelse også overfor utenlandske tjenestetilbydere. Det er i utgangspunktet i overensstemmelse med tjenestereguleringene å sikre at utstasjonerte arbeidstakere får de samme lønns- og arbeidsvilkårene som vertslandets arbeidstakere har krav på.¹⁶¹

Utleie av arbeidskraft er en form for utstasjonering i de tilfeller der det foreligger et grenseoverskridende element. I saken mellom *Webb* og den nederlandske påtalemyndighet, der spørsmålet for EF-domstolen var om nederlandske krav til bemanningsbyråer kunne opprettholdes, ble det uttalt at:

”[i]t must be noted in this respect that the provision of manpower is a particularly sensitive matter from the occupational and social point of view. Owing to the special nature of the employment relationships inherent in that kind of activity, pursuit of such a business directly affects both the relations on the labour market and the lawful interests of the workforce concerned.”¹⁶²

I tillegg til at domstolen anerkjenner tiltak som beskytter arbeidstakere selv om de fungerer som restriksjoner på en av de fire friheter, har domstolen altså uttalt at utleie av arbeidstakere er et område der det må tas spesielle hensyn. Utslag av dette finnes i de hensyn som kan begrunne restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft i artikkel 4, i likebehandlingsprinsippet i artikkel 5 og i utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 nr. 9. I saken om *Webb* nevnes også virkningen

¹⁶⁰ I en senere dom, C-244/04 *Commission v. Germany* [2006] EFD I-885, avsnitt 61, kommer domstolen inn på tiltak for å hindre sosial dumping, men lar det ikke passere som et tvingende allment hensyn.

¹⁶¹ Se Evju (2006b) s. 20.

¹⁶² Sak C-279/80 *Criminal proceedings against Alfred John Webb* [1981] EFD 3305, avsnitt 18.

utleie av arbeidskraft har for arbeidsmarkedet, et hensyn som finnes i artikkel 4.

5.5.3 Kravet til proporsjonalitet

Under punkt 5.4 ble det konkludert med at både det å innføre eller opprettholde tiltak som begrenser muligheten til å leie inn arbeidskraft, og det å ha regler som forbyr adgangen til å erstatte streikende arbeidstakere med innleid arbeidskraft, utgjør restriksjoner etter tjenestereglene i traktaten. Dersom tiltakene er begrunnet i et tvingende allment hensyn, for eksempel beskyttelse av arbeidstakere, er det likevel mulig de kan opprettholdes. Forutsetningen er at tiltakene er proporsjonale. Spørsmålet er hva som er innholdet i et slikt krav. Innholdet vil legge rammene for hvilke restriktive tiltak medlemslandene kan innføre på anvendelsen av innleid arbeidskraft uten å komme på kant med tjenestereglene.

Proporsjonalitetskravet har to hovedelementer. For det første må tiltaket være egnet til å nå det formålet som tiltaket er begrunnet med. For det andre må tiltaket ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet.¹⁶³ Kravet til egnethet blir som oftest ikke utsatt for judisiell overprøving; medlemslandene har som regel funnet et tiltak som er egnet til å nå formålet.¹⁶⁴ Det avgjørende blir som regel vurderingen av om tiltaket går lenger enn nødvendig.¹⁶⁵ Denne vurderingen er igjen sammensatt. For det første må tiltaket ikke gripe mer inn i den frie bevegelsen enn nødvendig for å oppnå formålet, det tiltaket som er minst mulig restriktivt skal benyttes.¹⁶⁶ For det andre har proporsjo-

¹⁶³ Se Sejersted m.fl. (2004) s. 454.

¹⁶⁴ Se likevel forente saker 62 og 63/81 *Société anonyme de droit français Seco and Société anonyme de droit français Desquenne & Giral v Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité* [1982] EFD 223, avsnitt 14.

¹⁶⁵ Sak C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] EFD I-4165, avsnitt 37: Tiltakene "must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it". Denne siden av proporsjonalitetskravet blir av og til kalt proporsjonalitetskravets funksjonelle side.

¹⁶⁶ Se blant annet forente saker C-369/96 og C-376/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and*

nalitetsvurderingen sammenheng med hvilket beskyttelsesnivå vertsstaten ønsker å oppnå med reglene.¹⁶⁷ Domstolen har vist seg å være tilbakeholden med å gripe inn fordi den mener beskyttelsesnivået er for høyt.¹⁶⁸ Det er bare i tilfelle av klar overbeskyttelse at domstolen griper inn. EF-domstolen har i flere saker uttalt at en regel ikke blir uproporsjonal alene fordi en annen medlemsstat har mindre strenge regler på det samme området.¹⁶⁹ Selv om et lavere beskyttelsesnivå fungerer i et medlemsland, kan følgelig et annet medlemsland ønske et høyere beskyttelsesnivå med de følger det får for bevegelsesfriheten. Domstolen krever imidlertid at beskyttelsesnivået skal være konsekvent gjennomført.¹⁷⁰

Videre må den interesse som vertslandet ønsker å beskytte, ikke allerede være tilstrekkelig sikret i arbeidstakernes hjemland, noe som innebærer et krav til reell fordel.¹⁷¹ Det kommer tydelig frem i dommen om *Arblade*, der domstolen uttaler at “it is necessary ... to establish whether that interest is already protected by the rules of the Member State in which the service provider is established”.¹⁷² Kravet til reell fordel er et spørsmål om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som skal sammenlignes, og et spørsmål om hvor stor forskjellen må være før det kan sies at arbeidstakerne får en reell fordel av tiltaket.

Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96) [1999] EFD I-8453.

¹⁶⁷ Det blir undertiden kalt proporsjonalitetskravets prinsipielle side.

¹⁶⁸ Se Bull (2001) s. 600.

¹⁶⁹ Se sakene C-309/99 *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, intervener: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap [2002] EFD I-1577, og sak C-294/00 *Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH v Kurt Gräbner* [2002] EFD I-6515. Sakene omhandler etableringsretten, men illustrerer likefullt poenget.

¹⁷⁰ Bull (2001) s. 603. Bull viser til sak C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* [1999] EFD I-1459, avsnitt 35, og sak C-215/87 *Heinz Schumacher v Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost* [1989] EFD 617, avsnitt 21.

¹⁷¹ Dette blir undertiden kalt dupliseringsforbudet. Se blant annet Bull (2001) s. 620.

¹⁷² Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade* [1999] EFD I-8453, avsnitt 39.

Gjenstanden for sammenligningen må i utgangspunktet være den enkelte regel eller vilkår som kan være i strid med proporsjonalitetskravet.¹⁷³ De fleste dommer som vurderer arbeids- og ansettelsesvilkår opp mot hverandre, bygger på et slikt utgangspunkt. Det kan imidlertid være slik at det enkelte vilkår eller den enkelte regel må vurderes i en større sammenheng.¹⁷⁴ I kravet til reell fordel ligger det et krav om en sammenligning mellom reglene i vertsstaten og i hjemstaten. Hvor stor forskjellen må være før arbeidstakerne får en reell fordel, er ikke godt å lese ut av rettspraksis. I dommen om *Finalarte* blir det fremholdt at dersom vertslandet regler kun fører til ”the same protection, or essentially similar protection”, vil tiltaket ikke innebære en reell fordel.¹⁷⁵ Det er klart at formelle eller tekniske ulikheter ikke får betydning.¹⁷⁶

Når det gjelder proporsjonalitetskravet ved kollektive aksjoner, har domstolen oppstilt en norm for slike situasjoner i dommen i *Viking Line*. Domstolen uttaler i avsnitt 81 at

“as regards the collective action taken by FSU, even if that action – aimed at protecting the jobs and conditions of employment of the members of that union liable to be adversely affected by the reflagging of the Rosella – could reasonably be considered to fall, at first sight, within the objective of protecting workers, such a view would no longer be tenable if it were established that the jobs or conditions of employment at issue were not jeopardised or under serious threat”.¹⁷⁷

Kollektive aksjoner der verken arbeidsplassene eller arbeidsforholdene er satt på spill eller blir alvorlig truet, er etter domstolens syn uproporsjonale og dermed i strid med tjenesteretten.

¹⁷³ Se Evju (2006b) s. 27.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Se forente saker C-49/98 m.fl. *Finalarte* [2001] EFD I-7831, avsnitt 45.

¹⁷⁶ Evju (2006b) s. 29.

¹⁷⁷ Se sak C-438/05 *Viking Line*.

5.6 *Blir tolkningen av artikkel 4 ulik avhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke?*

Et spørsmål er om artikkel 4 skal tolkes i overensstemmelse med tjenestereglene uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element. Spørsmålet har betydning fordi forståelsen av artikkel 4 kan bli ulik med og uten tjenestereglene som bakteppe for tolkningen. Spørsmålet har relevans for forståelsen både av artikkel 4 nr. 1 og av nr. 4.¹⁷⁸

Det klare utgangspunktet er at primærretten legger føringer for tolkningen av sekundærretten.¹⁷⁹ I forbindelse med tiltak for å overholde utstasjoneringsdirektivet, uttalte domstolen at

”[i]n applying that wide margin of appreciation they must however at all times observe the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty (Case C-390/99 *Grand Satélite Digital* [2002] EFD I-607, paragraphs 27 and 28 and Case C-71/02 *Karner* [2004] EFD I-0000 [nå I-3025], paragraphs 33 and 34) and, thus, in regard to the main proceedings, freedom to provide services.”¹⁸⁰

Rettspraksis om utstasjoneringsdirektivet har imidlertid begrenset verdi, ettersom dette direktivet kun gjelder i transnasjonale situasjoner, i motsetning til bemanningsdirektivet. Uttalelsene i dommen representerer likevel det klare utgangspunktet.

Domstolen har til stadighet uttrykt betydningen av at traktatens bestemmelser leses i overensstemmelse med hverandre, og at bestemmelser i direktiver leses i overensstemmelse med bestemmelser i traktaten.¹⁸¹ Det blir med andre ord ofte lagt vekt på integrasjons-

¹⁷⁸ I forbindelse med lov 19. juni 2009 nr. 103 om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) ble det i Ot.prp. nr. 70 (2008-2009) s. 22-23 og punkt 4.2.1 diskutert om tjenstedirektivet kun får *anvendelse* ved grenseoverskridende aktivitet. Der konkluderes det med at det i hvert fall ikke er ”naturlig, og ikke spesielt hensiktsmessig, at det skal gjelde forskjellige regler for etablering i Norge avhengig av om tjenesteyteren har norsk statsborgerskap eller primært er etablert i eller har nasjonalitet fra en annen EØS-stat.”

¹⁷⁹ Det kan imidlertid argumenteres med at domstolen i enkelte tilfeller har et annet utgangspunkt for tolkningen, se Evju (2009a) s. 127.

¹⁸⁰ Sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG* [2004] EFD I-9553, avsnitt 30.

¹⁸¹ Se Sjøfjell (2009) s. 173 med videre henvisninger.

hensyn.¹⁸² Domstolen har blant annet uttalt i dommen om *CILFIT* at “every provision of community law must be placed in its context and interpreted in the light of the provisions of community law as a whole, regard being had to the objectives thereof and to its state of evolution at the date on which the provision in question is to be applied”.¹⁸³ Det er videre lagt vekt på konsistens i regelverket. I dommen om *Albany* uttaler EF-domstolen om tolkningsresultatet sitt at “it therefore follows from an interpretation of the provisions of the Treaty as a whole which is both effective and consistent ...”.¹⁸⁴ Konsistens i regelverket taler for at direktivet skal tolkes likt uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke.¹⁸⁵

Dette er det generelle utgangspunktet. Hvordan er det så med direktivet?

I punkt 22 i fortalen fastslås det at direktivet ”should be implemented in compliance with the provisions of the Treaty regarding the freedom to provide services and the freedom of establishment”.¹⁸⁶ Det tas ikke eksplisitt forbehold om at det må foreligge et grenseoverskridende element for at tolkningen av direktivet skal være i overensstemmelse med tjenestereguleringene.

¹⁸² Se Sejersted m.fl. (2004) s. 42.

¹⁸³ Case 283/81 *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health* [1982] EFD 3415, avsnitt 20.

¹⁸⁴ Sak C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] EFD I-5751, avsnitt 60.

¹⁸⁵ I den kodifiserte versjonen av direktivet om beskyttelse av kalver er det inntatt en bestemmelse der medlemsstatene gis anledning til, ”in compliance with the general rules of the Treaty, maintain or apply within their territories stricter provisions for the protection of calves than those laid down in this Directive. They shall inform the Commission of any such measures”. (Council Directive 2008/119/EC of 18 December 2008 laying down minimum standards for the protection of calves (Codified version), article 11). Det betyr at konsistens og integrasjon noen ganger må vike for nasjonal selvbestemmelsesrett.

¹⁸⁶ I tjenstedirektivet, som i likhet med bemanningsdirektivet får anvendelse uten at det foreligger et grenseoverskridende element, heter det i artikkel 3 nr. 3 at ”Member States shall apply the provisions of this Directive in compliance with the rules of the Treaty on the right of establishment and the free movement of services”.

Sammenhengen mellom artikkel 4 i direktivet og tjenestereglene kommer tydelig til syne i bestemmelsenes ordlyd. Valget av ordbruk i artikkel 4 kan indikere at hva som anses som en restriksjon etter artikkel 4, er helt på linje med restriksjonsbegrepet i tjenestereglene. Det heter ”*restrictions on the use of temporary agency work*” i direktivet og ”*restrictions on freedom to provide services*” i traktaten. Valget av terminologi kan tale for at artikkel 4 skal tolkes likt, og i overensstemmelse med tjenestereglene, både i transnasjonale og nasjonale situasjoner.

Uttalelser fra vedtakelsesprosessen om forholdet mellom traktatretten og direktivet kan indikere at Kommisjonen ville synliggjøre tjenestereglens betydning for det å leie ut arbeidskraft. Det heter blant annet at ”it is necessary to pave the way to eliminate at Community level the existing restrictions and limitations to the use of temporary work which are no longer justifiable on grounds of the general interest and the protection of workers”, og videre at

“[g]uaranteeing minimum rights for temporary workers should enable restrictions to be lifted in future that were originally justified by a desire to protect the workers in question, it being understood that any restriction on the freedom to provide services must in any event be necessary and in proportion to the aim of such a measure.”¹⁸⁷

Ordlyden ”any event” kan forstås slik at det siktes til at kravene til nødvendighet og proporsjonalitet gjelder uavhengig av et grenseoverskridende element, slik at direktivet i alle tilfeller må tolkes i overensstemmelse med tjenestereglene.

Bull viser til juridisk teori der det er enighet om at ”[d]irektivenes bruk av begrepet ”almene hensyn” og lignende uttrykk ... bare [er] en henvisning til det innhold som dette begrepet har fått gjennom EFDomstolens rettspraksis om de generelle prinsippene om fri bevegelighet, ikke et begrep med et eget direktivspesifikt innhold”.¹⁸⁸ For at det skal kunne gjøres unntak i artikkel 4, kreves det ikke mer enn allmenne hensyn, som etter ordlyden er et noe mildere krav enn *tvung-*

¹⁸⁷ COM(2002) 149 final, s. 10-11 og 13.

¹⁸⁸ Bull skriver riktignok dette om direktiver som regulerer et annet område, finansielle tjenester, men det må antas å gjelde generelt for direktivers regulering av vertslandets reguleringsrett.

ende allmenne hensyn. Bull (2001 s. 46) forutsetter imidlertid ut fra EF-domstolens rettspraksis at det ikke er realitetsforskjell i de ulike uttrykkene som ofte brukes av EF-domstolen og av Kommisjonen, enten det er "allmenne hensyn", "tvingende allmenne hensyn", "tvingende samfunnsmessige hensyn", "alminnelig samfunnsmessig interesse", osv. En slik forståelse av direktivets begrep fører også til at direktivet må tolkes i overensstemmelse med tjenestereglene, uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke.

Den mest nærliggende tolkningen av artikkel 4 er at den viser til de prinsipper og begreper som er utviklet i primærretten, tjenestereglene og læren om de tvingende allmenne hensyn, og at direktivet må tolkes ut fra primærretten uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke.¹⁸⁹

6 Hvilke typer hensyn kan begrunne forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft?

6.1 Innledende om hensynene

Forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft kan, som nevnt i punkt 5.5 flg., begrunnes ut fra bestemte hensyn. Det er fire ulike hensyn som kan gjøres gjeldende som begrunnelse:

- Beskyttelse av ansatte i bemanningsbyråer
- Krav til helse og sikkerhet i arbeidet
- Å sikre at arbeidsmarkedet fungerer skikkelig, og
- Å hindre misbruk

Felles for unntakene er at det må være allmenne hensyn som taler for beskyttelse, jf. ordlyden "general interest relating in particular to" som det vises til før hensynene blir nevnt. Ordlyden i artikkel 4 kan forstås dit hen at "the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented" er ett hensyn som kan begrunne restriksjoner på innleie av arbeidskraft, men jeg behandler det som to adskilte hensyn. Arbeidsmarkedshensyn er noe annet enn det å hindre

¹⁸⁹ Ett spørsmål er tjenestereglenes rettslige betydning for tolkningen av artikkel 4, et annet spørsmål er om medlemslandene vil se seg tjent med å ha strengere lovgivning for bemanningsbyråer etablert på sitt territorium enn for bemanningsbyråer i andre medlemsland.

misbruk, selv om det også kan være nær sammenheng. Enkelte tiltak faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, jf. artikkel 4 nr. 4. Hvilke tiltak dette er og rekkevidden av hvilke tiltak som kan gjøres vil bli behandlet i punkt 6.2.

Vedtakelsesprosessen bidrar ikke til forståelse av hva ordlyden i unntakene innebærer. En formulering som ligner på den som kom med i det endelige utkastet, finnes først i Europaparlamentets betenkning av 23. oktober 2002, og hadde som begrunnelse at den skulle være i tråd med ILO-konvensjon 181 artikkel 4.¹⁹⁰ I Kommisjonens endrede forslag ble endringene fra betenkningen godtatt og tatt med i utkastet. Ut over begrunnelsen for endringsforslaget i betenkningen fra komiteen i Europaparlamentet gis det ikke holdepunkter for forståelsen av innholdet i unntakene. Fortalen gir heller ingen holdepunkter. Det som sies i punkt 18 i direktivets fortale, er det samme som det som står i artikkel 4. En kilde som imidlertid kan kaste lys over innholdet i ordlyden til unntakene, er som nevnt i punkt 5.2, tjenestereglene og læren om tvingende allmenne hensyn.

De opplistede hensynene som kan begrunne forbud mot og restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft, synes å være uttømmende regulert. Slik kan imidlertid ikke bestemmelsen forstås.¹⁹¹ Direktiver kan ikke tolkes slik at de endrer primærretten.¹⁹² Ordlyden ”justified only on grounds of general interest” åpner i og for seg for en rekke typer begrunnelser, selv om den viser til bestemte begrunnelser. Begrunnelsene det er vist til, må forstås som de hensyn det er mest nærliggende at kan begrunne tiltak som utgjør en restriksjon. I tillegg kan det være som Kommisjonen hevder, nemlig at likebehandlingsprinsippet fører til at det skal mye til for å finne begrunnelser ut over de som er nevnt i artikkel 4, som kan begrunne inngrep i den frie bevegelsen for tjenester.

¹⁹⁰ Endringsforslag 34. Se Countouris and Horton (2009) s. 336 om forholdet mellom ILO Convention 181 og artikkel 4 i direktivet.

¹⁹¹ Den samme diskusjonen har blitt ført i forbindelse med artikkel 16 i tjenstedirektivet. Se Barnard (2008) s. 367, og Evju (2009c) s. 259.

¹⁹² Se imidlertid Evju (2009a) s. 127: “Secondly, by starting from the Directive the Court apparently considered that the interpretation of the PWD would be of consequence to the construction of article 49 EC.” Se også Evju (2008b) s. 3.

Hensynene som kan begrunne restriksjoner, må følgelig ligge innenfor rammen av tjenestereglene, noe som betyr at de må tilfredsstillende læren om tvingende allmenne hensyn. Det innebærer at tiltaket i tillegg til å ligge innenfor de hensyn som angis i artikkel 4, må være egnet til å nå det formålet som tiltaket er begrunnet med, og heller ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå målet.

6.1.1 Beskyttelse av ansatte i bemanningsbyråer

Det første hensynet som kan begrunne forbud eller restriksjoner mot innleie av arbeidskraft, er i den engelske versjonen formulert på følgende måte: "the protection of temporary agency workers". En del av formålet med direktivet er å beskytte utleide arbeidstakere. Først og fremst skal likebehandlingsprinsippet og andre bestemmelser i artiklene 5 (og 6) sikre beskyttelsen av disse arbeidstakerne, men artikkel 4 legger også opp til at det kan gjøres inngrep i anvendelsen av innleid arbeidskraft dersom det er behov for ytterligere beskyttelse av den utleide arbeidskraften. Det er også i tråd med intensjonene i direktivets rettsgrunnlag.

Enkelte faktorer som er avgjørende for arbeidstakers beskyttelse, stiller seg annerledes i et trepartsforhold (arbeidstaker, innleieforetak og bemanningsbyrå) enn i et topartsforhold (arbeidsgiver, arbeidstaker).

Arbeidstakeren må for det første tjene interessene både til en oppdragsgiver og til en arbeidsgiver. Det er ikke uvanlig at en arbeidstaker må tjene fleres interesser, i et trepartsforhold vil det imidlertid alltid være en part ekstra. I tillegg vil det kunne være uklart om det er bemanningsbyrået eller innleieforetaket som er ansvarlig for arbeidsgiverpliktene. En slik deling av juridisk og faktisk arbeidsgiver kan gi grunnlag for ekstra beskyttelsestiltak som potensielt kan utgjøre restriksjoner.

For det andre vil ikke alltid faktorer som har betydning for jobb kvalitet være til stede på samme måte for arbeidstakere i trepartsforhold som for arbeidstakere i topartsforhold.¹⁹³ Særlig knyttet til utviklingsmuligheter (blant annet muligheter for organisert opplæring) og det å kunne delta i beslutninger som omhandler egen

¹⁹³ Olsen (2006) s. 407 flg.

arbeidshverdag, kan det være vanskeligere å oppnå det samme for ansatte i bemanningsbyråer.¹⁹⁴ Det er riktignok inntatt en oppfordring i direktivet om at medlemslandene og arbeidslivets parter skal arbeide for å forbedre bemanningsbyråansattes muligheter til opplæring, jf. artikkel 6 nr. 5. Ettersom kompetanse er en avgjørende faktor for å lykkes på arbeidsmarkedet, kan det være at direktivet må forstås slik at tiltak som omhandler medbestemmelse og rett til opplæring, må godtas selv om de potensielt kan fungere som restriksjoner.¹⁹⁵

Beskyttelse av ansatte i bemanningsbyråer kan også begrunne andre forbud eller restriksjoner mot innleie av arbeidskraft.

I utstasjoneringdirektivet artikkel 3 første punkt finnes en liste over arbeidsvilkår som er formulert som minimumskrav. Medlemslandene skal påse at alle utstasjonerte arbeidstakere på deres område blir sikret disse rettighetene.¹⁹⁶ Et av arbeidsvilkårene i listen er maksimal arbeidstid og minimum hviletid. Slike regler vil potensielt kunne utgjøre restriksjoner i anvendelsen av arbeidstakere fra bemanningsbyrå; idet reglene begrenser hvor mye den enkelte innleide arbeidstaker kan jobbe i innleievirksomheten. Det kan innvendes at i slike tilfeller vil innleievirksomheten leie inn flere arbeidstakere, men det er ikke gitt å finne en arbeidstaker med passende kvalifikasjoner og tilstrekkelig kjennskap til de oppgavene som skal utføres.

De øvrige punktene i listen, som blant annet minste antall feriedager per år, minstelønn og krav til overtidsbetaling, kan også

¹⁹⁴ Disse forskjellene kommer i tillegg til andre faktorer som har betydning for jobbkvalitet, nemlig jobbsikkerhet, lønn, variasjon m.v. Lønsspørsmålet er søkt løst med likebehandlingsprinsippet, mens jobbsikkerheten i hovedsak er lav på grunn av de midlertidige stillingene ansatte i bemanningsbyråer som oftest har.

¹⁹⁵ Bemanningsbyråene driver imidlertid med noe opplæring, men i mindre grad enn i andre arbeidsforhold. Se Econ-rapport (2009) s. 82.

¹⁹⁶ I punkt 7.8 flg. kommer jeg inn på forholdet mellom utstasjoneringdirektivet og bemanningsdirektivet. Her skal det bare nevnes at utstasjoneringdirektivet får anvendelse overfor blant andre “temporary employment undertaking or placement agency, hire out a worker to a user undertaking established or operating in the territory of a Member State, provided there is an employment relationship between the temporary employment undertaking or placement agency and the worker during the period of posting”, jf. artikkel 1 3. punkt bokstav c i utstasjoneringdirektivet.

potensielt utgjøre restriksjoner. Det er tiltak som beskytter arbeidstakere i bemanningsbyråer, men som kan utgjøre restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft.

I fortalen til bemanningsdirektivet heter det i punkt 22 at “[t]his Directive should be implemented ... without prejudice to Directive 96/71/EC“. Det må bety at tiltak basert på minimumskravene i utstasjoneringdirektivet, ikke kan bli vurdert som uforenlige med artikkel 4 i direktivet. Et direktiv som er vedtatt med hjemmel i artikkel 137 i traktaten, kan ikke forstås slik at det snevrer inn beskyttelsen av arbeidstakere etter utstasjoneringdirektivet. Innholdet i vilkårene i utstasjoneringdirektivet må samtidig være i overensstemmelse med de krav som oppstilles i læren om tvingende allmenne hensyn. Det samme gjelder for tiltak som begrunnes ut fra hensynene i artikkel 4, i hvert fall der det foreligger et grenseoverskridende element.

6.1.2 Krav til helse og sikkerhet i arbeidet

Krav til helse og sikkerhet i arbeidet eller på arbeidsplassen kan også begrunne tiltak som forbyr eller legger restriksjoner på innleie av arbeidskraft. En grunn for et slikt unntak kan være arbeidsplasser der det arbeides med farlige instrumenter/kjemikalier/verktøy osv., og der det kreves en spesiell kompetanse hos de som har å gjøre med de nevnte forholdene.

Uten tilstrekkelig kompetanse kan det for eksempel oppstå farlige situasjoner for arbeidstakeren som er direkte involvert i arbeidsprosessene, men også for kolleger i nærheten.

I direktivet om forbedring av helse- og sikkerhet på arbeidsplassen for midlertidig ansatte og utleide arbeidstakere er det flere forhold som i utgangspunktet kan innebære restriksjoner.¹⁹⁷ Reglene forbyr ikke det å leie inn arbeidskraft, men de kan virke som restriksjoner i dette henseende. Arbeidstakeres rett på informasjon om hvilken risiko som kan oppstå i arbeidet, hvilke kvalifikasjoner som kan kreves av arbeidstakeren, krav om opplæring, og krav om at

¹⁹⁷ Rådskdirektiv 91/383/EF av 25. juni 1991 om supplerings av målene for å oppnå forbedring av sikkerhet og sunnhet på arbeidsstedet for arbeidstakere som har en midlertidig ansettelse eller er utleid fra et bemanningsbyrå.

innleide arbeidstakere skal slippe å utføre arbeid som er særlig farlig for deres sikkerhet og helse m.v., vil potensielt kunne utgjøre restriksjoner. Det samme gjelder for utstasjoningsdirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav e, "health, safety and hygiene at work", som skal få anvendelse for alle utstasjonerte arbeidstakere. Det at disse kravene er oppstilt i andre direktiver som omhandler arbeid i bemanningsbyråer, tilsier at begrunnelsen for kravene ikke er i strid med artikkel 4. Imidlertid vil det alltid være spørsmål om hvor langt det er nødvendig å gå for å oppnå tilstrekkelig beskyttelse for arbeidstakerne; på et tidspunkt vil tiltak som anses som lovlig beskyttelse av arbeidstakere, gli over i tiltak som må anses som ulovlige restriksjoner etter artikkel 4. Slike tiltak må vurderes etter en avveining mellom de hensyn som ligger bak tjenestereglene og de hensyn som ligger bak artikkel 137.

6.1.3 Behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked

Krav som stilles for å sikre et velfungerende arbeidsmarked, kan begrunne tiltak som forbyr eller legger restriksjoner på innleie av arbeidskraft.

Arbeidsmarkedet er kort sagt tilbud og etterspørsel av arbeidskraft innen et geografisk område. Et velfungerende arbeidsmarked karakteriseres blant annet av tilgang på arbeid, effektiv kobling mellom arbeidssøker og arbeidsgiver, gode arbeids- og ansettelsesvilkår og lav avgang fra arbeidslivet til varige trygdeytelser. Arbeidsmarkedet baseres i hovedsak på en tilknytning direkte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Trepartskonstellasjonen mellom innleier, arbeidstaker og bemanningsbyrå vil ofte være en effektiv måte å koble arbeidssøkere til virksomheter med behov for arbeidskraft, men vil også i mange tilfeller være en utfordring for, og kanskje svekke, ordnede former for formidling og rekruttering, kompetansebygging, systemet med tillitsvalgte, samarbeidsformer, overholdelse av HMS-regler og bestemmelser om stillingsvern. Slike forhold kan i utgangspunktet ha bedre vilkår under en alminnelig toparts-konstellasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For stort omfang av utleie av arbeidskraft kan altså innebære et problem for arbeidsmarkedets funksjonsmåte.

Trepartsrelasjoner kan også føre til endringer i maktforholdet mellom arbeidstakere og arbeidsgivere. Det at arbeidstakeren arbeider

sammen med arbeidstakere som har en annen juridisk arbeidsgiver, kan føre til mindre samhørighet arbeidstakerne imellom, og kontakten mellom den utleide arbeidstakeren og arbeidsgiveren i innleieforetaket blir mer perifer. Det samme gjelder forholdet mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren i bemanningsbyrået. Ansatte i bemanningsbyråer har på bakgrunn av slike forhold færre muligheter til å forbedre arbeidsmiljøet der de faktisk har arbeidsdagen sin. Det kan sette bemanningsbyråansatte i en svak forhandlingsposisjon.¹⁹⁸ Arbeidsmarkedet er i de fleste medlemslandene basert på et system der arbeidstakerne og arbeidsgiverne forhandler med hverandre og inngår tariffavtaler. En utvanning av dette systemet vil svekke relasjonen mellom partene i arbeidslivet, og dermed en viktig forutsetning for samarbeid og tvisteløsning. Endring av maktbalansen mellom arbeidstakerne og arbeidsgiverne vil også føre til endringer på arbeidsmarkedet. Tiltak for å sikre dette systemet kan innebære restriksjoner på anvendelsen av innleid arbeidskraft, som kan begrunnes ut fra behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked.

Det samme gjelder for systemet med tillitsvalgte. Tillitsvalgte skal representere de ansatte i virksomheten, og dersom ikke hele arbeidsstyrken er ansatt i virksomheten, vil de tillitsvalgtes representativitet svekkes – arbeiderkollektivet mister slagstyrken. Det vil dermed bli vanskeligere å stille krav overfor arbeidsgiveren.

Kompetansebygging er en viktig faktor i dagens arbeidsmarked. En arbeidsgiver vil ofte finne det lønnsomt å investere i arbeidstakernes kompetanse. Ved innleie av arbeidskraft vil et slikt incentiv forsvinne for arbeidsgiveren; det vil ikke være lønnsomt å investere i de innleide arbeidstakerne. Dermed vil det være opp til bemanningsbyråene å heve kompetansen til sine ansatte.

Organisasjonsfriheten og streikeretten er to viktige forutsetninger for vårt arbeidsmarked. Det å gå til arbeidskamp for å få en tariffavtale med en arbeidsgiver, er for eksempel en legitim handling. En slik arbeidskamp vil ikke kunne være et egnet verktøy for å oppnå tariffavtaler hvis streikende arbeidstakere kan bli erstattet av innleid arbeidskraft. Regler som forbyr at streikende arbeidstakere erstattes av innleid arbeidskraft, vil utgjøre en restriksjon på anvendelsen av

¹⁹⁸ Se Olsen (2006) s. 393 med videre henvisninger.

innleid arbeidskraft. Her vil det bli spørsmål om hvor grensen går mellom det som må anses som lovlig arbeidskamp, og det som ender opp som tiltak i strid med artikkel 4.¹⁹⁹ Om noe skal bedømmes som forenlig med artikkel 4 eller ikke vil avhenge av to forhold. For det første blir det spørsmål om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke, og for det andre vil det avhenge av hvordan direktivet implementeres i norsk rett.

Der det foreligger et grenseoverskridende element, kommer tjenestereglene til anvendelse. I punkt 5.4 og 5.5.3 er det kort redegjort for at arbeidskamp faller inn under restriksjonsbegrepet og hvilken terskel som gjelder ved proporsjonalitetsvurderingen.

I sakene om *Laval* og *Viking Line* ble det slått fast at kollektive kampskritt i utgangspunktet kan anses som en restriksjon etter tjenestereglene.²⁰⁰ Punkt 20 i bemanningsdirektivets fortale relaterer seg ikke til kollektive aksjoner i seg selv, men til hvilke rettigheter en arbeidsgiver har som en konsekvens av at arbeidskraften hans forsvinner ut i streik. En kollektiv aksjon blir imidlertid virkningsløs om den skal kunne avhjelpes med innleid arbeidskraft. Sammenhengen er derfor så nær mellom en kollektiv aksjon og hvilke rettigheter arbeidsgiveren har i tilknytning til den, at slike tiltak vil måtte bedømmes under tjenestereglene. Det springende punkt blir dermed om streiken kan begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn, herunder kravet til proporsjonalitet.²⁰¹ Praksis fra EU-domstolen har ikke desto mindre anerkjent streikeretten som “a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law”.²⁰²

Adgangen til å gå til streik anerkjennes følgelig som et premiss for et velfungerende arbeidsmarked, men kan bli gjenstand for

¹⁹⁹ På samme måte som spørsmålet om hvordan det lovlig kan innføres regler om lønn med rettsgrunnlag i TEUF artikkel 153, kan det stilles spørsmål om hvordan det kan innføres regler om arbeidskamp til tross for begrensningen i artikkel 153 (5). Svaret ligger i at det ikke innføres bestemmelser for hele fellesskapet, det bestemmes bare at nasjonale regler skal kunne opprettholdes.

²⁰⁰ Sak C-341/05 *Laval* [2007] EFD I-11767, avsnitt 91- 96.

²⁰¹ Se sak C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 81.

²⁰² *Ibid.*, avsnitt 44.

judisiell overprøving. Vurderingstemaet er om bakgrunnen for streiken er at “the jobs or conditions of employment at issue [are] jeopardised or under serious threat”.²⁰³

I en nasjonal kontekst vil det være en mulighet kun å vurdere situasjonen ut fra direktivets tekst. Bestemmelsen i fortalens punkt 20 må i så fall vurderes opp mot bestemmelsen i artikkel 4. En så klar uttalelse i fortalen må kunne tolkes slik at den utgjør et tillegg til de øvrige unntakene i artikkel 4, til tross for at uttalelser i fortalen har lavere rettskildeverdi enn bestemmelsene i selve direktivteksten. Uttalelsen i fortalen kan eventuelt innfortolkes i unntaket som kan gjøres ut fra behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked.

En annen regel som skal sikre et velfungerende arbeidsmarked, er en regel om at en virksomhet ikke kan leie ut en arbeidstaker til en av arbeidstakerens tidligere arbeidsgivere før det har gått en viss tid siden arbeidstakeren sluttet hos denne.²⁰⁴ Regler av denne typen fungerer som en restriksjon på anvendelsen av det å leie inn arbeidskraft. Begrunnelsen ligger i ønsket om et arbeidsmarked der fast ansettelse er den alminnelige formen for ansettelse, slik at det oppstilles noen skranker mellom overgangen fra det å være fast ansatt til det å bli utleid til samme arbeidsgiver. Hvorvidt regler av denne typen kan opprettholdes, må på samme måte som i eksempelet over, avgjøres ut fra en konkret vurdering.

6.1.4 Forebygge misbruk

Tiltak som gjøres for å forebygge misbruk, kan lovlig innføres eller opprettholdes selv om de fungerer som restriksjoner eller forbyr anvendelsen av innleid arbeidskraft.

Som nevnt i punkt 6.1 henger dette hensynet nært sammen med behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked. Forskjellen er at det å forebygge misbruk handler om følgene av å være i en utleiesituasjon for den enkelte arbeidstaker, mens det å sikre et velfungerende arbeidsmarked handler om hvordan arbeidsmarkedet som helhet virker. Spørsmålet er hva slags følger for den utleide arbeidstakeren som kan karakteriseres som misbruk.

²⁰³ *Ibid.*, avsnitt 81.

²⁰⁴ En slik regel finnes i arbeidsmarkedsloven § 27 nr 2.

For det første kan det være å undergrave trygghet for andre arbeidstakere. Utgangspunktet er at faste ansettelse er å foretrekke fremfor midlertidige stillinger. EF-domstolen har i flere saker lagt stor vekt på betydningen av det å bli fast ansatt fremfor det å være midlertidig ansatt.²⁰⁵ Blant annet i saken mellom Werner Mangold og Rüdiger Helm, som omhandlet direktivet om midlertidige ansettelse og aldersdiskriminering, uttrykte domstolen at “the benefit of stable employment which, however, as the Framework Agreement makes clear, constitutes a major element in the protection of workers”.²⁰⁶

Det vil kunne være misbruk fordi innleie av arbeidskraft kan undergrave arbeidsmuligheter eller trygghet for arbeidstakere i ordinære arbeidsforhold eller for arbeidssøkere, jf. fortalens punkt 15. Dette vil være misbruk i relasjon til den delen av arbeidsstokken som er fast ansatt eller arbeidssøkende.

Arbeidstakere i bemanningsbyråer har ofte mindre forutsigbarhet enn andre arbeidstakere hva angår hvilken mengde av arbeid som kan forventes. Bemanningsbyråene har ingen formidlingsplikt for sine ansatte, og heller ingen plikt til å etablere systemer for en bestemt fordeling av de oppdragene de får. Ansatte i bemanningsbyråer kan risikere å ikke få tildelt oppdrag, og det kan være uklart hvilke kriterier som legges til grunn for hvem som får tildelt oppdragene. Dette er forhold som potensielt kan representere et misbruk, og som dermed kan forebygges uten at det skal være i strid med utgangspunktet i artikkel 4.

Dersom innleievirksomheten ikke er fornøyd med arbeidstakeren, er det ikke nødvendig å følge lovens oppsigelsesregler; arbeidstakeren er jo ikke ansatt hos innleier. Innleievirksomheten kan endatil kreve av bemanningsbyrået at de får leie en annen arbeidstaker neste gang. På den måten vil ikke en arbeidstaker som er ansatt i et bemanningsbyrå, ha det stillingsvernet som arbeidstakere i en toparts-konstellasjon har. Arbeidstakerens legale arbeidsgiver har i tillegg liten mulighet til å evaluere innsatsen til sine arbeidstakere. Arbeids-

²⁰⁵ Se blant annet C-212/04 *Konstantinos Adeneler and Others v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* [2006] EFD I-6057, avsnitt 62.

²⁰⁶ Sak C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm* [2005] EFD I-9981, avsnitt 64.

leie kan i slike henseender føre til misbruk av stillingsvernet. Tiltak for å forhindre slike situasjoner må kunne opprettholdes på bakgrunn av hensynet til ”å forebygge misbruk”.

Adgangen til å anvende midlertidige ansettelser reguleres i direktivet om midlertidige ansettelser. Formålet med direktivet er blant annet “to prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships”, jf. § 1 bokstav b i rammeavtalen. Etter § 5 skal medlemslandene innføre regler mot anvendelsen av flere påfølgende tidsbegrensede ansettelsesforhold der det ikke foreligger objektive grunner for det. I innledningen til rammeavtalen går det imidlertid frem at avtalen ikke gjelder for ”those placed by a temporary work agency at the disposition of a user enterprise”. Reglene gjelder derfor ikke i forholdet mellom arbeidstakeren og innleievirksomheten, slik at reglene får ikke direkte betydning for det første spørsmålet.²⁰⁷

Til tross for dette, kan reglene si noe om når innleievirksomhetens anvendelse av innleid arbeidskraft må regnes som misbruk etter EU-retten. Det kan antas at anvendelse av innleid arbeidskraft for å omgå reglene om midlertidige ansettelser må kunne regnes som misbruk. En slik situasjon kan for eksempel oppstå dersom virksomheten krever at en midlertidig ansatt eller en arbeidssøker tar ansettelse i et bemanningsbyrå, slik at virksomheten i stedet kan leie inn den samme arbeidstakeren og på den måten slippe unna regelverket om midlertidige ansettelser.

Hvor grensen går mellom misbruk og regulær bruk av innleid arbeidskraft, er et usikkert spørsmål. Det har imidlertid avgjørende betydning for hvilke konsekvenser artikkel 4 har for norsk rett, et emne som behandles i punkt 8.2 flg. Grensedragningen byr på adskillig usikkerhet; verken forhistorien til direktivet eller andre kilder kan si noe direkte om hva som ligger i det å ”hindre misbruk”. De slutninger som gjøres, vil dermed bli forsøksvise.

²⁰⁷ Jeg tolker bestemmelsen i innledningen til rammeavtalen slik at direktivet ikke kommer til anvendelse mellom arbeidstakeren og innleievirksomheten, men at det ikke er ment å unnta direktivet fra anvendelse i forholdet mellom arbeidstakeren og bemanningsbyrået.

Eksempler på misbruk av anvendelsen av innleid arbeidskraft er der arbeidstakere blir innleid i flere perioder etter hverandre, uten å bli tilbudt fast stilling. I punkt 15 i fortalen til direktivet er det oppgitt at arbeidsavtaler uten tidsbegrensning er den alminnelige formen for ansettelse.²⁰⁸ Dermed kan det også etter direktivets tekst oppfattes som misbruk at innleiemuligheten overtar for det å tilby faste ansettelser.²⁰⁹

Dersom arbeidstakeren i bemanningsbyrået har fast ansettelse, vil det ikke innebære misbruk at han eller hun blir utleid flere perioder etter hverandre uten at det resulterer i tilbud om fast stilling i innleievirksomheten. Forutsetningen er at den faste stillingen i bemanningsbyrået betyr at arbeidstakeren får lønn og opparbeider seg andre goder også i de periodene det ikke finnes oppdrag. Lønn må i en slik sammenheng være en type garantilønn, det vil si lønn uavhengig av om det tildeles oppdrag eller ikke, og en lønn som tilfredsstillende de krav som eventuelt er satt i lov, forskrift og tariffavtaler.

Der bemanningsbyråene tilbyr fast ansettelse, vil heller ikke utleie av arbeidskraft undergrave stillingsvernet.

6.2 Nasjonale tiltak som ikke berøres av artikkel 4. Nærmere om artikkel 4 nr. 4.

6.2.1 Innledende om artikkel 4 nr. 4

I artikkel 4 nr. 4 går det frem at nasjonale krav til bemanningsbyråer for så vidt gjelder ”registration, licensing, certification, financial guarantees or monitoring of temporary work agencies”, skal være tillatt etter direktivet, og at bestemmelsene i artikkel 4 første, andre og tredje punkt ikke berører denne typen krav.²¹⁰

Selv om alle slike typer tiltak vil være lovlige etter sin art, er det mulig tiltakene etter sitt innhold kan støte an mot andre regler. Det er

²⁰⁸ Selv om formuleringen rent semantisk er deskriptiv, legges det til grunn at den ut fra konteksten må forstås normativt.

²⁰⁹ Nærmere om fortalen i direktivets rettslige betydning, se Sjøfjell (2009) s. 129-130 med videre henvisninger. Det slås fast at domstolen ofte bruker fortalen som en del av tolkningsprosessen. Domstolen bruker ofte fortalen til å fastslå formålet, og etter domstolens teleologiske metode er formålet en viktig rettskildefaktor.

²¹⁰ Se også utstasjonsdirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav d.

også et spørsmål hvilken betydning det vil ha om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke.

Der et tiltak ikke kan begrunnes i et eller flere av hensynene i artikkel 4 første punkt, og samtidig fungerer som forbud eller restriksjon på det å leie inn arbeidskraft eller drive et bemanningsbyrå, vil problemet komme på spissen.

Denne delen av artikkel 4 kom inn i direktivet via betenkningen til EP-komiteen, uten at det redegjøres for innholdet i bestemmelsen.²¹¹ I motsetning til i det endelige utkastet tas det i komiteens betenkning et forbehold om hvilke tiltak som kan innføres. Det het at

”[t]his provision is without prejudice to reasonable arrangements for the registration, licensing, certification, guaranteeing or monitoring of temporary agency work, as long as they do not place disproportionate administrative burdens on the undertakings and persons involved.”

Det var med andre ord i utgangspunktet en begrensning i selve ordlyden, tiltakene måtte være ”reasonable” og ikke ”disproportionate”. Formuleringen falt ut i Kommisjonens endrede forslag uten noen forklaring, og endringen ble med i den endelige ordlyden.

Hvilke krav som kan stilles til virksomheter når det gjelder slike tillatelsesordninger som omhandles i artikkel 4 nr. 4, er også regulert i artikkel 9 i tjenstedirektivet.²¹² Det er derfor mulig at bestemmelsen i tjenstedirektivet kan si noe om innholdet i artikkel 4 nr. 4.

6.2.2 Får tjenstedirektivet anvendelse overfor tiltak som nevnt i artikkel 4 nr. 4?

Det må imidlertid avgjøres om tjenstedirektivet får anvendelse overfor bemanningsbyråer.²¹³

I artikkel 2 bokstav e heter det at direktivet *ikke* får anvendelse for ”services of temporary work agencies”. Ordlyden kan forstås på to måter. Enten gjelder bestemmelsen bare når bemanningsbyråer leier ut

²¹¹ A5-0356/2002, s. 23-24.

²¹² Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market.

²¹³ Tjenstedirektivet får anvendelse på alle tjenesteytelser som utføres av en tjensteyter som er etablert i en medlemsstat.

arbeidskraft til en virksomhet, eller så regulerer den i tillegg hvilke vilkår bemanningsbyråene kan operere under i forbindelse med etablering og forretningsdrift, uavhengig av forholdet mellom byrået og innleievirksomhetene. Ulike utkast fra vedtakelsesprosessen kan si noe om hvordan ordlyden skal forstås, og om direktivet får eller ikke får anvendelse for utleie av arbeidskraft. Det første utkastet til tjenstedirektiv fra Kommisjonen unntok ikke utleie av arbeidskraft fra anvendelsesområdet, noe som møtte mye motstand.²¹⁴ I punkt 3.3.10 i den senere uttalelsen om direktivet fra ECOSOC heter det at

“Consideration must ... be given to ILO Convention 181 on private employment agencies, Article 3(2) of which explicitly provides for licensing and certification systems to protect workers and encourage high-quality work by such agencies.”²¹⁵

Denne uttalelsen synes å gi støtte til den forståelsen av ordlyden som er videst, der bestemmelsen gjelder både for utleie av arbeidskraft og for forretningsdriften ellers. Grunnen til det er henvisningen til ILO-konvensjon 181 artikkel 3 (2) som omhandler medlemslandenes mulighet til å ”determine the conditions governing the operation of private employment agencies in accordance with a system of licensing or certification”. I betenkningen fra komiteen i Europaparlamentet heter det imidlertid på s. 36 at

”the conditions concerning the hiring-out of workers, including the conditions regarding supply of workers by temporary employment agencies, are exempt, meaning that the restrictions or prohibitions laid down by the Member State of destination apply as regards, inter alia, the use of hired-out workers, limitations as to the maximum duration of temporary employment, and so on”.²¹⁶

Dette er begrunnet med at “[t]he services directive must provide possibilities for preventative measures, in order to prevent abuse in the area of temporary employment”.

²¹⁴ Se COM(2004) 2 final/3, s. 9 og 44.

²¹⁵ Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market. COM(2004) 2 final. Brussels, 10 February 2005.

²¹⁶ A6-0409/2005 final.

Slike uttalelser peker i motsetning til uttalelsen fra ECOSOC kun på selve tjenesteytingen som foretas når et bemanningsbyrå leier ut arbeidskraft. Forhold knyttet til registrering, lisensiering, osv. blir ikke berørt. I Kommisjonens endrede utkast heter det om anvendelsen til tjenstedirektivet at ”nor does it apply to services provided by temporary work agencies”, noe som også innebærer at unntaket kun gjelder det å leie ut arbeidskraft.²¹⁷

Hensynet bak å unnta utleie av arbeidskraft fra tjenstedirektivet var de særlige forhold som gjør seg gjeldende i bemanningsbransjen. Tjenesten som leveres, er arbeidskraft. Ettersom kontroll med bemanningsforetakene i form av registrering, lisensordninger, m.v., ofte vil være iverksatt for å beskytte utleide arbeidstakere, tilsier hensynet bak å unnta utleie av arbeidskraft fra tjenstedirektivet også at hvilke krav som stilles til byråene, er unntatt fra direktivet.

Ved spørsmålet om hva som skal unntas fra tjenstedirektivet, er det i forarbeidene tilsynelatende lagt størst vekt på det å leie ut arbeidskraft, og i mindre grad på hvilke vilkår for øvrig bemanningsbyråene må forholde seg til. Imidlertid taler formålet med å unnta utleie av arbeidskraft for at også administrative krav unntas fra direktivets virkeområde.²¹⁸ Konklusjonen er usikker, så det må vurderes hva som skjer hvis tjenstedirektivet får anvendelse for slike tiltak.

6.2.3 Hva er konsekvensene av at tjenstedirektivet får anvendelse?

Etter artikkel 9 i tjenstedirektivet stilles det krav til de tillatelsesordninger som tjenesteytere må forholde seg til. Tiltakene kan ikke innebære forskjellsbehandling, de må være begrunnet i et tvingende allment hensyn, og de tilsiktede mål må ikke kunne nås med mindre

²¹⁷ COM(2006) 160 final.

²¹⁸ I forarbeidene til tjensteloven, Ot.prp. nr. 70 (2008-2009), uttales det at i ”henhold til artikkel 2 nr. 2 bokstav e) omfatter tjenstedirektivet ikke tjenester som ytes av bemanningsforetak. Det samme sies i fortalen punkt 14. Det legges til grunn at unntaket ikke bare omfatter leveringen av tjenester, men at også vilkår for etablering, registrering og lignende er unntatt fra tjenstedirektivet”. Det gis ingen begrunnelse for standpunktet.

inngripende virkemidler.²¹⁹ I tillegg til dette er betingelsene for tillatelsesordningene underlagt ytterligere krav. Reglene må være klare og entydige, objektive, offentliggjort på forhånd, transparente og tilgjengelige.

Dersom tjenstedirektivet kommer til anvendelse, må artikkel 4 nr. 4 i bemanningsdirektivet leses i overensstemmelse med artikkel 9 i tjenstedirektivet.

Forutsetningen for en slik konklusjon er at artikkel 4 nr. 4 kan tolkes i overensstemmelse med artikkel 9 i tjenstedirektivet. I motsatt fall må det avgjøres om hvilken av bestemmelsene som skal få forrang. Som jeg vil vise i det følgende, vil det ikke oppstå motstrid dersom det foreligger et grenseoverskridende element slik at tjenstereglene uansett kommer til anvendelse. I et slikt tilfelle må sekundærretten tolkes i overensstemmelse med primærretten. Om det oppstår motstrid der det ikke foreligger et grenseoverskridende element, er avhengig av om direktivet skal tolkes i overensstemmelse med tjenstereglene uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element.

6.2.4 Hva er innholdet i artikkel 4 nr. 4 dersom tjenstedirektivet ikke kommer til anvendelse?

I det følgende vil jeg drøfte hvordan artikkel 4 nr. 4 skal forstås uavhengig av tjenstedirektivet, ettersom det ikke endelig er avgjort om det kommer til anvendelse overfor bemanningsbyråer. Det har betydning for forståelsen av artikkel 4 nr. 4 om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke. Jeg drøfter spørsmålet under den forutsetning at det foreligger et grenseoverskridende spørsmål først.

Der det foreligger et grenseoverskridende element, må artikkel 4 nr. 4 forstås innenfor de rammer som settes av tjenstereglene.

²¹⁹ Se blant annet sak C-55/94 *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*. I tjenstedirektivet heter det at det er et krav at tiltakene "does not discriminate against the provider in question; (b) the need for an authorisation scheme is justified by an overriding reason relating to the public interest; (c) the objective pursued cannot be attained by means of a less restrictive measure, in particular because an a posteriori inspection would take place too late to be genuinely effective".

Hva dette konkret innebærer for godkjennelsesordninger, ble presisert i dommen i *Geraets-Smits and Peerbooms*, der det uttales i avsnitt 90 at

“in order for a prior administrative authorisation scheme to be justified even though it derogates from such a fundamental freedom, it must, in any event, be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily ... Such a prior administrative authorisation scheme must likewise be based on a procedural system which is easily accessible and capable of ensuring that a request for authorisation will be dealt with objectively and impartially within a reasonable time and refusals to grant authorisation must also be capable of being challenged in judicial or quasi-judicial proceedings”.²²⁰

Kravene som oppstilles er de samme som i tjenstedirektivet artikkel 9. Ved grenseoverskridende utleie av arbeidskraft er det dermed uten betydning om tjenstedirektivet kommer til anvendelse eller ikke.

Det neste spørsmålet blir hvordan artikkel 4 nr. 4 skal forstås dersom det ikke foreligger et grenseoverskridende element.

I løpet av vedtakelsesprosessen var det på et tidspunkt et ønske om å stille krav til innholdet i tiltakene, men Kommisjonen fjernet formuleringen om det. En mulighet at er Kommisjonen anså at formuleringer om krav til godkjennelsesordninger ikke var nødvendige, fordi det uavhengig av ordlyden i direktivet må stilles krav til tiltakene.

Slike krav kan tenkes på to grunnlag. Det ene er at direktivet tolkes i overensstemmelse med tjenstereglene, uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element. Det andre grunnlaget er at artikkel 4 nr. 4 i lys av utgangspunktet i artikkel 4 må tolkes innskrenkende. I et tilfelle der et tiltak ikke kan begrunnes i et eller flere av hensynene i artikkel 4 første punkt, og samtidig fungerer som forbud eller restriksjon på det å leie inn arbeidskraft eller drive et bemanningsbyrå, er en innskrenkende fortolkning det mest

²²⁰ Sak C-157/99 *Geraets-Smits and Peerbooms* [2001] EFD I-5473, avsnitt 90. Se også sak C-390/99 *Canal Satélite Digital SL v Administración General del Estado, and Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)* [2002] EFD I-607, avsnitt 27 og 28.

nærliggende. Utgangspunktet i artikkel 4 vil modifisere innholdet artikkel 4 nr. 4.

6.3 *Rettighets- og pliktsubjekter etter artikkel 4*

6.3.1 Pliktsubjekt

Det er klart at medlemslandene er pliktsubjekter etter bestemmelsen. Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om også arbeidsmarkedets parter kan være pliktsubjekter.

Ettersom medlemslandene kan gi preseptorisk lovgivning kunne det tenkes at det kun er medlemslandene som er pliktsubjekter etter bestemmelsen. Dersom en tariffavtale inneholder for strenge restriksjoner mot bruk av innleid av arbeidskraft etter fristen for direktivets gjennomføring, vil denne delen av avtalen være ugyldig.²²¹ EF-domstolen har imidlertid i saken *Walrave* uttalt at

“prohibition of such discrimination [on grounds of nationality] does not only apply to the action of public authorities but extends likewise to rules of any other nature aimed at regulating in a collective manner gainful employment and the provision of services”.²²²

Selv om denne saken omhandler diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet, og bestemmelsen i direktivet handler om å innføre eller opprettholde restriksjoner på adgangen til å leie inn eller ut arbeidskraft, kan uttalelsen forstås dit hen at arbeidsmarkedets parter er å regne som pliktsubjekter etter bestemmelsen. En slik tankegang støttes også av at partene er tillagt mye kompetanse etter direktivet til å forhandle frem avtaler med et innhold som ikke er i strid med direktivet. I *Laval* uttales det at

“compliance with Article 49 EC is also required in the case of rules which are not public in nature but which are designed to regulate, collectively, the provision of services. The abolition, as between Member States, of obstacles to the freedom to provide services would be compromised if the abolition of State barriers could be neutralised by obstacles resulting from

²²¹ For norsk retts del, se Stokke, Evju og Frøland (2003) s. 120.

²²² Sak C-36-74 *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española Ciclismo* [1974] EFD 1405, avsnitt 17.

the exercise of their legal autonomy by associations or organisations not governed by public law”.²²³

Det er etter dette klart at arbeidsmarkedets parter i situasjoner der avtalene de er part i har et innhold som ikke er forenlig med traktatens artikkel 49 vil være pliktsubjekt etter artikkel 4.²²⁴

6.3.2 Rettighetssubjekt

Spørsmålet er hvem som kan påberope seg rettigheter på grunnlag av artikkel 4.

Ordlyden i bestemmelsen gir ikke uttrykk for hvem som er rettighetssubjekt etter artikkelen. Et vilkår for at regler kan påberopes, er etter EF-domstolens praksis at de er ubetingede og tilstrekkelig presist formulert.²²⁵ EF-domstolens praksis vedrørende forbudsbestemmelsene i traktaten tilsier at artikkel 4 tilfredsstillende slike krav.²²⁶ Bestemmelsen er ikke mindre klar enn traktatens regler om fri bevegelse, og på bakgrunn av dette må det kunne konkluderes med at private kan gjøre krav gjeldende basert på artikkel 4.

Både tilbydere og mottakere av arbeidskraft er rettighetssubjekt etter artikkel 4. Ettersom det er bemanningsforetak som har en økonomisk interesse i å leie ut arbeidskraft, og som dermed har interesse i hvilke restriksjoner som påligger bransjen, må disse kunne være rettighetssubjekt etter bestemmelsen. Etter EF-domstolens praksis er også mottakere av tjenester rettighetssubjekter, slik at disse også kan påberope seg reglene.²²⁷ Formålet med å utvide kretsen av rettighetssubjekter til tjenestemottakere er at dette sikrer reglenes effektivitet.

²²³ Sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 98.

²²⁴ Se også forente saker C-51/96 og C-191/97 *Christelle Delière v Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo* (C-51/96) and *François Pacquée* (C-191/97) [2000] EFD I-2549, avsnitt 47.

²²⁵ Se Sejersted m.fl. (2004) s. 278.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Se de forente saker C-286/82 og C-26/83 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro* [1984] EFD 377 og Sejersted m.fl. (2004) s. 437.

7 Likebehandlingsprinsippet og unntaksmulighetene. Direktivets artikkel 5.

7.1 Innledning

Likebehandlingsprinsippet i artikkel 5 utgjør sammen med artikkel 4 kjernen i direktivet. Prinsippet innebærer at en utleid arbeidstaker har krav på minst like gode arbeids- og ansettelsesvilkår som om han eller hun hadde vært ansatt direkte i innleievirksomheten for å utføre det samme arbeidet. Hva dette innebærer, blir diskutert i punkt 7.2. Innholdet i hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår den utleide arbeidstakeren har krav på, er imidlertid begrenset til det som omfattes av bindende og generelle bestemmelser i virksomheten. Arbeids- og ansettelsesvilkårene er også begrenset tematisk. Hva som reguleres, og hva som er bindende generelle bestemmelser, tas opp i punkt 7.3.

I tillegg til de rettigheter en utleid arbeidstaker har etter likebehandlingsprinsippet, kommer enkelte andre av de rettigheter virksomhetens alminnelige arbeidstakere har, til anvendelse også overfor utleide arbeidstakere. Det redegjøres det for i punkt 7.4.

Det er ikke alltid gitt om det er bemanningsbyrået eller innleieforetaket som er ansvarlig for at den utleide arbeidstakerens rettigheter overholdes. Hvem som er pliktsubjekt for de enkelte rettighetene, blir diskutert i punkt 7.5.

Likebehandlingsprinsippet kan modifiseres. Det gis rom for ulike typer av unntak. Unntakene blir drøftet i punkt 7.6. I punkt 7.7 diskuteres det hva som kan ligge i kravet til at medlemslandene skal "take appropriate measures ... with a view to preventing misuse in the application of this Article", jf. Artikkel 5 nr. 5.

7.2 Lik behandling – hva er det?

7.2.1 Minst like gode betingelser som i en hypotetisk situasjon

Etter likebehandlingsprinsippet skal den utleide arbeidstakeren minst ha de betingelsene som om han eller hun hadde blitt ansatt direkte av virksomheten til å utføre det samme arbeidet. Vurderingen skal gjøres ut fra den tenkte situasjonen at arbeidstakeren ikke er innleid til virksomheten, men ansatt i den. Spørsmålet er da hvilke arbeids- og ansettelsesforhold arbeidstakeren ville hatt krav på i den hypotetiske situasjonen. Det er adgang til å behandle arbeidstakere ulikt, basert for

eksempel på ansiennitet, men forskjellsbehandlingen kan ikke baseres på om arbeidstakere er innleid eller ansatt.

Likebehandlingskravet er ikke til hinder for at den utleide arbeidstakeren får bedre vilkår enn det som følger av likebehandlingsprinsippet. Det følger av ordlyden om at arbeidstakeren *minst* skal ha bestemte vilkår. Likebehandlingsprinsippet utgjør minimumskrav.

Når arbeidstakeren har et oppdrag i en innleievirksomhet, vil han eller hun ha krav på bestemte bindende generelle bestemmelser som gjelder for virksomheten. Hva dette omfatter blir diskutert i det følgende.

7.2.2 Gjenstanden for sammenligning – helhet eller enkeltvilkår?

Et spørsmål er om lik behandling skal vurderes for hvert enkelt vilkår, eller om det skal foretas en samlet helhetsvurdering om den utleide arbeidstakerens arbeids- og ansettelsesvilkår tilfredsstiller likebehandlingsprinsippet.

EF-domstolens praksis ellers baserer seg i hovedsak på at hvert vilkår skal vurderes for seg.²²⁸ Temaet i sakene har vært vurderinger av lønns- og arbeidsvilkår i utstasjoneringdirektivet. Konklusjonen har gjennomgående vært at en fordel på et punkt ikke kan kompensere for ordninger som ellers ikke er i overensstemmelse med EU-retten.²²⁹

Ettersom sakene ikke handlet om utleide arbeidstakere, har ikke synspunktene direkte overføringsverdi. I begge tilfellene er det imidlertid de samme typer av vilkår som vurderes, og hensynet bak bestemmelsene er i begge tilfeller å gi arbeidstakere bestemte rettigheter.

Ut fra dette er det mest nærliggende at hvert vilkår vurderes for seg (også) etter likebehandlingsprinsippet.

²²⁸ Se blant annet forente saker C-49/98 m.fl. *Finalarte* [2001] EFD I-7831, sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix* [2004] EFD I-9553. Se også sak C-165/98 *Criminal proceedings against André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL, as the party civilly liable, third parties: Eric Guillaume and Others* [2001] EFD I-2189, avsnitt 31-39. I denne dommen ble resultatet det motsatte, men det forelå spesielle omstendigheter som førte til en noe annen vurdering.

²²⁹ Evju (2006b), s. 26 flg.

7.3 *Innholdet i "basic working and employment conditions"*

7.3.1 Innledning

Hva som er de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkårene, defineres av to ulike faktorer. I definisjonen av uttrykket "basic working and employment conditions" i artikkel 3 bokstav f angis det for det første *hvilke typer bestemmelser* som kan gi et innhold til de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkårene, og for det andre *hvilke temaer* som omfattes av uttrykket.

7.3.2 Hvilke temaer reguleres?

Det må dermed først avgjøres hvilke temaer som reguleres. De vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkår som begrenses tematiske i artikkel 3 bokstav f omfatter vilkår knyttet til arbeidstid, pauser, ferie og lønn. Det presiseres i artikkel 3 punkt 2 at direktivet ikke berører nasjonal lovgivning for så vidt angår definisjonen av lønn, arbeidsavtale, ansettelsesforhold eller arbeidstager. Innholdet i disse begrepene vil dermed bli bestemt ut fra nasjonal lovgivning.²³⁰

I forbindelse med denne tematiske begrensningen oppstår den noen problemstillinger knyttet til den tematiske begrensningen av vilkår i utstasjoneringdirektivet. Dette tar jeg opp i punkt 7.8.2 flg.

7.3.3 Hva omfattes av "binding general provisions"?

Hva som er innholdet i de enkelte vilkårene avhenger av hva som er innholdet i "binding general provisions". Det må avgjøres hva som ligger i "legislation, regulations, administrative provisions, collective agreements and/or other binding general provisions in force in the user undertaking", jf. artikkel 3 bokstav f.

Det er klart at lov, forskrifter og andre typer administrative bestemmelser omfattes. Tilsvarende vil tariffavtaler som på en eller annen måte har allmenn virkning innenfor en bransje og/eller et geografisk område omfattes.

Fullt så klart er det ikke at tariffavtaler som ikke er allmenngjort, omfattes. På den ene siden kan teksten i artikkel 3 bokstav f forstås slik at den omhandler bestemmelser som gjelder for hele virksomheten som leier inn arbeidskraften, slik at enhver tariffavtale som virk-

²³⁰ Definisjonen av lønn vil bli diskutert i punkt 8.4.1.

somheten er bundet av, omfattes. På den annen side kan ”binding general provisions” forstås tilsvarende som i utstasjoneringdirektivet artikkel 3 nr. 1, jf. nr 8 og 10, der det kun er ”collective agreements or arbitration awards which must be observed by all undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned” som er styrende for hvilke lønns- og arbeidsvilkår det kan kreves at en tjenesteyter gir arbeidstakerne sine. Det innebærer i så fall at EU-rettens krav til hvordan slike avtaler kan bli generelt bindende, kommer til anvendelse.²³¹

For det første tilsier ordlyden i direktivene at det siktes til ulike forhold. I bemanningsdirektivet heter det ”... collective agreements and/or other general binding provisions”, mens det i utstasjoneringdirektivet heter ”collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable”. For det andre, og kanskje viktigere, ville et prinsipp om likebehandling i mange tilfeller vært uten selvstendig betydning ved siden av utstasjoneringdirektivet dersom ”binding general provisions” kun omfattet tariffavtaler som var ”declared universally applicable”. Ut fra dette må det være slik at ”binding general provisions” omfatter tariffavtaler som har bindende virkning for virksomheten, uavhengig av om avtalene er erklært allmenngyldige.

En tariffavtale er bindende for partene som har inngått den. I tillegg er det bindende for tariffpartens medlemmer.²³² Avtalens bestemmelser vil dermed få virkning for alle virksomheter som er medlem av den organisasjonen som har inngått avtalen.

Mer usikkert er det med virksomhetsensidig regulering som personalhåndbøker og lignende. En slik type regulering kan være svært omfattende, og bestemmelsene er generelle. Ordlyden ”and/or other binding general provisions in force in the user undertaking” løser ikke spørsmålet, ettersom det ikke gis noen forklaring på hva som ligger i ”binding”. Som et utgangspunkt vil slike regler ikke være bindende for virksomheter, ettersom de selv har anledning til ensidig å endre innholdet i reguleringen. Bestemmelsene vil likevel være bind-

²³¹ Se sak C-346/06 *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen* [2008] EFD I-1989, avsnittene 26, 30 og 31.

²³² Se Stokke, Evju og Frøland (2003) s. 123.

ende inntil de faktisk er endret, og det må være det avgjørende. Virksomhetsensidige bestemmelser som er forutsatt å gjelde for alle arbeidstakerne, må også få virkning for den innleide arbeidstakeren.

En klausul i virksomhetsensidig regulering som unntar innleide arbeidstakere fra fordelaktige betingelser, må dermed bli å regne som ugyldig. Det følger av at den utleide arbeidstakeren skal ha minst like gode vilkår som om han var ansatt direkte av innleievirksomheten.

En særskilt problemstilling som kan oppstå knytter seg til utdeling av overskudd i virksomheten. Problemstillingen kommer på spissen der et medlemsland ikke har bestemt om ordninger med arbeidstakeres rettigheter knyttet til virksomhetens overskudd omfattes av de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkår. Der en virksomhet beslutter å dele en del av et overskudd med virksomhetens arbeidstakere kan beslutningen ha grunnlag i virksomhetsensidig regulering eller i de individuelle arbeidsavtalene, men kan også være en enkeltstående disposisjon uten grunnlag i annen regulering. Med utgangspunkt i det siste alternativet blir spørsmålet om den utleide arbeidstakeren har krav på en del av et slikt overskudd, og om hvilke betingelser som i så fall må foreligge. Svaret på spørsmålet vil blant annet avhenge av om den utleide arbeidstakeren har arbeidet i virksomheten hele perioden overskuddet er opptjent, og om den utleide arbeidstakeren har bidratt tilsvarende som de ansatte i virksomheten. Dersom begge disse betingelsene foreligger, vil det følge av likebehandlingsprinsippet at den utleide arbeidstakeren har krav på tilsvarende del av overskuddet som de andre arbeidstakerne. Problemet med en slik forståelse av likebehandlingsprinsippet er den praktiske løsningen av lønnsfastsettelsen, for idet innleieforetaket bestemmer seg for å dele ut et overskudd til sine arbeidstakere, må bemanningsbyrået betale tilsvarende til den utleide arbeidstakeren, noe som kan føre til at innleieforetaket må betale mer i leie til bemanningsbyrået.

Her kan det oppstå en rekke problemstillinger knyttet til ulike incentivordninger, bonuser m.v. som det vil være opptil de enkelte medlemsland å avgjøre om skal omfattes av de vesentlige arbeids- og ansettelsesforhold, jf. artikkel 5 nr. 4 annet ledd.

Individuelle avtaler mellom innleievirksomheten og de ansatte i virksomheten faller utenfor ordlyden i artikkel 3 f, ettersom avtalene kun har virkning mellom den enkelte arbeidstaker og arbeidsgiveren.²³³

²³³ Dette medfører at direktivet har et snevrere anvendelsesområde enn ikke-forskjellsbehandlingsprinsippene i direktivet om midlertidig ansatte, direktivet om deltidsansatte og likebehandlingsdirektivet. Se punkt 2.4.3 og Malmberg (2009) s. 15.

7.3.4 Hva om arbeidstid m.v. og lønn ikke reguleres i ”binding general provisions”?

En forutsetning for at de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkårene skal ha et innhold etter direktivet, er at de bestemmelser det vises til, inneholder bestemmelser om arbeidstid m.v. og lønn. Det er usikkert hvordan de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkår skal bestemmes dersom forutsetningen ikke er tilstede. Et praktisk eksempel, i hvert fall for norsk retts vedkommende, er at lønnens størrelse bestemmes i den individuelle arbeidsavtalen, og ikke er regulert i lovgivning eller tariffavtaler som gjelder for den aktuelle arbeidstakeren.

Det klare utgangspunktet etter direktivet er at det kun er de generelt bindende bestemmelsene som kan diktere hva innholdet skal være i arbeids- og ansettelsesvilkårene. Problemet er at likebehandlingsprinsippet blir innholdsløst om ikke disse bestemmelsene gir regulering om arbeidstid m.v. og/eller lønn.

I Kommisjonens første utkast til direktiv var det inntatt et ledd i artikkel 5 som omhandlet hvordan man skulle finne frem til en riktig referanseramme for likebehandlingsprinsippet. Her het det at for det tilfelle at det ikke gjelder noen tariffavtale for innleievirksomheten, kan sammenligningen ”be made by reference to the collective agreement applicable to the temporary work agency”.²³⁴ Det forutsetter selvfølgelig at bemanningsbyrået er bundet av en tariffavtale. Der det ikke er tilfelle, ville løsningen bli at ”basic working and employment conditions of temporary workers will be determined by national legislation and practices”.²³⁵ I en slik situasjon kan det altså være aktuelt å se hen til tariffavtaler for lignende virksomheter, enten som en del av grunnlaget for en beslutning om hvilket innhold arbeidsvilkårene skal ha, eller som en slags mal for avgjørelsen.

Det første alternativet har den fordelen at beslutningsgrunnlaget blir bredere, men er problematisk fordi det er usikkert hvilke andre momenter som ellers skal være med på å legge grunnlaget for lik behandling mellom innleide arbeidstakere og arbeidstakere ansatt direkte av virksomheten. Ved avgjørelsen av hvilke andre momenter som skal

²³⁴ Se COM(2002) 149, s. 21.

²³⁵ *Ibid.*

danne grunnlaget for en slik beslutning, kan de andre direktivene om de såkalte atypiske ansettelsesformene være en referanseramme.

Det andre alternativet har den fordelen at det vil være rettsteknisk langt enklere å la en tariffavtale for en lignende virksomhet tjene som mal. Problemet er at det ikke alltid vil være gitt å finne en adekvat tariffavtale for den aktuelle virksomheten.

Slike forslag til løsninger ble gitt i Kommisjonens første forslag til direktiv, men ble ikke med i det endelige utkastet. Blant annet for bemanningsbyråarbeidere i Norge vil det dermed være avgjørende at lønnsnivå er regulert i tariffavtaler. Ellers blir, som nevnt over, likebehandlingsprinsippet innholdsløst for så vidt gjelder spørsmålet om lønn.²³⁶

7.4 Andre regler som gjelder for den utleide arbeidstakeren

Likebehandlingsprinsippet inneholder også en bestemmelse om at andre regler i virksomheten får virkning for den innleide arbeidstakeren slik de er fastsatt ved lov, administrative bestemmelser, kollektive overenskomster og/eller andre generelle bestemmelser. Det gjelder beskyttelse av gravide og ammende mødre, barn og unge mennesker i virksomheten, jf. artikkel 5 bokstav a. Likeledes gjelder det regler i virksomheten om lik behandling av menn og kvinner, tiltak for å bekjempe forskjellsbehandling basert på kjønn, rase eller etnisk opprinnelse, religion, tro, handikap, alder, eller seksuell orientering jf. artikkel 5 bokstav b.

Bestemmelsen har bare selvstendig betydning dersom virksomhetens bestemmelser favner videre eller rekker lenger enn andre bestemmelser som beskytter slike sentrale rettigheter, slike som finnes blant annet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Lisboatraktaten og i direktiver om likestilling. I alle tilfeller vil bestemmelsen ha en funksjon som påminnelse om at disse reglene også gjelder for bemanningsbyråansatte.

²³⁶ Likebehandlingen etter deltidssdirektivet og direktivet om midlertidige ansettelser kan bli problematisk å fastsette der det ikke finnes en sammenlignbar arbeidstaker, mens likebehandlingen etter bemanningsdirektivet kan problematisk der de generelt bindende bestemmelsene ikke inneholder bestemmelser om lønn og arbeidstid.

7.5 Rettighets- og pliktsubjekter etter artikkel 5

Den utleide arbeidstakeren er alene rettighetssubjekt for likebehandlingsprinsippet. Det er imidlertid ikke alltid like klart hvem som er pliktsubjekt for bestemmelsen, noe som kan være et problem for arbeidstakeren dersom både bemanningsbyrået og innleieforetaket ønsker å fraskrive seg ansvaret.

Utgangspunktet er at bemanningsbyrået er pliktsubjekt for arbeidstakerens rettigheter; det er med byrået arbeidstakeren har et arbeidsforhold.²³⁷

Et slikt synspunkt underbygges av praksis fra EF-domstolen. I dommen om *Fujitsu Siemens Computers OY*²³⁸ tolket EF-domstolen artikkel 2 i direktiv 98/59/EC.²³⁹ Bestemmelsen omhandler arbeidsgivers plikter før masseoppsigelser iverksettes. Morselskapet til *Fujitsu Siemens Computers OY* hadde bestemt at det skulle foretas masseoppsigelser i datterselskapet. Et av spørsmålene i dommen er om datterselskapet har ansvaret for å overholde pliktene i artikkel 2, selv om det er morselskapet som har fattet beslutningen om masseoppsigelser. I avsnitt 62 uttales det at

“irrespective of whether collective redundancies are contemplated or projected as a result of a decision of the undertaking which employs the workers concerned or a decision of its parent company, it is always the former which is obliged, as the employer, to start consultations with the representatives of its workers”.

Ut fra dette er det klart at datterselskapet som arbeidsgiver er pliktsubjekt for denne bestemmelsen.

Spørsmålet er om uttalelsene i dommen kan gi svar på spørsmålet om hvem som er pliktsubjekt etter likebehandlingsprinsippet. Det er flere forskjeller på situasjonen i denne dommen og forholdet mellom et bemanningsbyrå, en utleid arbeidstaker og en innleievirksomhet. Tilknytningen mellom arbeidstakerne og morselskapet i det første tilfellet vil ofte være mer perifer enn tilknytningen mellom arbeidstak-

²³⁷ Se COM(2002) 149 final, s. 4.

²³⁸ Sak C-44/08 *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry and Others v Fujitsu Siemens Computers Oy* [2009] EFD I-8163.

²³⁹ Rådskdirektiv 98/59/EF av 20. juli 1998 om tilnærmingen av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser.

eren og innleievirksomheten. På den annen side vil arbeidstakere som har korte oppdrag, kunne ha et nokså fjernt forhold til innleievirksomhetene, det er jo ikke engang gitt at den utleide arbeidstakeren møter arbeidsgiveren i innleievirksomheten. Det vil dermed kunne være vanskelig å gjøre krav på rettighetene i likebehandlingsprinsippet overfor arbeidsgiveren i innleievirksomheten. Dermed taler sterke hensyn tale for at uttalelsene i dommen også får anvendelse for likebehandlingsprinsippet, og at bemanningsbyrået i egenskap av arbeidsgiver i hvert fall som et klart utgangspunkt er ansvarlig for arbeidstakerens rettigheter etter artikkel 5.

I direktivet om arbeidstakernes helse, miljø og sikkerhet er det gitt en definisjon av arbeidsgiverbegrepet.²⁴⁰ Arbeidsgiveren er i artikkel 3 b definert som “any natural or legal person who has an employment relationship with the worker and has responsibility for the undertaking and/or establishment”. En slik definisjon vil i utgangspunktet dekke både bemanningsbyrået og innleievirksomheten. Bemanningsbyrået har ansettelsesforholdet med arbeidstakeren, mens innleievirksomheten har ansvaret for virksomheten arbeidstakeren faktisk jobber i. Dersom definisjonen er slik, må det avgjøres for hvert enkelt vilkår om det er bemanningsbyrået eller innleievirksomheten som er pliktsubjekt.

En slik definisjon modifierer det ovenfor nevnte utgangspunktet, og leder til spørsmålet om det i enkelte situasjoner er mest nærliggende å tolke artikkel 5 slik at innleieforetaket er pliktsubjekt for likebehandlingsprinsippet.

Svaret på spørsmålet vil være avhengig av hvilke bestemmelser det er tale om. Pauser og hvileperioder er nært knyttet opp til den praktiske organiseringen av innleievirksomheten, forhold det kan være unaturlig at bemanningsbyrået skal ha noe å gjøre med. Slike bestemmelser vil det være opp til ledelsen i innleievirksomheten å overholde, noe som har sammenheng med ledelsens styringsrett.²⁴¹ Innenfor ram-

²⁴⁰ Rådskretiv 89/391/EØF av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen. Direktivet har anvendelse for blant andre innleide arbeidstakere.

²⁴¹ For norsk retts vedkommende kan det vises til den plikten en arbeidsgiver har overfor innleide arbeidstakere etter aml. § 2-2.

men av de bindende generelle bestemmelsene må det være mest hensiktsmessig at innleievirksomheten kan organisere denne delen av arbeidstidsbestemmelsene. Arbeidstakeren må i så fall gjøre sine krav knyttet til pauser og hvileperioder gjeldende overfor innleievirksomheten. Det er mulig det stiller seg annerledes ved gjentatte brudd på disse bestemmelsene.

Hvem som er pliktsubjekt for nattarbeid, lengden på arbeidstiden og overtid er mer usikkert. Dette er også forhold som har nær tilknytning til lønn. Utgangspunktet må i alle fall være at det er bemanningsbyrået som har ansvaret for at arbeidstakeren får lønnen justert i relasjon til eventuelt nattarbeid og overtidsarbeid etter de satser som gjelder i innleieforetaket. Så er det kanskje mest nærliggende at innleieforetaket har ansvaret for at arbeidstakeren ikke arbeider mer enn det bindende og generelle regler tilsier, ettersom det også har nær sammenheng med hvordan arbeidet i innleieforetaket organiseres.

Annerledes stiller det seg med en rettighet som ferie. Ferien beregnes ut fra en periode på et år, og oppdragene til de utleide arbeidstakerne er ofte av kortere varighet. Bemanningsbyrået er dermed nærmere til å ha ansvaret for arbeidstakerens rettigheter knyttet til ferie.

Det siste spørsmålet er hvordan artikkel 5 skal forstås med henblikk på lønn. Det er klart at lønnsforpliktelsen ligger til bemanningsbyrået, men det kan i visse tilfeller være mest nærliggende for innleievirksomheten å fastsette lønnens størrelse. Det er innleievirksomheten som er nærmest til å avgjøre hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår arbeidstakeren ville ha hatt dersom han var "recruited directly by that undertaking to occupy the same job", jf. artikkel 5. Hvordan dette skal løses, går verken frem av direktivets tekst eller av dets forarbeider. En løsning kunne kanskje være at dersom den innleide arbeidstakeren mener lønnen er for lav ut fra likebehandlingsprinsippet, kan det kreves av innleievirksomheten at det legges frem dokumentasjon, for eksempel innhold i tariffavtaler, som er bestemmende for lønnsfastsettelsen. En annen løsning kan være at de bindende generelle bestemmelsene som er avgjørende for lønnsfastsettelsen i innleievirksomheten alltid må vedlegges arbeidsavtalen mellom bemanningsbyrået og den utleide arbeidstakeren.

I visse situasjoner kan det diskuteres om ansvaret for lønn hviler på innleieforetaket. Det kan være aktuelt der bemanningsbyrået har vist seg å være insolvent. Dersom arbeidstakeren har opparbeidet seg et krav på lønn uten å få den utbetalt, og lønnen overstiger krav som kan gjøres gjeldende etter ordninger om statlige lønnsgarantier,²⁴² eller arbeidstakeren ikke har krav på slike ordninger, vil problemet komme på spissen. I teorien er det anført at i slike tilfeller burde innleieforetaket få ansvaret for lønnsutbetalingen, så fremt dennes forpliktelser etter oppdragsavtalen med bemanningsbyrået ikke økes.²⁴³

7.6 Modifikasjoner – unntaksmuligheter fra likebehandlingsprinsippet

7.6.1 Innledning

Det finnes tre forskjellige typer unntak fra likebehandlingsprinsippet. Der arbeidstakeren har en fast stilling hos bemanningsbyrået og i tillegg lønnes mellom oppdragene, der det er gjort avtaler mellom arbeidsmarkedets parter om å fravike prinsippet, og der medlemslandet etter høring av arbeidsmarkets parter og på grunnlag av en avtale mellom disse innfører ordninger som fraviker likebehandlingsprinsippet.²⁴⁴ Felles for unntakene er at alle krever en eller annen form for minstekrav til beskyttelse av de bemanningsbyråansatte.

7.6.2 Arbeidstakeren har fast ansettelse i bemanningsbyrået

Der en arbeidstaker har fast ansettelse i et bemanningsbyrå og blir lønnet mellom oppdragene, kan det etter artikkel 5 nr. 2 gjøres unntak fra likebehandlingsprinsippet. Medlemslandene skal konsultere arbeidslivets parter før det eventuelt gjøres unntak. Unntak kan bare gjøres "[a]s regards pay". De andre arbeids- og ansettelsesvilkårene gjelder som etter utgangspunktet i likebehandlingsprinsippet.

Bestemmelsen sier ikke noe om hvilke krav som stilles til lønnens størrelse. Det kan imidlertid gis noen utgangspunkter. Dersom

²⁴² For norsk retts vedkommende er arbeidstakeres lønn i slike tilfeller sikret gjennom lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs m.v. (lønnsgarantiloven).

²⁴³ Se Jakhelln (2000) s. 1249 flg.

²⁴⁴ Se punkt 3.3.1 – 3.4 om bakgrunnen for unntakene.

det er fastsatt en minstelønnsats for et område innenfor en bestemt bransje, må også bemanningsbyrået oppfylle disse kravene overfor sin arbeidstaker. Slike krav gjelder uavhengig av bestemmelsene i bemanningsdirektivet. I motsatt ende kan det ikke kreves at lønnen skal være høyere enn den ville vært etter utgangspunktet i likebehandlingsprinsippet. Et annet utgangspunkt som kan oppstilles, er der konsultasjonen med arbeidslivets parter har ført til krav om et bestemt lønnsnivå fra arbeidstakersiden.

Den nedre grensen for lønnens størrelse i en situasjon der det ikke er fastsatt noen minstelønn vil bestemmes av lokale forhandlinger, der tilbud og etterspørsel vil være premisset for forhandlingene.

7.6.3 Unntak via kollektive overenskomster

Artikkel 5 nr. 3 gir mulighet til å gjøre unntak fra likebehandlingsprinsippet via kollektive overenskomster. Dette unntaket er foranlediget av hvordan arbeidsmarkedet er organisert i de skandinaviske landene. Selv om det er noen ulikheter mellom landenes systemer, kan det litt upresist sies at en del rammer er gitt ved lovs form, mens en rekke områder kan presiseres og modifiseres via overenskomster mellom arbeidsmarkedets parter.²⁴⁵ Særlig når det kommer til spørsmål om lønn og arbeidstid, er det vanlig at arbeidsmarkedets parter har en avgjørende rolle.

Bestemmelsen stiller dels et prosessuelt krav og dels et materielt krav. Den prosessuelle delen av bestemmelsen krever at det er arbeidsmarkedets parter som viderefører eller inngår tariffavtaler. Avtalen kan innføre ordninger vedrørende vikaransattes arbeids- og ansettelsesvilkår som avviker fra likebehandlingsprinsippet. For at slike avtaler skal være gyldige, må det aktuelle medlemslands regler for hvordan slike avtaler kan inngås, bli fulgt. Det heter i bestemmelsen at "the social partners ... at the appropriate level" kan inngå kollektive overenskomster. Hvilket nivå som er passende, er åpent for tolkning. Det kan være alt fra krav om at fagforeninger må ha en viss størrelse,

²⁴⁵ Ulikhetene dreier seg spesielt om hvor stor del av reglene som gis i lovs form, og hvor stort rom det er for kollektive forhandlinger. Om det norske systemet, se for eksempel Evju (2008c) s. 61-76 eller Stokke, Evju og Frøland (2003).

til at unntak kan gjøres på lokalt nivå. Den mest nærliggende forståelsen av hva som er et passende nivå, er at det bestemmes ut fra medlemslandenes rett. En slik forståelse underbygges av henvisningen senere i bestemmelsen til "conditions laid down by the Member States".²⁴⁶

Det materielle kravet medfører at selv om det kan gjøres unntak fra likebehandlingsprinsippet, oppstilles det et vilkår om at den generelle beskyttelsen av ansatte i bemanningsbyråer må respekteres. Ordlyden i den engelske versjonen av direktivet er at "the overall protection of temporary agency workers" må respekteres.

Vilkåret reiser to problemstillinger. For det første, hva innebærer den generelle beskyttelsen av ansatte i bemanningsbyråer? Og for det andre, hvordan er forholdet mellom autonomien til arbeidsmarkedets parter på dette området og denne typen krav i EF-lovgivning?

Direktivets forarbeider sier ingenting om hva som ligger i en generell beskyttelse av ansatte i bemanningsbyråer, i hvert fall ikke i den tilgjengelige delen. Et utgangspunkt må være at den generelle beskyttelsen av ansatte i bemanningsbyråer omfatter den preseptoriske delen av lovgivningen om beskyttelse av arbeidstakere og deres rettigheter. Det kan være krav til helse, miljø og sikkerhet, de rettigheter som gis i bemanningsdirektivet artikkel 6 nr. 4 m.v., i tillegg til reglene om vern mot diskriminering i artikkel 5 nr. 1 bokstav a og b.

Spørsmålet er om vilkåret omfatter noe mer enn dette. Ut fra ordlyden har det formodningen mot seg å anta noe slikt; i så fall ville det vært nærliggende at det var spesifisert nærmere hvilket innhold vilkåret hadde.

Det gis heller ingen svar på den andre problemstillingen i løpet av vedtakelsesprosessen, selv om temaet ble diskutert.²⁴⁷ Svaret på problemstillingen blir ikke et annet enn det som ellers gjelder for tariffavtaler. "Tariffavtaler er, som andre avtaler, undergitt avtalefrihetens alminnelige grenser. Tariffavtaler kan ikke stride mot lov."²⁴⁸ Det betyr at domstoler i alle tilfeller kan sette til side

²⁴⁶ Hva som er passende nivå for norsk retts vedkommende, blir diskutert i punkt 8.4.2.

²⁴⁷ Se punkt 3.3.1.

²⁴⁸ Stokke, Evju og Frøland (2003) s. 120.

bestemmelser som ugyldige dersom de strider mot lov. I hvert fall i Norge er det slik at domstolene av ”eget tiltak må sette til side tariffavtalebestemmelser som er uforenelige med lovregler”.²⁴⁹

Et annet spørsmål er om det er rettspolitisk ønskelig at EU-domstolen får innflytelse på tariffavtalers innhold. I dommene om *Laval* og *Viking Line* grep domstolen inn i streikeretten i to medlemsland – et inngrep som har vært heftig debattert. Med bestemmelser av denne typen vil domstolen også få kompetanse til å tolke tariffavtalers innhold. Ut fra debatten i kjølvannet av *Viking Line* og *Laval* er det klart at et slikt inngrep ikke vil gå upåaktet hen.

7.6.4 Unntak via intern lovgivning etter høring av arbeidsmarkedets parter

Det tredje unntaket har sammenheng med Storbritannias syn på likebehandlingsprinsippet og fraværet av en mulighet til å erklære - tariffavtaler allment gjeldende. Unntaket i artikkel 5 nr. 4 gjelder følgelig for medlemsland der det verken finnes en lovbestemt prosedyre for å erklære kollektive overenskomster allment gyldige, eller en praksis for å utvide bestemmelsene i en slik avtale til alle lignende virksomheter i en bestemt bransje eller et bestemt geografisk område. Også her stilles det prosessuelle krav. Arbeidsmarkedets parter på nasjonalt plan skal først høres, og basert på en avtale mellom dem kan medlemslandet innføre bestemmelser som avviker fra likebehandlingsprinsippet.

Videre er det gitt anledning til at slike bestemmelser kan omfatte en frist for overholdelse av prinsippet om likebehandling. Det er dette som er omtalt som en ”grace period”: en periode arbeidstakeren må gjennom før det kan kreves arbeids- og ansettelsesvilkår etter likebehandlingsprinsippet.

Tilsvarende som i det forrige unntaket stilles det et materielt krav: Innholdet i bestemmelsene må sikre arbeidstakere i bemanningsbyråer en passende beskyttelse. Ordlyden i den engelske versjonen av direktivet er at det uansett kreves ”an adequate level of protection”.

²⁴⁹ *Ibid.* Det vises til blant annet ARD 1949 s. 61 og ARD 1990 s. 68 og 140 og Rt. 2001 s. 1413.

Hva som ligger i dette kravet, og om det er noen forskjell på dette kravet og kravet som stilles i artikkel 5 nr. 3, er ikke klart. Det er vanskelig å se noen argumenter for at de to kravene skal tolkes ulikt, i begge tilfeller dreier det seg om unntak fra likebehandlingsprinsippet.

7.7 Tiltak for å forhindre misbruk av direktivets bestemmelser

Medlemslandene plikter etter artikkel 5 nr. 5 å iverksette passende tiltak for å hindre misbruk av artikkel 5. Spesielt skal det iverksettes tiltak for å hindre at arbeidstakere blir utleid suksessivt i den hensikt å omgå direktivets bestemmelser.

Spørsmålet er hva et slikt misbruk kan bestå i, og hvordan artikkel 5 kan misbrukes.

I bestemmelsen er det pekt på én type misbruk: Å leie ut en arbeidstaker flere ganger på rad til samme virksomhet. Unntaket i artikkel 5 nr. 4 kan på den måten misbrukes ved at arbeidstakeren ved hvert nytt oppdrag i samme virksomhet må starte på en ny "grace period", og dermed aldri vil få krav på vilkår etter likebehandlingsprinsippet.

Kan det være flere former for misbruk, og kan artikkel 5 misbrukes på andre måter?

Som et utgangspunkt må bestemmelsen forstås slik at det er misbruk når likebehandlingsprinsippet mister sitt innhold ut over de unntakene som kan gjøres fra det i artikkel 5 nr. 2 til 4.

Det kan være misbruk der utleide arbeidstakere av en eller annen grunn ikke får de arbeids- og ansettelsesvilkår de har krav på etter likebehandlingsprinsippet. På samme måte som i utstasjoneringsdirektivet artikkel 5 stilles det krav til medlemslandenes lovgivning for å følge opp etterlevelsen av bestemmelser som skal beskytte arbeidstakere. Slike krav kan enten stilles til bemanningsbyrået, eller til foretakene som leier inn arbeidskraft. Rettigheter og plikter med å følge opp utleide arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår kan gis til offentlige myndigheter og til tillitsvalgte i virksomhetene som leier inn arbeidskraft.

7.8 Likebehandlingsprinsippet og utstasjoneringdirektivet

7.8.1 Innledning

Når arbeidskraft leies ut i en transnasjonal sammenheng, kommer utstasjoneringdirektivet til anvendelse i tillegg til tjenestereglene og bemanningsdirektivet. Problemstillingen er hva som er forholdet mellom de arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av likebehandlingsprinsippet, og de vilkårene en utstasjonert (og utleid) arbeidstaker har etter utstasjoneringdirektivet. Det er tre ulike aspekter ved denne problemstillingen. Det ene er *hvilke* vilkår som kan kreves, det andre er hvilket *nivå* som kan kreves på de aktuelle vilkårene, og det tredje er om og i så fall *hvordan* utstasjonerte og utleide arbeidstakere kan få vilkår etter likebehandlingsprinsippet.

Bakgrunnen for problemstillingen er de rammene som tjenestereglene setter for tolkningen av direktivene. Tilsvarende som tjenestereglene påvirker tolkningen av utstasjoneringdirektivet, har tjenestereglene betydning ved tolkning av likebehandlingsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet kan ses på som en restriksjon etter tjenestereglene, men en restriksjon som kan begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn.²⁵⁰ Likebehandlingsprinsippet er en restriksjon fordi det vil gjøre det mindre attraktivt å leie ut arbeidskraft ettersom lønnskostnadene vil øke, men kan begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn fordi beskyttelse av arbeidstakere er et tvingende allment hensyn ut fra domstolens praksis.²⁵¹

7.8.2 Listen i utstasjoneringdirektivet

Etter utstasjoneringdirektivet har vertslandet en plikt til å påse at bestemte typer av arbeids- og ansettelsesvilkår får anvendelse overfor den utstasjonerte arbeidstakeren.²⁵² Arbeidsvilkårene det siktes til, er gitt i en liste i artikkel 3 nr. 1 bokstav a - g, og det nærmere innholdet i

²⁵⁰ Kommisjonen begrunner medlemslandenes snevre mulighet til å ha forbud mot eller restriksjoner på anvendelse av innleid arbeidskraft etter artikkel 4 med at likebehandlingsprinsippet vil gi arbeidstakerne tilstrekkelig beskyttelse. COM(2002) 149 final, s. 11.

²⁵¹ COM(2002) 149 final, s. 13.

²⁵² For mer utførlig materiale om utstasjoneringdirektivet, se for eksempel Evju (2008b) s. 1-20, Evju (2009b) og Davies (2002) s. 298-306.

disse typene av arbeidsvilkår fastsettes av medlemslandets lov eller administrative bestemmelser, og/eller tariffavtaler eller voldgiftsavgjørelser som har fått generell anvendelse.²⁵³

Ordlyden i artikkel 3 i utstasjoneringdirektivet tilsier at vilkårene utgjør minimumsregulering.²⁵⁴ Ut fra ordlyden er det tilsynelatende også opp til de enkelte medlemsland hvilket nivå innholdet i disse vilkårene skal ligge på. Det heter videre i artikkel 3 nr. 7 at listen ikke er til hinder for at det anvendes vilkår som er bedre for arbeidstakerne. Hvordan listen skulle forstås, og hva som lå i artikkel 3 nr. 7, ble behandlet i *Laval*.²⁵⁵ Her ble det uttalt at artikkel 3 nr. 1

“cannot be interpreted as allowing the host Member State to make the provision of services in its territory conditional on the observance of terms and conditions of employment which go beyond the mandatory rules for minimum protection”.²⁵⁶

Tolkningen av artikkel 3 nr. 1 i utstasjoneringdirektivet etter *Laval* innebærer at hvilke vilkår som kan kreves av en utenlandsk tjenesteyter er tematisk begrenset til listens vilkår.²⁵⁷

Videre innebærer tolkningen at de opplistede vilkår i artikkel 3 nr. 1 er *maksimumsvilkår*; vertslandet kan ikke påtvinge tjenesteyteren å gi sine arbeidstakere arbeids- og ansettelsesvilkår som er bedre enn landets minimumsbeskyttelse.²⁵⁸

Dersom dette skal få virkning for utleie av arbeidskraft i en transnasjonal sammenheng, vil det få den virkningen at det vil være

²⁵³ Bokstav c og d er imidlertid frivillige, se Evju (2009b) s. 29.

²⁵⁴ Også forarbeidene til bemanningsdirektivet mer enn indikerer at det ble forutsatt at de opplistede vilkår var minimumsregler.

²⁵⁵ Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd.* [2007] EFD I-11767.

²⁵⁶ *Ibid.*, avsnitt 76 og 80.

²⁵⁷ Se Evju (2009c) s. 266, som også presiserer at “[l]isten i artikkel 3 nr. 1 er uttømmende, med reservasjon bare for det som kan komme i tillegg etter ”ordre public”-regelen i artikkel 3 nr. 10.”

²⁵⁸ Nielsen (2008) s. 72. Nielsen uttaler om dommen at “[d]erimod antog EU-Domstolen i *Laval*-dommen, at der, i tilfælde hvor der er fastsat mindstekrav i lovgivningen, ikke ved kollektive overenskomster af den svenske type (der svarer til den danske) kan fastsættes et højere niveau for arbejdsvilkårene inden for kerneområdet end de mindstekrav, der er fastsat i lovgivningen”. Se også Evju (2008b) s. 12, og Evju (2009c) s. 266.

stor forskjell på hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår en bemanningsbyråansatt kan kreve avhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element eller ikke. Likebehandling vil etter dette være likebehandling for noen og krav på minimumsbeskyttelse for andre. *Hvilke* vilkår som kan kreves, og hvilket *nivå* som kan kreves på de aktuelle vilkårene, vil være ulikt.

7.8.3 Forholdet mellom utstasjoneringsdirektivet og likebehandlingsprinsippet

I utgangspunktet var det imidlertid en klar forutsetning at direktivene skulle være i overensstemmelse med hverandre. Det ble begrunnet med at i et ekte indre marked er det logisk om reglene for utstasjonering av utleide arbeidstakere er like, uavhengig av om utleien foregår i en nasjonal eller transnasjonal kontekst.²⁵⁹ Bemanningsdirektivet skulle bare være en forlengelse av allerede eksisterende lovgivning.²⁶⁰ I vedtakelsesprosessen var det også et poeng å utforme direktivet slik at de vesentlige arbeids- og ansettelsesforhold i bemanningsdirektivet skulle sammenfalle med de vilkår som kunne kreves etter artikkel 3 nr. 1 i utstasjoneringsdirektivet.²⁶¹

Til tross for intensjonene foreligger det i utgangspunktet motstrid, tematisk og nivåmessig, mellom hvilke vilkår som kan kreves etter utstasjoneringsdirektivet og etter likebehandlingsprinsippet. En grunn for dette kan ha vært at dommen om *Laval* ble avsagt helt mot slutten av vedtakelsesprosessen til bemanningsdirektivet.

Det tredje aspektet ved problemstillingen, om og i så fall *hvordan* utstasjonerte og utleide arbeidstakere kan få vilkår etter likebehandlingsprinsippet, viser imidlertid at motstriden kan avhjelpes.

I utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 nr. 9 heter det at "[m]ember States may provide that the undertakings referred to in Article 1 (1) must guarantee workers referred to in Article 1 (3) (c) the terms and

²⁵⁹ Se COM(2002) 149 final, s. 10.

²⁶⁰ *Ibid.* Slike synspunkter ble opprettholdt gjennom hele vedtakelsesprosessen. Se blant annet punkt 5.1.2 i uttalelsen fra ECOSOC.

²⁶¹ Se A5-0356/2002 begrunnelsen til endringsforslag 32. Dette poenget var kanskje en av begrunnelsene for innholdet i punkt 22 i fortalen.

conditions which apply to temporary workers in the Member State where the work is carried out”.

Det betyr at medlemsstatene kan innføre regler som bestemmer at utstasjonerte og utleide arbeidstakere kan kreve arbeids- og ansettelsesvilkår som tilsvarer vilkårene som utleide, men ikke utstasjonerte, arbeidstakere har krav på. Forutsetningen er at medlemslandene faktisk innfører slik lovgivning. Dette skulle tilsi at en implementering av bemanningsdirektivet automatisk vil gi arbeidstakere som leies ut i en transnasjonal sammenheng, de samme vilkårene som utleide arbeidstakere i en nasjonal sammenheng. Det er imidlertid ikke så enkelt. Her kommer *Laval* inn i bildet igjen, men på en annen måte enn tidligere.

7.8.4 Hvilke krav stiller *Laval* til utformingen av likebehandlingsprinsippet?

I avsnitt 110 i *Laval* oppstilles det krav til tiltak som er restriksjoner, men som kan opprettholdes på grunnlag av tvingende allmenne hensyn. Det heter at dersom restriksjoner skal kunne opprettholdes må de være “sufficiently precise and accessible that they do not render it impossible or excessively difficult in practice for such an undertaking to determine the obligations with which it is required to comply as regards minimum pay”.²⁶² Uttalelsen er uttrykk for et mer generelt prinsipp. I *Laval* ble det imidlertid eksplisitt konstatert et større anvendelsesområde for prinsippet enn det som tidligere var kommet fram i rettspraksis. Det ble konstatert at prinsippet også får anvendelse for medlemslands systemer for hvordan det kan forhandles om lønnsbetingelser og hva som er rammene for forhandlingene.

I bemanningsdirektivet artikkel 5 nr. 4 annet ledd kreves det at ordningene ”in this paragraph” skal være forenlige med felleskapslovgivning og tilstrekkelig presise og tilgjengelige slik at tjenesteyterne skal vite hvilke krav de står overfor. Etter ordlyden har slike krav kun virkning for unntaket i artikkel 5 nr. 4. Likevel må slike regler antas å gjelde både for unntakene fra likebehandlingsprinsippet og for selve prinsippet.

²⁶² Sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 110. Se også de forente sakene C-369/96 and C-376/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96)*, [1999] EFD I-8453, avsnitt 43. Et utslag av prinsippet kan også ses i bemanningsdirektivet artikkel 5 nr. 4 annet ledd.

Generelt er det slik at "[l]egal certainty requires that the effect of Community legislation must be clear and predictable".²⁶³ Uttalelsen baseres på en rekke dommer, blant annet saken i *Duff* der det uttales om prinsippet at det "requires that legal rules be clear and precise, and aims to ensure that situations and legal relationships governed by Community law remain foreseeable".²⁶⁴ Slike krav har sammenheng med proporsjonalitetsprinsippet; det vil bli vanskeligere for en tjenesteyter å overholde sine plikter dersom reglene er vanskelig å få taket på. I *Duff* handler det om fellesskapets lovgivning, mens det i *Laval* handler om det svenske systemet for fastsettelse av lønn- og andre arbeidsvilkår.

Det kan stilles spørsmål ved om likebehandlingsprinsippet har en problematisk side til slike regler. Likebehandlingsprinsippet er fellesskapslovgivning, men vil få sin operative virkning via bindende generelle bestemmelser som gjelder for innleieforetaket. Om disse reglene, som kan være lovgivning, tariffavtaler m.v., tilfredsstillere kravene til tilgjengelighet og klarhet etter tjenestereguleringene er ikke gitt, selv om prinsippet i utgangspunktet er forenlig med EU-retten.

Regler om minstelønn som gjelder allment, vil eliminere problemer i forholdet mellom krav til klarhet og forutsigbarhet på den ene siden og likebehandlingsprinsippet på den annen side. Alle medlemslandene har imidlertid ikke tradisjon for allment gjeldende minstelønnsordninger. I de tilfeller der verken innleievirksomheten eller bemanningsbyrået er bundet av en tilstrekkelig detaljert tariffavtale eller der en slik har generell virkning for en av disse, vil det bli problematisk.²⁶⁵ Og selv der virksomheten er bundet av tariffavtale må denne være tilstrekkelig presis og tilgjengelig.

²⁶³ Tridimas (2005) s. 244.

²⁶⁴ Sak C-63/93 *Fintan Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan v Minister for Agriculture and Food and Attorney General* [1996] EFD I-569, avsnitt 20.

²⁶⁵ En annen sak er at kravene til presise, detaljerte og tilgjengelige regler kan være krav som ikke lar seg forene, eller i hvert fall vil være en utfordring å forene. På et tidspunkt vil presise regler bli så omfattende at de blir utilgjengelige for en tjenestetilbyder som ikke kjenner rettssystemet i det landet der han utstasjonere sine arbeidstakere.

Det å innføre satser i lovgivningen for bemanningsbyråansattes lønn vil være vanskelig fordi innleide arbeidstakere prinsipielt kan benyttes i alle slags arbeidsforhold.²⁶⁶ Hvordan dette best kan løses, blir diskutert i punkt 8.4.

8 Direktivets konsekvenser for norsk arbeidsrett

8.1 Innledning

8.1.1 Introduksjon, problemstillinger

Spørsmålet i denne delen av artikkelen er hvilke konsekvenser direktivet vil få for norsk arbeidsrett. To sett med problemstillinger knytter seg til dette spørsmålet. Det ene handler om artikkel 4 og det andre om artikkel 5. Problemstillingene er av ulik art, ettersom artikkel 4 står i et spenningsforhold til enkelte bestemmelser i norsk lovgivning, mens artikkel 5 tar en åpen plass; det finnes ikke regler om likebehandling av utleide arbeidstakere.

Det første settet med problemstillinger handler om hvilke konsekvenser artikkel 4 vil få for norsk arbeidsrett. Kravene artikkel 4 stiller til begrunnelsen for forbud mot og restriksjoner på anvendelse av innleid arbeidskraft, kan innebære en utfordring for koblingen mellom aml. §§ 14-12 og 14-9. Her oppstår det et spørsmål om koblingen kan opprettholdes i alle tilfeller.

Flere overenskomster har bestemmelser om innleie av arbeidskraft. En type bestemmelse som finnes i flere av avtalene innebærer at arbeidsgiveren må inngå avtale eller forhandle med tillitsvalgte i virksomheten før det kan leies inn arbeidskraft. En annen type bestemmelse krever at arbeidsgiveren skal dokumentere at innleide arbeidstakere har ordnede lønns- og arbeidsvilkår. Spørsmålet om slike bestemmelser er forenlige med artikkel 4 vil også bli drøftet. Tilsvarende gjelder for seksmånedersregelen i arbeidsmarkedsloven § 27 og kravet til stedlig representant i forskriften om bemanningsforetak.

²⁶⁶ Det er spesielt lønnsbetingelsene som det er problematisk å regulere i lovs form. Arbeidstidsregulering er også en del av de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkår, men er enklere å regulere i lovs form.

Det andre settet med problemstillinger er om de implikasjoner artikkel 5 har for norsk rett.

Utgangspunktet er klart nok: Utleide arbeidstakere vil etter gjennomføringsfristen kunne kreve arbeids- og ansettelsesvilkår i tråd med artikkel 5, enten etter prinsippet om likebehandling eller slik som foreskrevet i et eventuelt unntak fra dette.

Hva som ligger i de vesentlige arbeids- og ansettelsesforhold, er ikke like klart. Direktivet er blant annet uten virkning for medlemslandenes definisjon av lønn og arbeidstaker, jf. artikkel 3 nr. 2. Det betyr at det norske arbeidstakerbegrepet er det som gjelder for direktivet i Norge.²⁶⁷ I norsk rett finnes det ikke et enhetlig lønnsbegrep, noe som innebærer at det må avgjøres hvordan lønn skal defineres i direktivets virkeområde for norsk retts vedkommende. Hvor omfattende lønnsbegrepet skal være, har avgjørende betydning for kostnadene ved innleie av arbeidskraft. Jo mer som omfattes av lønnsbegrepet, jo mer har de utleide arbeidstakerne krav på etter likebehandlingsprinsippet.

Hvilke følger artikkel 5 vil få for norsk arbeidsrett, påvirkes av hvordan likebehandlingsprinsippet implementeres i den norske lovgivningen. Ved valg av implementering er det flere alternativer som kan diskuteres. Det første er hvilke konsekvenser det vil få om likebehandlingsprinsippet implementeres slik det er i direktivets tekst. Et annet alternativ er at de overenskomstene som gjelder innenfor en bransje innenfor et gitt geografisk område også får anvendelse overfor innleid arbeidskraft. En annen løsning er en overenskomst mellom partene som gjelder spesielt for utleide arbeidstakere.

Dette er problemstillingene som skal drøftes relatert til artikkel 4 og 5. Det er imidlertid noen andre og mer generelle problemstillinger knyttet til forholdet mellom et EF-direktiv og norsk lovgivning som kort skal nevnes innledningsvis.

8.1.2 EU-rett, EØS-rett og norsk rett

Til nå har jeg behandlet direktivet i en EU-rettslig sammenheng. Når direktivet skal implementeres i norsk lovgivning, er det som en del av

²⁶⁷ Se punkt 4.3. Arbeidstakerbegrepet er drøftet i mange teoretiske fremstillinger, se blant annet Jakhelln (2001), s. 18 flg.

EØS-avtalen. Det kan diskuteres om det har noen betydning for innholdet i direktivet om det leses i en EU-rettslig sammenheng eller i en EØS-rettslig sammenheng. Etter ordlyden i EØS-avtalen er det ikke forutsatt det samme over/underordningsforholdet mellom avtalens hoveddel på den ene siden og vedleggene og protokollene på den annen, som mellom traktatens bestemmelser og blant annet direktivene i EU-retten.²⁶⁸ Det er imidlertid enighet om at tolkningen av de bestemmelser som hører inn under EØS-avtalen skal tolkes i lys av de generelle prinsipper om fri bevegelighet.²⁶⁹

For direktiver som skal implementeres til medlemslandenes lovgivning oppstiller artikkel 7 i EØS-avtalen bestemte krav. Det bestemmes blant annet at ”en rettsakt som tilsvare et EØF-direktiv skal overlate til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen”. Til tross for ordlyden har medlemslandene likevel ikke fullstendig valgfrihet. Artikkel 7 i EØS-avtalen er basert på artikkel 249 i EF-traktaten,²⁷⁰ og praksis relatert til denne innebærer at direktivet må ”gjennomføres på en slik måte at det fremstår som klart for borgerne hvilke rettigheter og plikter det medfører, slik at de kan forutberegne sin rettsstilling”.²⁷¹ Det betyr at ”gjennomføringen må skje på en måte som gjør rettstilstanden klar og utvetydig”.²⁷²

8.1.3 Kort om de norske reglene for inn- og utleie av arbeidskraft, og om utleide arbeidstakeres arbeids- og ansettelsesvilkår.

De norske reglene om inn- og utleie av arbeidskraft har vært gjennom flere reformer. I 1947 ble det innført forbud mot privat formidling av arbeidskraft, men ikke mot utleie av arbeidskraft. Et slikt forbud ble imidlertid innført i 1971 etter økt omfang av utleie av arbeidskraft til kontorarbeid og serviceyrker.

²⁶⁸ Se EF-traktaten artikkel 5 og EØS-avtalen artikkel 119.

²⁶⁹ Se Bull (2001) s. 84, EØS-avtalen artikkel 6 og Rt. 2002 s. 391 på s. 395 flg.

²⁷⁰ Artikkel 249 i EF-traktaten tilsvare TEUF artikkel 288.

²⁷¹ Sejersted m. fl. (2004) s. 49.

²⁷² *Ibid*, s. 186. Se også Ot.prp. nr. 70 (2008-2009). Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven) s. 20 flg.

I 2000 ble reglene endret og liberalisert.²⁷³ Forbudet mot utleie av arbeidskraft ble opphevet, men på den annen side ble det innført restriksjoner på adgangen til å leie inn arbeidskraft. Overholdelsen av reglene ble dermed et privat anliggende istedenfor et offentlig.²⁷⁴

Bondevik II-regjeringen (2001-2005) ønsket å utvide adgangen til å inngå midlertidige ansettelseskontrakter, noe som igjen førte til at adgangen til å leie inn arbeidstakere fra bemanningsbyrå ville bli tilsvarende videre.²⁷⁵ Noe av det første Stoltenberg II-regjeringen (2005-2009) gjorde var å hindre noen av de vedtatte lovendringene som ennå ikke hadde trådt i kraft som Bondevik II-regjeringen hadde fått gjennomslag for i Stortinget.

I dagens lovverk kan det leies inn arbeidskraft med grunnlag i aml. § 14-12 første og andre ledd, og i aml. § 14-13.²⁷⁶ Aml. § 14-13 gjelder innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive med utleie av arbeidskraft. Fra slike virksomheter, typisk produksjonsbedrifter med varierende behov for arbeidskraft, kan en arbeidsgiver leie inn arbeidstakere så lenge de har et fast ansettelsesforhold med virksomheten som leier dem ut. Denne bestemmelsen blir ikke berørt

²⁷³ Se Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) der det redegjøres for rettstilstanden før lovendringen, og forslaget til nye regler diskuteres. I vedlegg 1 til del VI av NOU 1998:15 ble det foreslått at det norske regelverket skulle endres på grunn av tilpasning til EØS-avtalens konkurranseregler, jf. sak C-55/96 *Job Centre coop. arl.* [1997] EFD I-7119. Det ble også konkludert med at det norske regelverket var i strid med ILO-konvensjon 181. I Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 58 konkluderte departementet med at de norske reglene, både før og etter endringen i 2000, var forenlige med ILO-konvensjonen om utleie og formidling av arbeidskraft fra 1949 og EØS-retten. Etter departementets vurdering på s. 56 var det ”alt i alt usikkert om den foreslåtte samlede begrensning i forslaget til arbeidsleie vil kunne aksepteres etter artikkel 2 nr 4 a)” i ILO-konvensjon fra 1997. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge.

²⁷⁴ Se Evju (2003) s. 113-126.

²⁷⁵ Utvidelsen ga for det første adgang til å ansette midlertidig ”når arbeidstaker bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag”. (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 331). For det andre ble det inntatt en helt ny bestemmelse i paragrafen. Den ga arbeidsgiver en generell adgang til å ansette arbeidstakere midlertidig for en tidsbegrenset periode.

²⁷⁶ For arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste gjelder lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven).

av bemanningsdirektivet, jf. artikkel 1 første punkt.²⁷⁷ Det gjør derimot de to andre bestemmelsene, og derfor skal det kort redegjøres for innholdet i bestemmelsene.²⁷⁸

Felles for bestemmelsene er at de gir regler med virkning for foretak som ønsker å leie inn arbeidskraft, det er *innleie* av arbeidskraft som begrenses. For utleie av arbeidskraft er det også oppstilt noen skranker, de finnes i arbeidsmarkedsloven § 27 med forskrifter.²⁷⁹

Etter aml. § 14-12 første ledd kan en virksomhet leie inn arbeidskraft i samme utstrekning som den kan ansette arbeidstakere midlertidig etter aml. § 14-9. I den bestemmelsen kan arbeidstakere ansettes midlertidig i flere situasjoner, blant annet i vikariater eller dersom arbeidets karakter tilsier det og adskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Regelen er et resultat av en avveining mellom arbeidstakers og arbeidsgivers behov, der sosialpolitiske og arbeidsmarkedspolitiske hensyn spiller inn, sammen med bedriftsøkonomiske hensyn og arbeidsgivers behov for fleksibilitet.

Sammenkoblingen mellom bestemmelsene ble foretatt fordi lovgiver mente at

”[i]nnleie og midlertidig tilsetting vil ofte være alternativer og i prinsippet kan et hvert behov for korttidsarbeidskraft organiseres ved innleie. En vesentlig videre adgang til innleie enn midlertidig tilsetting, vil således kunne lede til omgåelse av reglene om midlertidig tilsetting. Begrensningene når det gjelder innleie knyttes derfor opp mot virksomhetenes behov for og adgang til bruk av midlertidig arbeidskraft”.²⁸⁰

Fellestrekket for midlertidig ansettelse og innleie er at ansettelsesformene representerer snevre unntak fra hovedregelen om fast ansettelse. Brudd på aml. § 14-9 medfører at arbeidstaker kan kreve fast ansettelse i virksomheten eller erstatning etter aml. § 14-11,

²⁷⁷ Se punkt 4.3.

²⁷⁸ Se Jakhelln (2004) s. 146 flg. om arbeidsleie.

²⁷⁹ Se forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak. Forskriften stiller en rekke administrative krav til bemanningsbyråer.

²⁸⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44.

mens brudd på § 14-12 fører til at arbeidstaker kan kreve fast ansettelse hos innleier etter § 14-14.²⁸¹

Aml. § 14-12 annet ledd modifierer første ledd. Bestemmelsen gir arbeidsgiver mulighet til å leie inn arbeidskraft etter skriftlig avtale med tillitsvalgte. Det er et krav at virksomheten er bundet av tariffavtale, og at tillitsvalgte til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder.²⁸²

Avtaleposisjonen gir tillitsvalgte mulighet til å stille krav til de innleide arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. I tariffavtalene er det ofte inntatt formuleringer om at innleieforetaket etter forlangende fra tillitsvalgte må dokumentere at innleide arbeidstakere har ordnede lønns- og arbeidsvilkår i bemanningsbyrået.²⁸³ Tariffbundne virksomheter gis ofte adgang til denne typen avtalefrihet, ettersom tilknytning til en tariffavtale kan være et tegn på en viss seriøsitet.²⁸⁴

Sammenkoblingen mellom adgangen til å ansette arbeidstakere midlertidig og adgangen til å leie inn arbeidstakere er ikke nødvendig, og flere av medlemslandene i EU/EØS har valgt andre løsninger. Heller ikke direktivene om midlertidige ansettelser og direktivet om bemanningsbyråarbeid har lagt opp til en slik sammenkobling. Det er to ulike forhold som reguleres; det ene omhandler tilknytningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, mens det andre blant annet omhandler hvilke begrunnelser som kan føre til forbud eller restriksjoner mot å motta en tjeneste. En annen forskjell er at anvendelsen av innleid arbeidskraft har en side til tjenestereglene, mens adgangen til å ansette arbeidstakere midlertidig ikke har det. Det kan få konsekvenser for de norske reglene.

Ingen regler i den norske lovgivningen gjelder spesielt for utleide arbeidstakers arbeids- og ansettelsesvilkår. Bestemmelsene om

²⁸¹ Tjenestemannsloven har det samme systemet, men har noe videre rammer for adgangen til å ansette midlertidig, og dermed også til å leie inn arbeidskraft.

²⁸² Tilsvarene utvidelse av muligheten til innleie finnes i tjenestemannsloven, der vilkårene for dette er at arbeidsgiver og tjenestemannsorganisasjonen har forhandlingsrett etter lov om offentlige tjenestetvister og at avtalen er skriftlig og at innleien er tidsbegrenset.

²⁸³ Se blant annet i punkt 1.3 i bilag 9 til Verkstedsoverenskomsten 2008-2010 og i Fellesoverenskomsten for byggfag 2008-2010 § 1-2.

²⁸⁴ Se Engelsrud (2006) s. 110. Se også Evju (2008c) s. 67.

arbeidstid i arbeidsmiljølovens kapittel 10 gjelder tilsvarende for utleide arbeidstakere som for andre arbeidstakere, og det finnes ikke bestemmelser om hvordan lønnen skal fastsettes. Riktignok vil en arbeidsgiver som har inngått en tariffavtale som regel være bundet til å anvende avtalens vilkår også i arbeidsforhold med ubundne arbeidstakere som utfører arbeid av den typen som dekkes av avtalen.²⁸⁵ Dette vil imidlertid ikke gjelde for innleide arbeidstakere.

Den faste tvistenemnda, jf. Hovedavtalen § 3-10, har slått fast at bemanningsbransjen er et tariffomt rom, og at det kreves egne tariffavtaler for denne bransjen.²⁸⁶ En slik avtale er nylig inngått mellom NHO og LO, der det heter at "[v]ed arbeid i innleiebedrift skal lønnsfastsettelsen/lønnsvilkårene ta utgangspunkt i den landsomfattende tariffavtale som gjelder for bransjen det leies ut til, samt at det for den enkelte skal tas hensyn til vedkommendes kompetanse og lønnsnivået for tilsvarende arbeid i innleiebedriften." I fellesoverenskomsten for byggfag heter det blant annet at "[b]edriftens ledelse ... på forlangende [skal] godtgjøre overfor de tillitsvalgte at innleid arbeidskraft og underentreprenører har ordnede lønns- og arbeidsvilkår", jf. § 1-2 nr. 1, og i Verkstedsoverenskomsten heter det i bilag 9 at det er viktig å arbeide for at "innleide arbeidstakere og arbeidstakere ansatt hos underleverandører har ordnede lønns- og arbeidsvilkår".

8.2 *Hvilke konsekvenser har artikkel 4 for norsk arbeidsrett?*

8.2.1 Utgjør aml. § 14-12 jf. 14-9 en restriksjon etter artikkel 4?

Spørsmålet er i første rekke om aml. § 14-12 jf. § 14-9 utgjør en restriksjon etter artikkel 4 i bemanningsdirektivet, og i så fall om restriksjonen kan begrunnes ut fra et av de hensynene som angis i bestemmelsen.

Det at arbeidskraft bare kan leies inn i bestemte situasjoner, vil klart nok innebære en restriksjon. De norske reglene er kort sagt "liable to prohibit or otherwise impede the activities of a provider of

²⁸⁵ Se Evju (2008c) s. 73.

²⁸⁶ Se Protokoll for den faste tvistenemnd LO/NHO av 29. januar 2008, sak nr. 2/2007.

services”.²⁸⁸ Reglene begrenser ikke adgangen til det norske markedet, men reduserer omfanget av etterspørselen etter tjenesten. Det reduserer hvor attraktivt det er å drive med utleie av arbeidskraft til Norge.²⁸⁹

Modifikasjonen i aml. § 14-12 annet ledd er ikke tilstrekkelig til å hindre at reglene omfattes av restriksjonsbegrepet, ettersom det ikke er gitt at arbeidsgiver klarer å inngå en avtale med tillitsvalgte. Alle virksomheter er dessuten ikke bundet av tariffavtaler, og det kan heller ikke kreves.

Etter en tolkning av artikkel 4 som er i overensstemmelse med tjenestereglene restriksjonsbegrep, utgjør aml. § 14-12 en restriksjon. I utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav d har imidlertid medlemslandene rett og plikt til å anvende den lovgivningen som gjelder for utleie av arbeidstakere i landet også overfor utstasjonerte (og utleide) arbeidstakere. Punkt 22 i fortalen til bemanningsdirektivet bestemmer at implementeringen skal være i overensstemmelse med både tjenestereglene og utstasjoneringsdirektivet.

Hva som er forholdet mellom bestemmelsen i utstasjoneringsdirektivet og artikkel 4 i bemanningsdirektivet er ikke opplagt. Etter ordlyden er det en tilsynelatende motstrid. Artikkel 3 nr. 1 d kan tolkes slik at den gjelder tilsvarende som før, med den virkning at det er lovgivningen i de enkelte medlemsland etter implementeringen av bemanningsdirektivet som skal få anvendelse også for utstasjonerte og utleide arbeidstakere. I tilfelle av motstrid synes det mest nærliggende at artikkel 4 går foran bestemmelsen i utstasjoneringsdirektivet, til tross for punkt 22 i fortalen til bemanningsdirektivet. Først og fremst på grunn av at tjenestereglene er primærrett og direktivene sekundærrett, må artikkel 4 fortolket i lys av tjenestereglene gå foran, men også fordi bemanningsdirektivet ble vedtatt etter utstasjoneringsdirektivet. Dersom artikkel 3 nr. 1 bokstav d skulle tas på ordet, ville artikkel 4 nr. 1 vært overflødig.

²⁸⁸ Se sak C-76/90 *Säger v Dennemeyer & Co. Ltd* [1991] EFD I-4221, avsnitt 12.

²⁸⁹ Se til illustrasjon Kolstad og Hjelmeng (2006) s. 7 flg. om ordningen med allmenngjøring utgjør en restriksjon, og om forholdet mellom regulering av markedet, tjenestereglene og Keck-doktrinen.

8.2.2 Kan restriksjonen begrunnes ut fra hensynet ”å forebygge misbruk”?

Restriksjoner kan i artikkel 4 begrunnes ut fra hensynet å hindre misbruk. Hensynet ”å hindre misbruk” omfatter beskyttelse av stillingsvernet. Stillingsvernet er en viktig begrunnelse bak reglene i aml. § 14-12 og § 14-9.²⁹⁰ Reglene kan godtas etter sin art fordi de har sammenheng med arbeidstakeres oppsigelsesvern, og både adgangen til å ansette midlertidig og leie inn arbeidskraft kan undergrave stillingsvernet.

Om trepartsrelasjonen i seg selv kan undergrave stillingsvernet er også et moment i vurderingen. Vurderingen etter aml. § 15-7 er mer problematisk i en trepartsrelasjon enn direkte mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Innleieforetaket som tredjepart styrer stillingsvernet ettersom det er nærmest til å vurdere arbeidstakerens innsats, selv om bemanningsbyrået er den juridiske arbeidsgiveren og den parten som formelt har rettigheter og plikter knyttet til arbeidstakerens stillingsvern. Dersom innleieforetaket av en eller annen grunn ikke ønsker å anvende en bestemt arbeidstaker lenger, behøves ingen begrunnelse; det er tilstrekkelig å avslutte kontrakten mellom innleieforetaket og bemanningsbyrået, noe som kan sette den arbeidstakeren i et dårlig lys i bemanningsbyrået. Selv om kravene til saklig begrunnelse i aml. § 15-7 i utgangspunktet ikke er til stede, er det enkelt å se for seg at det kan få konsekvenser for den videre karrieren for arbeidstakeren i bemanningsbyrået. Det gjelder enten arbeidstakeren er fast eller midlertidig ansatt i bemanningsbyrået. Slike forhold kan utgjøre et misbruk og kan begrunne forbud og restriksjoner i anvendelsen av innleid arbeidskraft.

Reglene om prøvetid i aml. § 15-6 kan også misbrukes. Oppsigelse i prøvetiden krever bestemte begrunnelser, mens det å leie inn en arbeidstaker for å teste denne ut, såkalt ”try and hire”, også er en form for misbruk. Uten reglene i aml. § 14-12 kan innleie av arbeidskraft føre til misbruk av stillingsvernet til arbeidstakere på prøvetid.

²⁹⁰ Se blant annet Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 165.

For at de norske reglene lovlig skal kunne utgjøre en lovlig restriksjon, må de være proporsjonale.

De norske reglene er egnet til å oppnå formålet om et sterkt stillingsvern. Medlemslandene har et visst spillerom når det kommer til hvilket beskyttelsesnivå som ønskes innført eller opprettholdt. Det springende punktet er om reglene griper unødige inn i adgangen til å anvende innleid arbeidskraft.

I de tilfeller der den utleide arbeidstakeren er fast ansatt hos bemanningsbyrået, kan det anføres at stillingsvernet ikke er et argument for en snever adgang til innleie av arbeidskraft. Det forutsetter at arbeidstakeren har fast ansettelse med garantilønn og at stillingsvernet fungerer tilsvarende som for arbeidstakere i et topartsforhold. Fast ansettelse med garantilønn må i en slik sammenheng innebære at arbeidstakeren får lønn både i løpet av og mellom oppdragene, og at lønnsnivået er akseptabelt uansett om arbeidstakeren har oppdrag eller ikke. En akseptabel lønn må sikre arbeidstakeren en forutsigbar inntekt, uavhengig av om det gis oppdrag eller ikke. Ettersom de norske reglene ikke tar høyde for hvilken form ansettelsesforholdet mellom arbeidstakeren og bemanningsbyrået har, kan det føre til at reglene ikke er proporsjonale der arbeidstakeren er fast ansatt med garantilønn i byrået.

Vurderingen blir en annen når den utleide arbeidstakeren har midlertidig ansettelse i bemanningsbyrået. Da vil stillingsvernet i mindre grad være beskyttet, men også uten aml. § 14-12 vil arbeidstakerne i bemanningsbyråer beskyttes gjennom stillingsvernet i reglene som gjelder mellom arbeidstakerne og bemanningsbyrået. Her slår aml. § 14-9 inn.

Hvis aml. § 14-9 anses som god nok beskyttelse av stillingsvernet, vil aml. § 14-12, jf. § 14-9, måtte anses som uproporsjonal også i de tilfeller der arbeidstakeren har midlertidig ansettelse i bemanningsbyrået.²⁹¹

Bestemmelsen er imidlertid vanskelig å bruke for ansatte i bemanningsbyråer. På grunn av utleiesituasjonen vil det være svært problematisk å bevise at vilkåret for midlertidig ansettelse i første ledd

²⁹¹ Det vil heller ikke være i strid med bemanningsdirektivet å innføre en strengere versjon av aml. § 14-9 som skal gjelde for bemanningsbyråene.

ikke foreligger, og det til tross for at det å leie ut arbeidskraft er en del av bemanningsbyråenes ordinære drift.²⁹² Det vil heller ikke være ofte at bestemmelsen i § 14-9 femte ledd annet punktum slår inn for bemanningsbyråansatte.

Beskyttelsen i aml. § 14-9 vil videre være ufullstendig som sikkerhet for stillingsvernet generelt: Innleie av arbeidskraft fra et land med mindre strenge stillingsvernregler enn i Norge vil kunne undergrave stillingsvernet i norske virksomheter. Et norsk bemanningsbyrå vil i en slik situasjon kunne etablere et bemanningsbyrå i det landet som har den mildeste stillingsvernlovgivningen, for så å leie ut midlertidig ansatt arbeidskraft til norske virksomheter. Følgelig må det ligge en eller annen form for begrensning i adgangen til å leie inn arbeidskraft.

Det norske regelverket er proporsjonalt så langt det gjelder å hindre bruken av midlertidige ansettelse der ansatte i bemanningsbyråer ikke har fast ansettelse. Ut fra formålet om å hindre misbruk er de derimot å anse som uproporsjonale i de tilfeller der arbeidskraften som leies inn, har fast ansettelse i bemanningsbyrået. En slik betraktning forutsetter imidlertid at bestemmelsene om stillingsvern fungerer like godt i en trepartsrelasjon som i relasjonen direkte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

8.2.3 Legitimering i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked?

Spørsmålet er om restriksjonen kan begrunnes med behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked.

Det pekes ikke eksplisitt på arbeidsmarkedshensyn når det redegjøres for bakgrunnen for reglene om innleie i forarbeidene; stillingsvernet er begrunnelsen. Hvilken begrunnelse som er anført, er imidlertid ikke avgjørende.²⁹³ Stillingsvernsbestemmelser er uansett en faktor som er med på å bestemme hvordan arbeidsmarkedet virker.

I norsk rett er topartsrelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker et viktig premiss for hvordan arbeidsmarkedet fungerer, og et

²⁹² Det siktes her til den faktiske bevisituasjonen, ikke til den rettslige vurderingen.

²⁹³ Se punkt 5.2.2.

stort omfang av trepartsrelasjoner vil kunne endre arbeidsmarkedets struktur. Dette må også ha vært en begrunnelse for reglene i aml. § 14-12. Arbeidsmiljøloven, fagforeninger og kollektive avtaleverk som grunnlag for arbeidstakernes makt baseres på en topartsrelasjon og vil kunne settes på prøve med økt omfang av utleide arbeidstakere. Samhandling og (en viss) maktbalanse mellom partene i arbeidslivet har ført til et velfungerende arbeidsmarked. Modellen vil utfordres av økt omfang av trepartsrelasjoner, ettersom mange av faktorene som styrer utleide arbeidstakers hverdag ligger utenfor deres arbeidsgivers kontroll. Arbeidsgiveren blir dermed en mindre aktuell person å rette krav mot, mens den personen eller det foretaket som har kontroll over de aktuelle forholdene som oftest vil være mer perifer enn en arbeidsgiver. Dette taler for at behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked kan begrunne restriksjoner i adgangen til å leie inn arbeidskraft.

Systemet med tillitsvalgte som representanter for arbeidstakerne utvannes. Grunnen til det er at tillitsvalgte kun representerer foretakets arbeidstakere, mens tillitsvalgte i bemanningsforetaket ofte jobber et annet sted enn de fleste kollegene. Det fører til at tillitsvalgte i innleieforetaket har færre arbeidstakere på laget, og at de utleide arbeidstakerne vil bli representert av en tillitsvalgt som ikke kjenner forholdene på stedet. En rekke av arbeidsmiljølovens bestemmelser er basert på at arbeidsgiver og arbeidstaker på ulike måter skal samarbeide, enten ved felles drøftinger som i kapittel 8 og 9 i arbeidsmiljøloven, eller ved opprettelse av verneombud og arbeidsmiljøutvalg, som i kapittel 6 og 7. Disse bestemmelsene forutsetter at arbeidstakeren arbeider på et sted der arbeidsgiveren har evne til å styre virksomheten.

På den annen side har det siden liberaliseringen i 2000 vært en økning av ansatte i bemanningsbransjen, uten at det ser ut til å påvirke hvordan arbeidsmarkedet fungerer nevneverdig. Det er videre en rekke positive faktorer med bransjen.²⁹⁴ Bemanningsbransjen fungerer

²⁹⁴ På bakgrunn av at ILO-konvensjon nr. 181 ble vedtatt for å forbedre arbeidsmarkedet kan det synes paradoksalt å begrunne restriksjoner i adgangen til å leie inn arbeidskraft i hensynet til arbeidsmarkedet. ILO 181 åpner imidlertid også for at innleie av arbeidskraft begrenses.

som en effektiv kobling mellom et arbeidskraftssøkende foretak og en arbeidssøkende arbeidstaker. En slik effektiv kobling kan også føre til redusert friksjons- og langtidsledighet. For mange er bemanningsbransjen en inngangsport til arbeidslivet, og for grupper som har større problemer enn andre med å komme seg inn på arbeidsmarkedet, kan det være en mulighet for å vise seg frem for potensielle arbeidsgivere. De fleste ønsker imidlertid en fast stilling i en virksomhet framfor å arbeide for et bemanningsbyrå. Hvordan arbeidsmarkedet ville fungert i dag uten bemanningsbransjen, er et kontrafaktisk spørsmål empirisk forskning ikke kan si noe om.²⁹⁵

Ettersom arbeidsmarkedet i stor grad er bygget på den forutsetning at det er et topartsforhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, kan restriksjoner i anvendelsen av innleid arbeidskraft begrunnes i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked.

Om regelen er proporsjonal ut fra begrunnelsen i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked, er et annet spørsmål.

Virkingen utleie av arbeidskraft har på arbeidsmarkedet begrenses ved den strenge begrensningen av adgangen til å leie inn arbeidskraft. Regelen er derfor egnet til å sikre et velfungerende arbeidsmarked. Igjen er forholdsmessighetsvurderingen avgjørende. De springende punktene i denne vurderingen er om reglene griper mer inn i den frie bevegelsen enn nødvendig for å oppnå formålet, og om reglene er konsekvente med hensyn til den aktuelle begrunnelsen.

Det å begrunne innskrenkning av anvendelsen av innleid arbeidskraft ut fra hensynet til arbeidstakernes rett til drøfting, informasjon, verneombud og arbeidsmiljøutvalg holder ikke, ettersom formålene som ligger bak bestemmelsene kan nås med mindre inngripende regler. Disse reglene kan i større grad ta sikte på å involvere innleide arbeidstakere i prosessene, for eksempel ved at disse var sikret en egen representant dersom de utgjorde en viss andel av den samlede arbeidsstokken, og videre kunne reglene i større grad involvere bemanningsbyrået som arbeidsgiver i prosesser av betydning for de utleide arbeidstakerne. Det kan derfor innføres tiltak som i mindre grad griper inn i friheten til å anvende innleid arbeids-

²⁹⁵ Se Econ-rapport (2009) s. 134-135.

kraft enn reglene i aml. § 14-12, som samtidig legger til rette for drøfting, informasjon og utvalg i trepartsrelasjoner.

Topartsrelasjonen er et viktig premiss for systemet med organisasjoner som representerer arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden, tariffavtaler og arbeidskamp. Maktbalansen i arbeidslivet baseres også på at arbeidstakerne kan samle sine krav mot den antatt sterkere part, arbeidsgiveren. Aml. § 14-12 bidrar til å sikre at topartsrelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er den dominerende på det norske arbeidsmarkedet, men griper den mer inn i friheten til å anvende innleid arbeidskraft enn nødvendig ut fra en slik begrunnelse?

Hvor strengt nasjonale tiltak bedømmes av domstolen, har sammenheng med hvor sensitivt temaet er.²⁹⁶ Proporsjonalitetstesten har i domstolens praksis ikke vært den samme i saker om krav til turistguider²⁹⁷ som i saker om forbud mot spilleautomater.²⁹⁸ I politisk følsomme spørsmål er domstolen mer forsiktig.²⁹⁹ En kunne derfor tro at domstolen ville være varsom med å overprøve medlemslandenes regulering på et politisk viktig område som arbeidsmarkedet, men en slik antakelse har formodningen mot seg etter dommene i *Laval* og *Viking Line*. Det kan synes som om domstolen i større grad er villig til å beskytte rettighetene til den enkelte arbeidstaker, enn arbeidsmarkedet som helhet.

Ved avgjørelsen av spørsmålet må inngrepet i friheten veies opp mot de forhold tiltaket skal beskytte.

Samtidig som aml. § 14-12 til en viss grad tillater leie av arbeidskraft, sikrer den at topartsrelasjonen er den dominerende på arbeidsmarkedet. Samarbeidet mellom arbeidstakerne og arbeidsgiverne fremmes av aml. § 14-12 annet ledd, bestemmelsen gir som nevnt arbeidsgiverne mulighet til å inngå avtaler med arbeidstakerne om

²⁹⁶ Se Barnard (2007) s. 380.

²⁹⁷ Se sak C-180/89 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1991] EFD I-709, avsnitt 24.

²⁹⁸ Se sak C-124/97 *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd and Oy Transatlantic Software Ltd v Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) and Suomen valtio (Finnish State)* [1999] EFD I-6067, avsnitt 33, 36 og 42.

²⁹⁹ Se Sejersted m.fl. (2004) s. 455.

innleie av arbeidskraft. Etter aml. § 14-12 annet ledd vil tillitsvalgte ha en avgjørende rolle i arbeidet med å veie virksomhetens behov for fleksibel arbeidskraft opp mot hensynet til de fast ansatte. Regelen bidrar følgelig til å styrke tillitsvalgtes posisjon, og gir arbeidstakerne muligheter til å stille krav til arbeidsgiverne.³⁰⁰ Bestemmelsen er derimot ikke til hjelp for samarbeidet mellom bemanningsbyrået og deres arbeidstakere, og er heller ikke med på å gi tillitsvalgte i bemanningsbyråene en styrket posisjon.

Dersom det legges avgjørende vekt på at domstolen i større grad har vist seg å være villig til å tillate ordninger som skal beskytte den enkelte arbeidstaker, jf. dommene som er trukket frem i punkt 5.5.2, og i mindre grad er villig til å beskytte medlemslandenes ulike tradisjoner knyttet til arbeidsmarkedet, slik som vist i *Laval* og *Viking Line*, vil det være mest nærliggende å konkludere med at aml. § 14-12 ikke kan begrunnes ut fra behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked. Sammenhengen i direktivet tilsier at der arbeidstakeren har fast ansettelse i bemanningsbyrået gjør særlige hensyn seg gjeldende, da kan det gjøres unntak fra likebehandlingsprinsippet, jf. artikkel 5 nr. 2. Det er imidlertid ikke et krav, og bestemmelsen kan ikke tas til inntekt for at den utelukker medlemslandenes adgang til å kreve faste ansettelser for fri adgang til arbeidsleie. Hvis det derimot legges avgjørende vekt på at artikkel 4 gir rom for at det legges vekt på arbeidsmarkedshensyn, og at topartsrelasjonen er et viktig premiss for et velfungerende arbeidsmarked, vil aml. § 14-12 kunne opprettholdes slik den er i dag, også etter 5. desember 2011.

Det å begrunne den strenge adgangen til å leie inn arbeidskraft ut fra formålet om å sikre et velfungerende arbeidsmarked må etter min mening føre til den samme konklusjonen som under punkt 8.2.2. Reglene i aml. §§ 14-12 jf. 14-9 kan opprettholdes der arbeidstakeren ikke er fast ansatt i bemanningsbyrået.³⁰¹ Reglene fører til at topartsrelasjonen er den dominerende på arbeidsmarkedet, samtidig som de åpner for arbeidsleie der det er behov for det. Arbeidstakerne som har fast ansettelse i et bemanningsbyrå vil ha en tettere kontakt

³⁰⁰ Aml. § 14-12 fordrer imidlertid at virksomheten er bundet av en tariffavtale.

³⁰¹ Om hva som ligger i fast ansettelse, se punkt 8.2.2.

med arbeidsgiveren, og vil være i en mindre sårbar situasjon enn de midlertidig ansatte.

8.3 Andre regler i norsk lovgivning som kan utgjøre restriksjoner etter artikkel 4.

8.3.1 Seksmånedersregelen i arbeidsmarkedsloven § 27 nr.2.

Et bemanningsbyrå ”kan ikke leie ut en arbeidstaker til en av arbeidstakerens tidligere arbeidsgivere før det har gått seks måneder siden arbeidstakeren sluttet hos denne”, jf. arbeidsmarkedsloven § 27 nr. 2.

Bestemmelsen faller utvilsomt inn under restriksjonsbegrepet i artikkel 4, men kan begrunnes i behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked. Regelen tar sikte på å hindre arbeidstakere i å forlate en arbeidsgiver for så å komme tilbake til denne som utleid.

Om bestemmelsen er proporsjonal har sammenheng med lengden på karanteneperioden. En betydelig kortere periode enn seks måneder ville kunne legges til ferien, slik at det å skifte arbeidsgiver til bemanningsbyrået ikke ville bli et hinder. Perioden må ha en viss lengde for å få en effekt. Bemanningsbyrået er ikke forhindre fra å leie ut arbeidstakeren til andre foretak, slik at regelen griper ikke unødig inn i friheten til å leie ut arbeidskraft.

Regelen er proporsjonal og er derfor forenlig med artikkel 4.

8.3.2 Kravet til stedlig representant i forskrift om bemanningsforetak

I forskriften om bemanningsforetak § 4 bestemmes det at et ”[u]tenlandsk bemanningsforetak ... som ikke har fast forretningssted eller hjemsted i Norge, skal ha eller oppnevne en representant her i landet som har fullmakt til å motta krav og foreta rettslige handlinger på vegne av foretaket. Representanten må ha hjemsted eller fast forretningsadresse i Norge”. Hensynet bak regelen må være å sikre at utenlandske bemanningsforetak etterlever lovgivning om arbeids- og ansettelsesvilkår, men sannsynligvis også at lovgivning om skatt og merverdiavgift etterleves og kan sanksjoneres.

Hva som ligger i ”fullmakt til å motta krav”, er ikke klart. For at bestemmelsen skal virke etter intensjonen må plikten innebære at representanten hefter på samme måte som en selvskyldnerkausjonist,

tilsvarende som i allmenngjøringsloven § 13.³⁰² Videre må det være forutsetningen etter ordlyden at representanten har partsevne.³⁰³ Det vil føre til at foretaket får en ekstrakostnad med å dekke den risikoen det representerer for den stedlige representanten, noe som innebærer at tiltaket utgjør en restriksjon.

I en veiledning fra Kommisjonen om utstasjonering av arbeidstakere heter det at "the requirement made by a Member State that companies posting workers on its territory must have a representative domiciled in that host Member State is disproportionate for monitoring the working conditions of these workers".³⁰⁴ Kommisjonen peker likevel på at slike spørsmål må avgjøres fra sak til sak.

Regelen kan begrunnes i flere av hensynene i artikkel 4, blant annet å sikre et velfungerende arbeidsmarked, hindre misbruk og å beskytte utleide arbeidstakere. I tillegg bidrar den til å sikre slike krav som er nevnt i bemanningsdirektivet artikkel 4 nr.4.

Problemet ligger ikke i begrunnelsen, men i kravet om proporsjonalitet. Kommisjonen har i en veiledning om utstasjoneringsdirektivet lagt vekt på at forhold som kulturell og fysisk distanse har betydning for vurderingen, i tillegg til hvilke kontrollordninger som finnes i tjenestetilbyderens hjemland og graden av administrativt samarbeid.³⁰⁵ Til tross for dette er det flere forhold som taler for at kravet om stedlig representant er uforholdsmessig.

³⁰² Se også lov 19. juni 2009 nr. 58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven) § 11-1 (3), der det bestemmes at "representanten sammen med avgiftssubjektet [er] ansvarlig for at merverdiavgiften blir beregnet og betalt".

³⁰³ Etter lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak § 2-1 (2) skal alle foretak som driver virksomhet i Norge registreres i foretaksregisteret. Det fører likevel ikke automatisk til at de får partsevne for norske domstoler. Bestemmelsen får imidlertid kun anvendelse for virksomhet som kommer inn under etableringsretten i traktaten, se Sejersted m.fl. s. 380 flg., og gjelder ikke for virksomhet som omfattes av traktatens tjenestebegrep.

³⁰⁴ COM(2006) 159 final, s. 4.

³⁰⁵ COM(2007) 304 final, s. 7. Krav om stedlig representant er tillat innenfor anvendelsesområdet til tjenstedirektivet, jf. punkt 65 i fortalen, dersom det kan begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn.

Først og fremst rettspraksis fra EU-domstolen. Dommen i *Kommisjonen mot Italia* omhandlet en italiensk bestemmelse om at bemanningsbyråer måtte ha hjemsted eller filial i Italia for lovlig å kunne leie ut arbeidskraft i landet. Domstolen kom til at slike bestemmelser ”is directly contrary to the freedom to provide services, in so far as it renders impossible, in that Member State, the supply of services by undertakings established in other Member States”.³⁰⁶ Reglene kunne opprettholdes dersom de var begrunnet i tvingende allmenne hensyn, men domstolen kom til at reglene grep mer inn i tjenestefriheten enn nødvendig for å beskytte arbeidstakerne.³⁰⁷ Begrunnelsen var at

”[u]nder Article 5(1) of the 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (consolidated version) (OJ 1998 C 27, p. 1), workers can sue their employers in the courts of the contracting State in which they usually work, even if the employer is domiciled in the territory of another contracting State.”³⁰⁸

Om det alltid vil være like lett å gjøre krav gjeldende overfor en arbeidsgiver i et annet land som overfor en representant i landet der arbeidet utføres, er imidlertid ikke alltid gitt.

Videre kan opplysninger kreves utlevert fra utenlandske selskaper. Kommisjonen uttaler at krav om stedlig representant ”is unjustified and disproportionate for the monitoring of working conditions of posted workers when information can be obtained via the employer or the authorities in the Member State of origin within a reasonable delay”.³⁰⁹ Etter utstasjoneringdirektivet artikkel 4 oppstilles det et krav om slikt samarbeid.

³⁰⁶ Sak C-279/00 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2002] EFD I-1425, avsnitt 17.

³⁰⁷ Kommisjonen anførte i avsnitt 13 at tiltaket var direkte diskriminerende, men domstolen gikk ikke inn på en vurdering av dette. Se også sak C-478/01 *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [2003] EFD I-2351, avsnitt 15-19.

³⁰⁸ Sak C-279/00, avsnitt 24.

³⁰⁹ *Ibid.*

På den annen side er kontroll av bemanningsforetakene langt vanskeligere dersom de befinner seg i et annet land. Det vil i hvert fall ta lenger tid, og det er et problem ettersom tjenesteytingen ofte er av kortvarig karakter. I dommen i *Wolff & Müller* ble det uttalt at det å forhindre urettferdig konkurranse kan begrunne inngrep i tjenestefriheten.³¹⁰ Siden vertslandet har størst interesse i å hindre skjeve konkurransevilkår, kan uttalelsene i dommen utgjøre et argument for at krav om stedlig representant er forholdsmessig.

På bakgrunn av klare uttalelser fra domstolen i blant annet dommen i *Kommisjonen mot Italia* må konklusjonen bli at kravet om stedlig representant er uforholdsmessig og dermed uforenlig med artikkel 4 i bemanningsdirektivet.³¹¹ Som Kommisjonen peker på kan målet nås med mindre inngripende tiltak, slik som at én av de utstasjonerte arbeidstakerne blir utpekt til å være en link mellom selskapet og vertslandets arbeidstilsyn.³¹²

Det stilles også andre krav i forskriften, blant annet om meldeplikt til arbeidstilsynet der bestemte opplysninger skal gis. Slike krav må kunne dekkes av artikkel 4 nr. 4 så lenge de holder seg innenfor kravene i læren om tvingende allmenne hensyn.

8.3.3 Forholdet mellom artikkel 4 og to typer bestemmelser i overenskomster

Arbeidstakersiden har på grunnlag av avtalemuligheten i aml. § 14-12 (2) adgang til å stille betingelser for å inngå en avtale om innleie av arbeidskraft. Det er gjort i en rekke overenskomster, blant annet i punkt 1.3 i bilag 9 til Verkstedsoverenskomsten 2008-2010 og i Fellesoverenskomsten for byggfag 2008-2010 § 1-2. Jeg bruker den siste som eksempel.

³¹⁰ Sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co*, avsnitt 41.

³¹¹ Se sak C-279/00 *Commission of the European Communities v Italian Republic*. Se også Sejersted m.fl. (2004) s. 440. Det er mulig kravet om stedlig representant kan begrunnes i behovet for å sikre at skatt- og avgiftsregler etterleves. Spørsmålet er utenfor artikkelens tema. Kravet om stedlig representant vil stille seg annerledes under TEUF artikkel 49 flg., eller EØS-avtalen artikkel 31 flg.

³¹² Se COM(2006) 159 final, s. 4.

I Fellesoverenskomsten er det i § 1-2 nr. 1 annet ledd stilt krav om at det før innleie av arbeidskraft skal forhandles med de bedriftstillsvalgte, jf. Hovedavtalens § 9-3. Loven er følgelig fraveket til gunst for arbeidstakerne i den tariffbundne virksomheten. Et spørsmål er hvordan en slik regel står seg i forhold til artikkel 4. Et annet spørsmål er hvordan det står seg at "[b]edriftens ledelse ... på forlangende [skal] godtgjøre overfor de tillsvalgte at innleid arbeidskraft og underentreprenører har ordnede lønns- og arbeidsvilkår."

Hvorvidt et vilkår om at det må forhandles med de bedriftstillsvalgte før innleie av arbeidskraft er forenlig med artikkel 4, vil avhenge av hvor omfattende drøftelser som kreves etter Hovedavtalen § 9-3. Drøftelsesplikten etter § 9-3 synes ikke å omfatte mer enn på et tidligst mulig tidspunkt å informere de ansatte gjennom tillsvalgte, slik at disse kan fremme sitt syn før bedriftsledelsen treffer en beslutning.³¹³

Hovedavtalen § 9-1 tredje ledd bestemmer at forholdene må legges til rette for at de ansatte "kan få reell innflytelse på bedriftens alminnelige arbeid". Reell innflytelse kan oppfattes som om arbeidstakerne har en avgjørelsesmyndighet. Det er i realiteten ikke tale om forhandlinger, men om drøftinger.³¹⁴

Ettersom drøftelsesplikten ikke innebærer en innskrenkning av virksomhetens handlefrihet, ligger tiltaket helt i ytterkanten av hva som faller inn under restriksjonsbegrepet. Tillsvalgte har ikke mulighet til å hindre at virksomheten leier inn arbeidskraft dersom den har adgang til det etter aml. § 14-12 (1). Restriksjonsbegrepet er imidlertid svært vidt, og en slik drøftelsesplikt er "liable to prohibit or otherwise impede" muligheten til innleie av arbeidskraft.

Hensynene bak bestemmelsen i Fellesoverenskomsten for byggfag § 1-2 nr. 1 annet ledd er flere, det er både å unngå innleie istedenfor faste ansettelser, og å sikre innleide arbeidstakere ordnede lønns- og arbeidsvilkår. Ut fra det siste hensynet kan regelen

³¹³ Se Hovedavtalen LO–NHO 2010–2013. Med tilleggsavtaler og NHOs kommentarer, s. 31 og Hovedavtalen LO - NHO 2010 - 2013 med tilleggsavtaler og kommentarer (kommentarer fra LO), kommentarer til kapittel IX. Se <http://www.lo.no/hovedavtalen1/?tabid=131>

³¹⁴ Se Storeng m.fl. (2006) s. 457.

begrunnes i beskyttelse av ansatte i bemanningsbyråer. Avgjørende for proporsjonalitetsvurderingen er inngrepets betydning. Det å drøfte med tillitsvalgte er en restriksjon med liten innvirkning på omfanget av innleie av arbeidskraft, slik at det ikke kreves tungtveiende hensyn for å opprettholde den.³¹⁵ Konklusjonen er derfor at denne typen tiltak er forholdsmessige og dermed forenlige med artikkel 4.

I det andre spørsmålet, om det er forenlig med artikkel 4 at "[b]edriftens ledelse ... på forlangende [skal] godtgjøre overfor de tillitsvalgte at innleid arbeidskraft og underentreprenører har ordnede lønns- og arbeidsvilkår", er også kravet til proporsjonalitet avgjørende.

Omfanget av en slik forpliktelse er for det første at reglene om arbeids- og ansettelsesforhold må følges. Det er i utgangspunktet klart nok ikke en restriksjon i seg selv. Forpliktelsen kan imidlertid innebære en oppbevaring av dokumenter, eller andre lignende administrative ordninger, slik at de kan vises frem ved forlangende.

Det er klart nok en restriksjon at tjenesteyteren overfor tillitsvalgte må godtgjøre at innleide arbeidstakere har ordnede lønns- og arbeidsvilkår. Bestemmelsen er imidlertid en effektiv måte å sikre at likebehandlingsprinsippet etterlevs, og kan begrunnes ut fra hensynet til beskyttelse av ansatte i bemanningsbyråer.

En slik type forpliktelse ligner den som ble tillatt i dommen *Kommisjonen mot Tyskland*, der det etter tyske regler i tillegg til krav om oppbevaring av dokumenter ble krevet at disse var oversatt til tysk.³¹⁶ Til forskjell fra de tyske reglene der hensynet bak regelen var mulighet for offentlige myndigheters kontroll, er hensynet bak de norske reglene at lønnsnivået til innleievirksomhetens arbeidstakere ikke skal dumpes på grunn av billigere innleid arbeidskraft.

³¹⁵ Se sak C-169/91 *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc.* [1992] EFD I-6635, avsnitt 15, der det uttales at "[a]ppraising the proportionality of national rules which pursue a legitimate aim under Community law involves weighing the national interest in attaining that aim against the Community interest in ensuring the free movement of goods".

³¹⁶ Sak C-490/04 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2007] EFD I-6095, avsnitt 67-72.

Det avgjørende blir at denne typen bestemmelser er et effektivt virkemiddel for etterlevelsen av likebehandlingsprinsippet. Arbeids-tilsynet har ikke ressurser til å kontrollere alle virksomheter som leier inn arbeidskraft, og solidaransvaret slår bare inn for virksomheter som er dekket av en allmenngjort tariffavtale. Et slik virkemiddel vil bidra til å oppfylle den forpliktelsen som ligger i artikkel 5 nr. 5 i bemanningsdirektivet.

8.4 Hvilke konsekvenser har artikkel 5 for norsk arbeidsrett?

8.4.1 Lønnsbegrepets innhold

Likebehandlingsprinsippet i artikkel 5 viser til de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkår som er definert i artikkel 3 bokstav f, der arbeidstidsbestemmelser og lønn omfattes. I artikkel 3 annet ledd heter det at direktivet ”shall be without prejudice to national law as regards the definition of pay ...”. Tanken synes å være at medlemsstatene skal anvende sitt sedvanlige nasjonale lønnsbegrep.³¹⁷ I Norge finnes ikke et enhetlig lønnsbegrep.

Det må derfor avgjøres hva som skal inngå i lønnsbegrepet når direktivets bestemmelser skal anvendes under norsk jurisdiksjon.

Et utgangspunkt er at lønnsbegrepet må føre til at formålet med direktivet, og likebehandlingsprinsippet, kan realiseres. Det innebærer at lønnsbegrepet må være så omfattende at det fører til reell likebehandling. Dersom begrepet kun omfatter den samme grunnlønnen som de fast ansatte i innleievirksomheten har, vil den utleide arbeidstakeren ikke bli likebehandlet i de tilfeller virksomhetens egne ansatte får deler av lønnen utbetalt gjennom *naturalia*, m.v.

Lønnsbegrepet må følgelig omfatte mer enn kun grunnlønn. Ut fra de temaer som reguleres i de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkår, kan det være forutsetning for lik behandling at et lønnsbegrep i hvert fall knytter seg opp mot arbeidstidsbestemmelsene i artikkel 3 bokstav f (i). Det vil innebære at begrepet omfatter overtidsbetaling, ferielønn, nattillegg og lønn på offentlige helligdager.

En reell likebehandling forutsetter også at lønnsbegrepet omfatter ytelser betalt gjennom *naturalia*, slik som kost og losji. Likebehandlingsprinsippet vil utvannes dersom den utleide arbeidstakeren får lik

³¹⁷ Se også Malmberg (2009) s. 15.

lønn som arbeidstakerne som er ansatt i innleieforetaket, men ellers må betale for kost og losji der de ansatte arbeidstakerne får slike ytelser dekket.³¹⁸

Det er mer usikkert om lønnsbegrepet skal omfatte komponenter som bonusordninger, pensjonsfordeler m.v. Også her vil en reell likebehandling tilsi at dersom den innleide arbeidstakeren har arbeidet like lang tid og utført det samme arbeidet i innleievirksomheten som de ordinært ansatte, har den innleide krav på tilsvarende goder. Det vil imidlertid være en del praktiske utfordringer knyttet til slike elementer av lønnen. Bonusordninger og pensjonsordninger ligger også i ytterkanten av det som typisk forstås som "lønn".

En definisjon av lønn tilsvarende den typen som finnes i artikkel 69 i EØS-avtalen og i likestillingsloven § 5, ville føre til en reell likebehandling, men vil samtidig føre til noen praktiske problemer med lønnsfastsettelsen for bemanningsbyrået.

Ettersom det ikke kan gis noen sikker definisjon av lønn ut fra en ren tolkning av direktivet, blir dette i første omgang et politisk spørsmål og et diskusjonstema mellom partene i arbeidslivet. Større klarhet vil man først få med avgjørelser fra EU-domstolen. Uansett må det være et mål, som skissert ovenfor, å finne et lønnsbegrep som gir balanse mellom muligheter for reell likebehandling og muligheter til praktisk etterlevelse.

8.4.2 Ulike former for implementering av likebehandlingsprinsippet

Valg av implementering er et politisk spørsmål, der hva som er den mest hensiktsmessige formen for implementering er en viktig faktor.³¹⁹ Ulike former for implementering kan ha ulike virkninger for anvendelsen av likebehandlingsprinsippet. I det følgende skal jeg se på betydningen av ulike former for implementering. Her vil mulighetene til etterlevelse av bestemmelsene og mulighetene til oppfølging av brudd på bestemmelsene være et viktig moment.

³¹⁸ Se artikkel 6 nr. 4 som bestemmer at den innleide arbeidstakeren har krav på ulike kollektive fasiliteter, slik som kantine, barnepass og transportmuligheter.

³¹⁹ Andre forhold enn hensiktsmessighet kan også bli tillagt avgjørende vekt, slik som i Storbritannia, jf. punkt 3.5.

Innledningsvis kan det pekes på at likebehandlingsprinsippet viser til regler utenfor seg selv, jf. artikkel 5, jf. artikkel 3 bokstav f. I Norge vil ofte lønnsbestemmelser som er gjenstand for likebehandling være inntatt i tariffavtaler. Ettersom et krav om likebehandling av innleide arbeidstakere i utgangspunktet utgjør en restriksjon, stilles det krav til reglene slik som omhandlet i punkt 7.8.4. Reglene må være tilstrekkelig presist utformet og tilstrekkelig tilgjengelige, slik at de ikke “render it impossible or excessively difficult in practice for such an employer to determine the obligations with which he is required to comply”.³²⁰ Med et stort antall ulike tariffavtaler å forholde seg til for et bemanningsbyrå, utgjør dette en utfordring for forholdet mellom EU-rettens krav og det norske systemet for lønnsfastsettelse. Først må bemanningsforetaket skaffe til veie den relevante overenskomsten, deretter må denne tolkes og forstås, eventuelt oversettes, for at de utenlandske arbeidstakerne skal bli plassert innenfor det riktige sett av lønnsbestemmelser. Det er heller ikke gitt at utenlandsk arbeidskraft alltid lar seg plassere i de samme kategoriene som norske arbeidstakere. Arbeidstidsbestemmelsene det vises til i artikkel 3 bokstav f, er lovregulert, men det finnes adskillige tariffavtaler der det er gjort unntak fra lovens regler, og i slike tilfeller vil tariffavtalene være avgjørende for innholdet i arbeids- og ansettelsesvilkårene.

Som nevnt i punkt 8.1 er det to former for implementering som er mest nærliggende. I tillegg kommer muligheten for at arbeidsmarkedets parter ønsker å gjøre unntak fra likebehandlingsprinsippet.

Én form for implementering er å bruke teksten i artikkel 5 direkte. Enten ved at utleide arbeidstakeres arbeids- og ansettelsesvilkår gis i forskrifts form slik som i forskrift om utsendte arbeidstakere,³²¹ eller for eksempel som en egen paragraf i aml. kap. 13, slik det er gjort for deltidsansatte og midlertidig ansatte.

³²⁰ Se sak C-369/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96)* [1999] EFD I-8453, avsnitt 43.

³²¹ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) blir valg av implementering for utstasjoningsdirektivet diskutert (s. 82): ”Departementet mener at flere hensyn taler for å overføre bestemmelsene om utsendte arbeidstakere til forskrift. Arbeidsmiljøloven kapittel XII B om utsendte arbeidstakere henviser til en rekke bestemmelser, i

Bemanningsbyrået har ansvaret for å skaffe seg oversikt over de generelt bindende bestemmelsene for å avgjøre hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår den utleide arbeidstakeren har krav på, blant annet må riktig tariffavtale skaffes til veie. Det finnes et villnis av tariffavtaler, og antallet er vanskelig å anslå. Med utgangspunkt i arbeidsgiverorganisasjonenes registre over hvilke tariffavtaler medlemmene deres er bundet av, kommer tallet opp i ca 450.³²² Tallet gjelder kun for privat sektor. Ved en slik beregning er det sett bort fra hovedavtaler og særavtaler, avtalene i NAVO-området og avtaler direkte mellom arbeidstakerorganisasjonene og en virksomhet.³²³

Her oppstår problemstillingen om likebehandlingsprinsippets forhold til presise og tilgjengelige regler; tjenesteyteren kan få problemer med å vite hva han har å forholde seg til. Tilsvarende blir det vanskelig for den utleide arbeidstakeren å vite hvilken lønn han kan kreve.

Hvilken pris bemanningsbyrået skal ta for arbeidskraften, vil være avhengig av hvilken lønn arbeidstakeren har krav på. Det innebærer at verken kunden eller bemanningsbyrået har noe incitament til å oppgi reelle lønnsnivåer, ut over deres vilje til å bli oppfattet som seriøse aktører. Den utleide arbeidstakeren kan dermed stå i en situasjon der han selv må dokumentere de vesentlige arbeids- og ansettelsesvilkårene i innleievirksomheten. Det kan bli problematisk i løpet av et kort opphold, der det ikke er gitt at han får støtte fra tillitsvalgte i innleievirksomheten.³²⁴ Tillitsvalgte representer i utgangspunktet kun innleievirksomhetens ansatte. Som nevnt i punkt 7.5 kan

og utenfor arbeidsmiljøloven, som skal gjelde for utsendte arbeidstakere i Norge. At regelsettet omfatter bestemmelser i flere lover er i seg selv et argument for plassering i forskrift, ved at denne hjemles i alle de aktuelle lovene”.

³²² Se Stokke, Evju og Frøland (2003) s. 58.

³²³ *Ibid.*, s. 60.

³²⁴ Tillitsvalgte kan imidlertid ha gode grunner for å kreve at de innleide skal ha tilfredsstillende lønns- og arbeidsvilkår, ettersom lavere lønnskostnader til innleide arbeidstakere kan føre til press på de ordinært ansattes lønn og stillinger. Tillitsvalgte kan videre ha innsynsrett i de innleides lønns- og arbeidsvilkår, jf. forskrift om informasjons- og påseplikt og innsynsrett § 7 flg.

det være en løsning å innføre regler som sikrer at de bestemmelser som er generelt bindende for virksomheten knyttet til lønn og arbeidstid må inntas i arbeidsavtalen mellom arbeidstakeren og bemanningsbyrået. For å sikre at det er riktige bestemmelser som inntas, kan det eventuelt innføres regler om at tillitsvalgte i innleieforetaket må signere de aktuelle dokumentene.

En annen løsning på dette problemet er den som er valgt i forskrift om utsendte arbeidstakere. Her har arbeidstilsynet ansvaret for å ”gi informasjon om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som kommer til anvendelse for utsendt arbeidstaker”, jf. § 3.

En slik implementering synes å skape enkelte problemer knyttet til tilgjengelighet, presise regler og mulighet til etterlevelse og kontroll, men vil, dersom regelverket etterleves, gi den mest reelle likebehandlingen.

En annen tenkelig form for implementering er et system der tariffavtaler innenfor et visst geografisk område innenfor en bestemt bransje gis anvendelse også for innleide arbeidstakerne, selv om de ikke formelt har rettigheter og plikter etter avtalen, og selv om innleieforetaket ikke er bundet av avtalen.³²⁵ For eksempel kan Fellesoverenskomsten for byggfag få anvendelse for utleide arbeidstakere i bygg- og anleggsbransjen, dersom de ikke er bundet av en annen tariffavtale.³²⁶

Implementeringsformen vil ikke nødvendigvis føre til at de utleide arbeidstakerne får minst like gode arbeidsvilkår som de ansatte i innleieforetaket, men de vil i hvert fall sikres tarifflønn, samtidig som ordningen vil være lettere å etterleve for bemanningsbyråene. Et slikt system vil også gjøre det mulig for utleide arbeidstakere å få oversikt over hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår han kan kreve.

³²⁵ Dette må ikke forstås som allmenngjøring av tariffavtaler etter systemet i allmenngjøringsloven. Se Evju (2008c) s. 73.

³²⁶ En slik løsning er valgt i avtalen mellom LO og NHO for bemanningsbransjen (se note 284). Der heter det i § 5 at ”[v]ed arbeid i innleiebedrift skal lønnsfastsettelsen/lønnsvilkårene ta utgangspunkt i den landsomfattende tariffavtale som gjelder for bransjen det leies ut til, samt at det for den enkelte skal tas hensyn til vedkommendes kompetanse og lønnsnivået for tilsvarende arbeid i innleiebedriften.”

Et annet utfall for likebehandlingsprinsippet er om arbeidsmarkedets parter bestemmer seg for å gjøre unntak fra likebehandlingsprinsippet etter artikkel 5 nr. 3.

Et første spørsmål som oppstår i forbindelse med unntak fra likebehandlingsprinsippet, er på hvilket nivå unntak skal kunne gjøres.³²⁷

Det kan være at avtaler som fraviker likebehandlingsprinsippet, kun kan gjøres mellom LO og NHO, eller at slike avtaler kan inngås forbundsvist eller mellom de lokale partene. Videre kan det også tenkes at unntak kan gjøres mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverforeninger med innstillingsrett, jf. arbeidstvistloven³²⁸ § 11, eller mellom arbeidsgiver og arbeidstakers tillitsvalgte ved virksomheter som er bundet av tariffavtale.

Avgjørende for spørsmålet må være at unntak gjøres på et tilstrekkelig høyt nivå, slik at de samme konkurransevilkårene gjelder for hele bransjer. Det ville føre til en negativ effekt på arbeidsmarkedet dersom noen kunne leie inn billigere arbeidskraft enn andre, og formålet i artikkel 2 om å forbedre kvaliteten på stillingene i bemanningsbransjen vil bli hindret. Dersom det kreves at unntak eventuelt må gjøres forbundsvist, vil like konkurransevilkår til en viss grad være sikret. Et passende nivå å gjøre unntak på kan derfor være å kreve avtaler mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverforeninger med innstillingsrett eller forbundsvise avtaler.

Unntak fra systemet etter utgangspunktet i likebehandlingsprinsippet kan for eksempel gjøres ved en felles overenskomst som ikke er altfor detaljert, slik at den kan brukes ved siden av de allmenngjorte tariffavtalene. En slik avtale må sondre mellom de ulike bransjene og mellom ulike grader av kompetanse, ansiennitet, særlige kvalifikasjoner osv. Avtalen må også regulere vilkårene det vises til i artikkel 3 bokstav f, slik som lønn og arbeidstid mv.

Kravene til presise og tilgjengelige regler vil lettest kunne oppfylles med en slik avtale. Problemet med en slik avtale er at den ikke vil sikre reell likebehandling, men at den vil føre til at de lønnsnivåer som oppgis, blir maksimum av hva den utleide i de fleste

³²⁷ Se punkt 7.6.3.

³²⁸ Lov 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

tilfeller får. Det er ikke gitt at arbeidstakersiden vil se seg fornøyd med en slik løsning.

Referanser

Litteratur

- Ahlberg, Kerstin, m.fl. 2008 *Transnational Labour Regulation : A Case Study of Temporary Work*. [SALTSA Research Publications.] Brussels: P.I.E. Peter Lang S.A., 2008.
- Ahlberg, Kerstin, og Niklas Bruun 2008 ”Denmark, Finland and Sweden: Temporary Agency Work Integrated in the Collective Bargaining System”. I: Ahlberg m.fl. (2008) s. 37-53.
- Arnesen, Finn, og Are Stenvik 2009 *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Barnard, Catherine 2007 *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*. 2. utg. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Barnard, Catherine 2008 “Unravelling the Services Directive”, (2008) 45 *Common Market Law Review*, s. 323-394.
- Bercusson, Brian 2008a “Introduction: Transnational Labour Regulation: Process and Substance”. I: Ahlberg m.fl. (2008), s. 11-34.

- Bercusson, Brian 2008b “Lessons for Transnational Labour Regulation from a Case Study of Temporary Agency Work in the EU”. I: Ahlberg m.fl. (2008), s. 321-351.
- Bercusson, Brian, og Niklas Bruun 2008 “Free Movement of Services, Temporary Agency Work and the *Acquis Communautaire*”. I: Ahlberg m.fl. (2008), s. 263-318.
- Berg, Annika 2008 *Bemanningsarbeite, flexibilitet och lika-behandling*. Lund: Juristförlaget i Lund, 2008.
- Blanpain, Roger (ed.)1993 *Temporary Work and Labour Law of the European Community and Member States*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- Blanpain, Roger 2003 *European Labour Law*, 9th Ed. Haag/London/New York: Kluwer Law International, 2003.
- Blanpain, Roger, Andrzej Marian Świątkowski (eds.) 2009 *The Laval and Viking Cases : Freedom of Services and Establishment v. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia*. Bulletin of Comparative Labour Relations 69. Austin/Boston/Chicago/the Netherlands: Wolters Kluwer/Kluwer Law International, 2009.
- Bull, Henrik 2001 *Det indre marked for tjenester og kapital: import av finansielle tjenester*. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Countouris, Nicola, og Rachel Horton 2009 “The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?”, (2009) 38 *Industrial Law Journal*, s. 329-338.
- Craig, Paul, og Gráinne de Burca 2007 *EU Law: Text, cases, and materials*. 4th Ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Davies, Paul 2002 “The Posted Workers Directive and the EC Treaty”, (2002) 31 *Industrial Law Journal*, s. 298-306.
- Dølvik, Jon Erik og Jelle Visser 2009 ”Free movement, equal treatment and workers’ rights: can the European Union solve its trilemma of fundamental principles?” (2009) 40 *Industrial Relations Journal*, s. 491-509.

- Econ Rapport 2009 "Bemanningsbransjen - struktur, utvikling og rolle" En rapport utarbeidet av Econ Pöyri for Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Econ Rapport R-2009-083. Finnes på www.econ.no og på www.bemanningsbransjen.no.
- Eklund, Ronnie 2009 "Who Is Afraid of the Temporary Agency Work Directive?" I: *Skrifter til Anders Victorins minne*. (R. Eklund *et al.*, red.kom.) Uppsala: Iustus förlag, 2009, s. 139-166.
- Engelsrud, Gerd 2006. *Styring og vern*. 3. utg. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2006.
- EuroFound 2007 Temporary agency work in the European Union, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007. www.eurofound.europa.eu/ewco-reports/TN0408TR01/TN0408TR01.pdf
- Evju, Stein 2003 "Labour-only contracting – the Norwegian way". I: *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law: Liber Amicorum in Honour of Professor Marco Biagi* (R. Blanpain, M. Weiss, Eds.). Haag: Kluwer Law International, 2003, s. 113-126. [Opptr. i S. Evju, *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001–2010*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 553–566.]
- Evju, Stein 2006a "Die Sicht der skandinavischen Länder. Referat Stein Evju". I: *Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?* ZAAR Schriftenreihe Band 6. (Volker Rieble, Hg.) München: ZAAR Verlag, 2006, S. 34-48.

- Evju, Stein 2006b ”Evaluering av almengjøringsordningen – høring”. Høringsuttalelse per brev til Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 13. januar 2006.
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoering/hoeringsdok/2005/horing-evaluering-av-allmenngjoringsordn/2.html?id=97478>
 [Opptr. i S. Evju, *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001–2010*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 325–371.]
- Evju, Stein 2008a “A European Social Model? Experience from the Scandinavian Countries”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*. 2008, s. 240-255.
 [Opptr. i S. Evju, *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001–2010*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 239–254.]
- Evju, Stein 2008b ”Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv”, *Arbeidsrett* 2008, s. 1-20.
 [Opptr. i S. Evju, *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001–2010*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 280–298.]
- Evju, Stein 2008c ”Imperative law, derogation and collective agreements”. I: *Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag*. (Horst Konzen *et al.*, Hrsg.). Tübingen. 2008, s. 61-76.
- Evju, Stein 2009a “Norway”. I: Blainpain og Świątkowski (2009), s. 123-138.
 [Opptr. i S. Evju, *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001–2010*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 372–390, med tittel ”Market Freedoms, Labour Market Regulation and Trade Union Rights – Worlds Apart in EU Law?”]
- Evju, Stein 2009b “Posting Past and Present The Posting of Workers Directive – Genesis and current contrasts“ (Preliminary version), *Formula Working Paper* No. 8, 2009.
- Evju, Stein 2009c “Arbeidsrett i møte med Europa: Om utstasjonering, tjenstedirektiv og andre direktiver” (2009) 35 *Kritisk Juss* 244-270.
 [Opptr. i S. Evju, *Arbeidsrett – utvalgte artikler*

- 2001–2010. Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 255–279.]
- Ferrera, Maurizio 2009 “National Welfare States and European Integration: In Search of a ‘Virtuous Nesting’”, The JCMS Annual Lecture, (2009) 2 *Journal of Common Market Studies* 219-233.
- Frenzel, Helen 2010 ”The Temporary Agency Work Directive” (2010) 1 *European Labour Law Journal* 119-134.
- Hagstrøm, Viggo 2002 *Obligasjonsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2002.
- Hatzopoulos, Vassilis 2000 ”Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services” (2000) 37 *Common Market Law Review* 43–82.
- Hepple, Bob 1986 “Introduction” I: The Making of Labour Law in Europe : A Comparative Study of Nine Countries up to 1945. (Bob Hepple, Ed.) London and New York: Mansell, 1986.
- Jakhelln, Henning 2000 *Arbeidsrettslige studier bind III*, Oslo: Universitetsforlaget, 2000
- Jakhelln, Henning 2001 ”Arbeidstakerbegrepet”. I: H. Jakhelln (red.), *Artikkelsamling i arbeidsrett*: Oslo: Pensumtjeneste AS, 2001, s. 18 flg.
- Jakhelln, Henning 2004 *Oversikt over arbeidsretten*, 3. utg. Oslo: Damm, 2004.
- Kolstad, Olav og Erling Hjelmeng 2006 ”Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger”, *Arbeidsrett* 2006, s. 1–41.
- Malmberg, Jonas 2009 *Hur ska bemanningsdirektivet genomföras i Sverige?* En analys beställd av Bemanningsföretagen. Stockholm 2009.
- Nielsen, Ruth 2003 *Europæisk arbejdsret*, København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2003.
- Nielsen, Ruth 2006 *Koncernarbejdsret*, 2. utg. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2006.
- Olberg, Dag 2007 ”Flexicurity – nordiske arbeidslivsmodeller i nye kontekster?”, *Fafo-notat* 2007:24.

- Olsen, Karen M. 2006 "Atypiske ansettelse – dårlige jobber?" *Tidskrift for samfunnsforskning* 2006, s. 388-409.
- Sejersted, Fredrik, m.fl. 2004 *EØS-Rett.* 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Sjåfjell, Beate 2009 *Towards a Sustainable European Company Law : A Normative Analysis of the Objectives of EU Law, with the Takeover Directive as a Test Case.* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.
- Stensvik, Kjetil 2007 "Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester", *Arbeidsrett* 2007, s. 1-54.
- Stokke, Torgeir Aarvaag, Stein Evju og Hans Otto Frøland 2003 *Det kollektive arbeidslivet : Organisasjoner, tariffavtaler, lønnsoppgjør og inntektspolitikk,* Oslo: Universitetsforlaget, 2003.
- Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund *Arbeidslivets spilleregler.* Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Syrpis, Phil 2007 *EU Intervention in Domestic Labour Law.* Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Tridimas, Takis 2005 *The General Principles of EU Law.* 2nd Ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Vigneau, Christophe 2008 "France: Another Approach to Flexicurity". I: Ahlberg (2008) s. 85-98.
- Wank, Rolf 2003 "Der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission zur Leiharbeit und das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2003, s. 19.
- Wilthagen, Ton; Mijke Houwerzijl, Hester Houwing, Martijn van Velzen 2005 *Flexicurity in the Dutch Temporary Work Sector: A Positive Sum Game?* SSRN Working Paper Series.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133935
- Zappalà, Loredana 2008 "Transnational Soft Regulation of Temporary Agency Work and Adaptability Policies: A Future of Guidelines with No Rights?" I: Ahlberg m.fl. (2008) s. 169-187.

Offentlige dokumenter, norske

- Høringsnotat. Om tiltak for å sikre ryddigere forhold på inn- og utleiemarkedet og for å effektivisere allmenngjøringsordningen. Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 22. desember 2006.
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- NOU 1998: 15 Arbeidsformidling og arbeidsleie, *Vedlegg 1*. Norske regler om arbeidsformidling og arbeidsutleie sammenholdt med ILO-konvensjon nr 181 om privat arbeidsformidling og EF-domstolens praksis etter undertegningen av EØS-avtalen. Av Jan Fougner, Jan Magne Langseth og Alex Borch, Advokatfirmaet Wiersholm, Mellbye & Bech.
- Ot.prp. nr. 88 (2008-2009). Om lov om endringer i allmenngjøringsloven m.m. (solidaransvar mv.)
- Ot.prp. nr. 70 (2008-2009). Om lov om tjenestevirksomhet (tjenesteloven).
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 62 (2003-2004). Om lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsløven)
- Ot.prp. nr. 70 (1998-1999). Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.
- Ot.prp. nr. 50 (1993-94) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

EF-dokumenter

- COM(2007) 304 final. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Posting of Workers in the Framework of the Provisions of Services: Maximizing its benefits and potential while guaranteeing the protection of workers.

COM(2006) 159 final. Communication from the Commission. Guidance on the posting of workers in the framework of the provisions of services.

Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market (COM(2004) 2 final – 2004/0001 (COD)). Brussels, 10 February 2005.

COM(2004) 2 final/3 2004/0001 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on services in the internal market.

COM(2002) 149 final. Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers (presented by the Commission)

Opinion of the Economic and Social Committee on the ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers’ (COM(2002) 149 final —2002/0072 (COD))

Report on the proposal for a European Parliament and Council directive on working conditions for temporary workers (COM(2002) 149, C5-0140/2002, 2002/0072(COD)), Committee on Employment and Social Affairs

COM(2002) 701 final, 2002/0072 (COD), Amended proposal for a directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers

COM(1999) 203 final. Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE concerning the Framework Agreement on Fixed-term Work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC.

Hovedavtaler og overenskomster

Bemanningsbransjen 2010: Prinsippavtale mellom Næringslivets Hovedorganisasjon på den ene side og Landsorganisasjonen i Norge på den annen side. Overenskomst nr 511. Inngått i Oslo, 17. mars 2010.

Hovedavtalen LO–NHO 2010–2013. Med tilleggsavtaler og NHOs kommentarer. Finnes på <http://www.nho.no/loenn-og-tariff/tariff-nytt-article4441-69.html>.

Hovedavtalen LO - NHO 2010 - 2013 med tilleggsavtaler og kommentarer (kommentarer fra LO). Finnes på

<http://www.lo.no/hovedavtalen1/Kommentarer/Til-kapittel-IX-Informasjon-samarbeid-og-medbestemmelse/>

Fellesoverenskomsten for byggfag 2008-2010. Overenskomst mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Byggenæringens Landsforening på den ene siden og Landsorganisasjonen i Norge og Fellesforbundet på den annen side.

Rettspraksis

Norske dommer

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2001 s. 1413

Rt. 2002 s. 391

Dommer av Arbeidsretten

ARD 1949 s. 61

ARD 1990 s. 68

ARD 1990 s. 140

Den faste tvistenemnd LO/NHO

Protokoll for den faste tvistenemnd LO/NHO av 29. januar 2008, sak nr. 2/2007

Avgjørelser fra EF-domstolen

Sak C-75/63 *Hoekstra v Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (BBDA)*. Reference for a preliminary ruling: Centrale Raad van Beroep - Netherlands. [1964] EFD 177.

Sak C-8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville* [1974] EFD 837.

Sak C-33/74 *van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid* [1974] EFD 1299.

Sak C-136/78 *Criminal proceedings against Vincent Auer* [1979] EFD 437.

Sak C-52/79 *Procureur du Roi v Marc J.V.C. Debaeve and others* [1980] EFD 833.

Sak C-129/79 *Macarthy Ltd v Wendy Smith* [1980] EFD 1275.

Sak C-279/80 *Criminal proceedings against Alfred John Webb*. Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands. [1981] EFD 3305.

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

Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Lda v Office national d'immigration* [1990] EFD I-1417

Sak C-76/90 *Säger v Dennemeyer & Co. Ltd* [1991] EFD 421.

Sak C-180/89 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [1991] EFD I-709.

Sak C-169/91 *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc.* [1992] EFD I-6635.

Sak C-93/92 *CMC Motorradcenter GmbH v Pelin Baskiciogullari* [1993] EFD I-5009.

Forente saker C-267/91 og C-268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard* [1993] EFD I-6097.

Sak C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler* [1994] EFD I-1039.

Sak C-23/93 *TV 10 v Commissariaat voor de Media* [1994] EFD I-4795.

Sak C-384/93 *Alpine Investments BV v Minister van Financiën* [1995] EFD I-1141.

Sak C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] EFD I-4165.

Sak C-63/93 *Fintan Duff, Liam Finlay, Thomas Julian, James Lyons, Catherine Moloney, Michael McCarthy, Patrick McCarthy, James O'Regan, Patrick O'Donovan v Minister for Agriculture and Food and Attorney General* [1996] EFD I-569.

Sak C-272/94 *Criminal proceedings against Michel Guiot and Climatec SA, as employer liable at civil law* [1996] EFD I-1905.

Sak C-55/96 *Job Centre coop. arl.* [1997] EFD I-7119.

Sak C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] EFD I-5751.

- Sak C-124/97 *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd and Oy Transatlantic Software Ltd v Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) and Suomen valtio (Finnish State)* [1999] I-6067.
- Sak C-97/98 *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson* [1999] EFD I-7319.
- Sak C-55/98 *Skatteministeriet v Bent Vestergaard* [1999] EFD I-7641.
- Sakene C-369/96 og C-376/96 *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96)*. References for a preliminary ruling: Tribunal correctionnel de Huy - Belgium. [1999] EFD I-8453.
- Forente saker C-51/96 og C-191/97 *Christelle Delière v Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo (C-51/96) and François Pacquée (C-191/97)*, [2000] EFD I-2549.
- Sak C-165/98 *Criminal proceedings against André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL, as the party civilly liable, third parties: Eric Guillaume and Others* [2001] EFD 2189
- Sak C-157/99 *Geraets-Smits and B.S.M. Geraets-Smits v Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* [2001] EFD I-5473.
- Forente saker C-49/98, C-50/98, C-52/98 til C-54/98 og C-68/98 til C-71/98 *Finalarte* [2001] EFD I-7831.
- Sak C-17/00 *de Coster v Collège des bourgmestres et échevins de Watermael – Boitsfort* [2001] EFD I-9445.
- Sak C-390/99 *Canal Satellite Digital SL v Administración General del Estado, and Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)* [2002] EFD I-607.
- Sak C-279/00 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2002] EFD I-1425.
- Sak C-60/00 *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department*. [2002] EFD I-6279.
- Sak C-131/01 *Commission of the European Communities v Italian Republic* [2003] EFD I-1659.
- Sak C-478/01 *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg* [2003] EFD I-2351
- Sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v José Filipe Pereira Félix* [2004] EFD I-9553.

Sak C-341/02 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2005] EFD I-2733.

Sak C-490/04 *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* [2007] EFD I-6095.

Sak C-307/05 *Yolanda Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco de Salud* [2007] EFD I-7109.

Sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* [2007] EFD I-10779.

Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* [2007] EFD I-11767.

Sak C-306/06 *Telecom GmbH v Deutsche Telekom AG* [2008] EFD I-01923.

Sak C-346/06 *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen* [2008] EFD I-1989.

Sak C-44/08 *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry and Others v Fujitsu Siemens Computers Oy*, dom 10. september 2009 [2009] EFD 8163.

Forkortelser

| | |
|------------|---|
| CEEP | The European Centre of Employers and Enterprises providing Public services |
| CIETT | International Confederation of Private Employment Agencies |
| ECOSOC | Den sosiale og økonomiske komité, EU |
| ETUC | The European Trade Union Confederation |
| SSRN | Social Science Research Network |
| UEAPME | European organisation for small and medium size companies |
| UNICE | Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe. UNICE; nå BUSINESSEUROPE |
| UNI-Europa | UNI-Europa; europeisk fagforening innenfor kommunikasjons- og tjenestesektoren |