

Internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten

En rettskildemessig analyse

Av Kristin Slørdahl Hjort*

Innholdsoversikt

1 Emnet, introduksjon	43
1.1 Problemstilling og aktualitet.....	43
1.2 Generelle utgangspunkter om lovvalg.....	44
1.3 Unntak fra utgangspunktet om partsautonomi.....	46
1.3.1 Ordre public.....	46
1.3.2 Fraus legis - rettsomgåelse.....	47
1.3.3 Internasjonalt preseptoriske regler.....	47
2 Internasjonalt preseptoriske regler - terminologi og begrepsavklaring	47
2.1 Innledning.....	47
2.2 Ulike navn på samme fenomen.....	48
2.3 Nærmere om internasjonalt preseptoriske regler.....	50
2.3.1 Sondring mellom reglene som privatrettslige og offentligrettslige.....	50
2.3.2 Offentligrettslige regler i arbeidsretten.....	53
2.3.3 Privatrettslige regler i arbeidsretten.....	54
2.4 Begrepets relativitet.....	54
3 Avgrensninger	54
4 De tradisjonelle norske rettskildene	55
4.1 Lov og forarbeider.....	55
4.2 Rettspraksis.....	57
4.3 Norsk teori.....	60
4.3.1 Innledning.....	60
4.3.2 Utgangspunkt: Avtalefriheten er ikke ubegrenset.....	61
4.3.3 Tilnærming: Utgangspunkt i reglenes formål.....	62
4.3.4 Tilnærming: Internasjonalt preseptoriske regler er en snever unntakskategori.....	63
4.3.5 Tilnærming: Grensedragning mellom rettsreglene ettersom de har bakgrunn i private eller offentlige interesser.....	64
4.3.6 Eksempler.....	65
4.3.7 Norsk teori samlet sett.....	67
4.4 Reelle hensyn.....	67
4.4.1 Innledning.....	67
4.4.2 Eksempler.....	68
4.4.4 Hensyn for internasjonalt preseptoriske regler.....	71
5 Romakonvensjonen	73
5.1 Innledning om Romakonvensjonen og Romaforordningen (Roma I).....	73
5.2 Romakonvensjonen – rettskildemessige spørsmål.....	74
5.2.1 Konvensjonens betydning i norsk rett.....	74
5.2.2 Hvordan Romakonvensjonen bør tolkes i norsk rett.....	77
5.2.3 Grensedragningen mellom privatrett og offentlig rett i konvensjonen.....	78
5.3 Konvensjonens betydning for problemstillingen.....	79
5.3.1 Romakonvensjonen artikkel 7.....	79
5.3.2 Artikkel 7 nr 2 – internasjonalt ufravikelige regler.....	81
5.3.3 Romakonvensjonen artikkel 6.....	83
5.3.4 Forholdet mellom Romakonvensjonen artikkel 6 og 7.....	85
5.3.5 Gunstighetsvurderingene i artikkel 6 forholdet til artikkel 7.....	89
5.3.6 Sammenfatning om forholdet mellom artikkel 6 og artikkel 7.....	90
5.3.7 Oppsummeringsvis om Romakonvensjonen.....	91

Kristin Slørdahl Hjort (f. 1983) er Master i rettsvitenskap (UiO 2008). Artikkelen er en bearbejdet versjon av hennes mastergradsavhandling, skrevet som vitenskapelig assistent ved Arbeidsrettsgruppen, Institutt for privatrett, UiO, 2007-2008.

6 Romaforordningen	92
6.1 Reglene om arbeidsavtaler og internasjonal preseptivitet.....	92
6.1.1 Reglene om individuelle arbeidsavtaler – Roma I artikkel 8.....	93
6.1.2 Internasjonalt preseptoriske regler – Roma I artikkel 9 nr 1	93
6.1.3 Roma I artikkel 9 nr 2 og 3	98
6.2 Sammenfatning om Romaforordningen	99
7 Det norske lovutkastet til lov om interlegale lovvalgsregler på formuesrettens område	99
7.1 Lovutkastets rettskildemessige betydning	100
7.2 Lovutkastet § 10.....	100
7.3 Lovutkastet § 18.....	101
8 Fremmed rett	104
8.1 Fremmed rett som rettskildefaktor i internasjonal privatrett	104
8.2 Noen forskjeller i rettskildemessige utgangspunkter – forholdet til Romakonvensjonen.....	105
8.3 Dansk rett	107
8.3.1 Lov.....	108
8.3.2 Forarbeider.....	109
8.3.3 Rettspraksis.....	111
8.3.4 Teori.....	112
8.3.5 Sammenfatning om dansk rett.....	113
8.4 Svensk rett.....	113
8.4.1 Lov.....	113
8.4.2 Forarbeider og teori.....	114
8.4.3 Rettspraksis.....	116
8.4.4 Sammenfatning om svensk rett	119
8.5 Tysk rett	119
8.5.1 Utgangspunktet i tysk rett	120
8.5.2 Tilnærming.....	122
8.5.3 Eksempler	124
8.5.4 Sammenfatning om tysk rett	126
8.6 Sammenfatning om fremmed rett.....	127
9 Utstasjoneringsdirektivet og dets gjennomføring i norsk rett	128
9.1 Utstasjoneringsdirektivet.....	128
9.1.1 Innledning – direktivets betydning – problemstilling.....	128
9.1.2 Direktivets artikkel 3 nr 1 og nr 10	130
9.1.3 Forholdet mellom Romakonvensjonen og utstasjoneringsdirektivet.....	131
9.1.4 Reglene i artikkel 3 nr 1 – internasjonalt preseptoriske regler?	132
9.1.5 Artikkel 3 nr 1 og nr 10 – ”kan-reglene” og spørsmålet om internasjonal preseptivitet.....	137
9.1.6 Artikkel 3 nr 10 – ”bestemmelser om offentlig orden”	138
9.1.7 Artikkel 3 nr 10 – eksempler.....	140
9.2 Arbeidsmiljøloven § 1-7 og forskriften om utsendte arbeidstakere.....	144
9.2.1 Innledning	144
9.2.2 Gjennomføringen av de aktuelle bestemmelsene i utstasjoneringsdirektivet i norsk rett	145
9.3 Sammenfatning om utstasjoneringsdirektivet og norsk rett.....	149
10 Sammenfatning om internasjonalt preseptoriske regler	151
10.1 Innledning	151
10.2 Utgangspunktene for vurderingen av om en regel må anses som internasjonalt preseptorisk	151
10.3 Mulige internasjonalt preseptoriske arbeidsrettslige regler	152
10.3.1 Stillingsvernsreglene	152
10.3.2 Feriereglene.....	158
10.3.3 Annet	159
10.4 Momenter i tvilstilfeller ut over utgangspunktene for vurderingen	160
11 Konklusjon og sluttbemerkninger	161
Referanser	163
Litteratur	163
Lovgivning	172
Forarbeider	174
Rettspraksis	175
EF-domstolens praksis	176
Uttalelser fra Kommisjonen for Det europeiske fellesskap	177
Diverse	177

1 Emnet, introduksjon

1.1 Problemstilling og aktualitet

Ved arbeidsforhold over landegrensene er hovedregelen i norsk rett at partene står fritt til å avgjøre hvilket lands rett som skal regulere arbeidsforholdet. Avtalefriheten er likevel ikke absolutt. Det finnes flere begrensninger av ulik karakter.¹ Endel nasjonale regler anses som så viktige eller grunnleggende at de gis anvendelse uavhengig av partenes avtalte lovvalg. Slike regler betegnes som ”internasjonalt preseptoriske regler”. Dette er temaet i denne artikkelen.² Mer presist er problemstillingen *hvilke* regler i *norsk* arbeidsrett som kan anses internasjonalt preseptoriske.

For å kunne svare på dette spørsmålet kreves det en *rettskildemessig* analyse. Som utgangspunkt legges til grunn at det foreligger en lovvalgsavtale i et arbeidsforhold som har tilknytning til to eller flere land, og at tvist mellom partene kommer opp for norske domstoler. Den felles forutsetningen er at det er avtalt fremmed rett, og at partene dermed har fraveket norske arbeidsrettslige regler. Den situasjon at kontrakten er taus med hensyn til lovvalget, blir altså ikke behandlet. Arbeidsforholdet kan for øvrig gjelde norske arbeidstakere i utlandet eller utenlandske arbeidstakere i Norge.

Problemstillingen ligger i skjæringsfeltet mellom arbeidsrett og internasjonal privatrett og dessuten i skjæringsfeltet mellom norsk og fremmed rett. Temaet her er norsk rett, og dermed er det *norsk* internasjonal privatrett og *norsk* rettskildelære som danner bakgrunnen for fremstillingen. Det spesifikt norske rettskildematerialet på området er imidlertid begrenset, og nettopp derfor har en mer omfattende rettskildemessig analyse interesse. I samsvar med den alminnelige rettskildemessige tilnærming i norsk internasjonal privatrett spiller både internasjonale kilder og fremmed rett inn. I fremstillingen vil både disse og de mer tradisjonelle norske rettskildene vurderes enkeltvis og samlet. Artikkelen har imidlertid ingen komparativrettslig ambisjon. Mot slutten av fremstillingen presenteres noen samlende betraktninger som mer konkret besvarer artikkelens hovedproblemstilling.

¹ Om dette, se kapittel 1.3.

² Se nærmere om uttrykket ”internasjonalt preseptoriske regler” i kapittel 2.2.

Bakgrunnen for valg av tema er at utenlandsk arbeidskraft blir stadig mer etterspurt i Norge. Per mars 2009 hadde rundt 96 300 utlendinger gyldige arbeidstillatelser i Norge, og behovet for arbeidskraft ser ikke ut til å avta.³ I forlengelsen av arbeidsinnvandringen er det oppstått diskusjoner om hvilke regler som skal gjelde for utenlandske arbeidstakere. Et annet tema som har vært debattert, er hvordan sosial dumping og dårlige arbeidsvilkår bør forhindres. Disse diskusjonene har blant annet sammenheng med at det særlig i 2008 ble rapportert om hendelser fra blant annet bygg- og anleggssektoren der norske arbeidsrettslige regler ble brutt.⁴ Et annet forhold som aktualiserer problemstillingen, er de tilfellene hvor nordmenn arbeider midlertidig i utlandet. Utviklingen synes også her å vise en jevn økning,⁵ i tråd med at arbeidserfaring fra utlandet generelt regnes som attraktivt.⁶ Samlet medfører disse omstendighetene at spørsmålet om internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten blir både relevant og i stigende grad aktuelt.

1.2 Generelle utgangspunkter om lovvalg

Utgangspunktet for lovvalgsavtaler i norsk rett er prinsippet om *partsautonomi*. Det vil si at det er opp til partene selv å avgjøre hvilket lands rett som skal regulere avtaleforholdet. Prinsippet om partsautonomi er kommet til uttrykk i lov om lovvalg for løsørekjøp § 3 og forsikringslovvalgsloven § 9a, og det forutsettes blant annet i agenturloven og forbrukerkjøpsloven.⁷ Det kan også vises til det norske

³ Utlendingsdirektoratet (2009). For statistikk om arbeidsinnvandring til Norge, se også Utlendingsdirektoratet (2008), Aftenposten (2008) s 11, Svensbraaten (ukjent publiseringsdato), Statistisk sentralbyrå (2008), Berge m.fl. (2008).

⁴ Se eksempelvis Bygg.no (2008), Lønnå (2008), Kvalheim og Aale (2008), Sæther (2008), Henriksen m.fl. (2008).

⁵ Skaar (2006), Dahle (2001). Statistikken gjelder slutten av 1990-tallet og begynnelsen av 2000-tallet.

⁶ Torvund (2008).

⁷ Lov 3. april 1964 nr 1 om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausørekjøp, lov 27. november 1992 nr 111 om lovvalg i forsikring (forsikringslovvalgsloven), lov av 19. juni 1992 nr 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) § 3, lov 21. juni 2002 nr 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 3.

utkastet til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område § 6(1) og det tilhørende høringsnotatet.⁸ Internasjonalt fremgår det samme blant annet av Romakonvensjonen⁹ artikkel 3 og uttalelser om denne i den såkalte Grønnboken,¹⁰ samt i praksis fra EF-domstolen.¹¹

Romakonvensjonen er en EU-konvensjon om lovvalgsregler i kontraktsforhold, og anses å ha betydelig rettskildemessig vekt i norsk rett. Konvensjonen var i lengre tid planlagt revidert og omgjort til en forordning,¹² og denne prosessen er nå blitt gjennomført. Forordningen som tar over for konvensjonen, ble vedtatt i juni 2008 og trer i kraft i desember 2009.¹³ *Grønnboken* redegjør for problemer knyttet til omdannelsen av konvensjonen til en forordning og inneholder også uttalelser om hvordan Romakonvensjonen skal forstås. Tradisjonelt har Grønnboken blitt tillagt vekt ved tolkningen av konvensjonen.¹⁴

Regelen om avtalefrihet ved inngåelse av lovvalgsavtaler er et ulovfestet prinsipp i norsk rett.¹⁵ Prinsippet kan ses i sammenheng med den alminnelige avtalefriheten,¹⁶ og det er hevdet at det er like naturlig med avtalefrihet på dette punkt som at det kan avtales voldgift og jurisdiksjon.¹⁷ Adgangen til å inngå lovvalgsavtaler er imidlertid

⁸ Høringsnotat s 9. Se nærmere under kapittel 7 om dette. Det presiseres at det som her omtales som "høringsnotat", ikke er det samme som "høringsbrev", jfr ved note 137.

⁹ Konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser af 19. juni 1980, 80/934/EØF.

¹⁰ Grønbog om omdannelse af Rom-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser av Kommisjonen for Det europeiske fællesskap, KOM (2002) 654 endelig, Brussel, 14.01.2003 (Grønnbok).

¹¹ Moss (2007) s 681, Grønnbok s 12, sak C-381/98 Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc., Saml. 2000 I-09305, avsnitt 15.

¹² Arnt Nielsen (2006) s 197-198.

¹³ Se under kapittel 6 om Roma I-forordningen.

¹⁴ Om Romakonvensjonen og Grønnboken, se kapittel 5.

¹⁵ For en drøftelse av hva som er det rettslige grunnlaget for partsautonomi i denne sammenheng, se Moss (2007) s 681-684. Hun konkluderer med at det mest naturlige er å anse partsautonomien som et ulovfestet prinsipp.

¹⁶ Med det tas det ikke her stilling til om den alminnelige avtalefriheten kan ses som rettslig grunnlag for partsautonomien ved lovvalg, sml Moss som argumenterer mot dette i Moss (2007) s 681-682.

¹⁷ Sml Krüger (1989) s 893.

ikke ubegrenset. Generelle begrensninger er *ordre public*, *fraus legis* og internasjonalt preseptoriske regler. Dette skal det straks redegjøres nærmere for. Avtalefriheten kan også ha mer spesielle begrensninger innen de enkelte rettsområdene. Når det gjelder arbeidsretten, argumenteres det i teorien gjerne for at hensynet til arbeidstakeren medfører at avtalefriheten bør være særlig begrenset.¹⁸ Det er derfor grunn til å fremheve at avtalefrihetens grenser kan være snevrere i arbeidslivet enn på andre livsområder.¹⁹

1.3 Unntak fra utgangspunktet om partsautonomi

1.3.1 Ordre public

Den kanskje viktigste generelle begrensningen av partsautonomien er såkalt *ordre public*.²⁰ Dette er et alminnelig prinsipp og en uunnværlig sikkerhetsventil der fremmed rett kommer til anvendelse.²¹ Prinsippet kan formuleres som at en domstol ikke anvender et annet lands rettsregler dersom dette virker støtende mot domstollandets egen rettsopfatning.²² I teorien er det fremhevet at urimelighet ikke er tilstrekkelig, det må foreligge ”en sterk motstrid med vår etiske og/eller sosiale oppfatning”.²³ En viktig presisering er at fokus er på *resultatet*, ikke på regelen i seg selv. Det er således resultatet som må være støtende mot rettsfølelsen.²⁴ En støtende regel som konkret likevel fører til et akseptabelt resultat, kan passere, i motsetning til en akseptabel regel som fører til et støtende resultat.²⁵

¹⁸ Om diskusjonen rundt avtalefrihetens begrensninger i arbeidsretten, se Mo (1995) s 946-948, Gaarder og Lundgaard (2000) s 242-243. Se også Jakhelln (2006) s 715 jfr note 756.

¹⁹ For mer om partsautonomi, se Høgtun (1955).

²⁰ Sml Cordes og Stenseng (1999) s 149-150.

²¹ Gaarder og Lundgaard (2000) s 101.

²² Gaarder og Lundgaard (2000) s 101, Gisle m.fl. (2002) s 211.

²³ Gaarder og Lundgaard (2000) s 104.

²⁴ Cordes og Stenseng (1999) s 151.

²⁵ Om *ordre public*, se Thue (2002a) s 176-198, Cordes og Stenseng (1999) s 149-161, Gaarder og Lundgaard (2000) s 99-118.

1.3.2 Fraus legis - rettsomgåelse

Et annet unntak fra utgangspunktet om partsautonomi er teorien om *fraus legis* ("uredelig lovvalg", rettsomgåelsesinnsigelsen, fraude à la loi).²⁶ Bakgrunnen er at uredelig omgåelse av regler via en lovvalgsavtale ansees lite beskyttelsesverdige. Det kan være uklart hvordan man skal behandle slike omgøelser. En måte er å ramme omgøelsen som ordre public. Et alternativ er å anse lovvalget som ikke bindende og at dommeren rett og slett unnlater å anvende den valgte rett.²⁷ Læren om *fraus legis* vil ikke bli nærmere drøftet da den ikke er sentral for den videre fremstillingen.²⁸

1.3.3 Internasjonalt preseptoriske regler

Det siste unntaket fra partsautonomien er det alminnelige prinsippet om internasjonalt preseptoriske regler.²⁹ Hva dette innebærer, skal det redegjøres nærmere for i neste kapittel.

2 Internasjonalt preseptoriske regler - terminologi og begrepsavklaring

2.1 Innledning

Det foreligger ingen klar konsensus om hva som omfattes av begrepet internasjonalt preseptoriske regler. Den definisjonen som fremkommer i Grønnboken til Romakonvensjonen, kan imidlertid legges til grunn som et utgangspunkt. Den lyder som følger:

"Internationalprivatretligt begreb, der betegner de regler, som en stat tillægger så stor vægt, at den kræver dem anvendt, når et retsforhold har til knytning til dens retsområde, uanset hvilken lov der i øvrig finder anvendelse."³⁰

²⁶ Gaarder og Lundgaard (2000) s 165.

²⁷ Cordes og Stenseng (1999) s 161-162, Thue (2002a) s 7-8.

²⁸ Om *fraus legis*, se Thue (2002b) s 715-728, Frantzen (2002) s 521-531.

²⁹ At internasjonalt preseptoriske regler er et alminnelig prinsipp, må følge av at det er utviklet fra ordre public som er et alminnelig prinsipp. Alternativt kan hjemmel også sies å være rettspraksis. Rettslig begrunnelse for å gripe inn har man funnet i statssuvereniteten, jfr Thue (2002a) s 201.

³⁰ Grønnboken s 47. Av språklige grunner velger jeg å benytte den danske oversettelsen.

Internasjonalt preseptoriske regler er altså normer som ikke kan fravikes ved lovvalgsavtaler fordi reglene regnes som fundamentale i norsk rett. Det ligger i denne definisjonen at for at en regel skal anses internasjonalt ufravikelig, må den også være preseptorisk på nasjonalt nivå. Dette er en absolutt forutsetning. En regel som er deklarasjon i nasjonal rett, kan altså ikke være tvingende på et internasjonalt plan.³¹

Det følger også av definisjonen at ”internasjonalt preseptoriske regler” er noe annet enn det som undertiden omtales som ”internasjonale preseptoriske regler” (*jus cogens*) i folkeretten.³² Sistnevnte karakteriserer overordnede sedvanerettsregler som er så grunnleggende og viktige at de ikke kan fravikes ved traktat.³³ Begrepet hører først og fremst hjemme i folkeretten og er ikke tema i denne artikkelen.

Det foreligger ulike navn på det fenomenet som her kalles internasjonalt preseptoriske regler. I tillegg til at fenomenet betegnes på forskjellig måte på ulike språk, finnes det også variasjoner fra forfatter til forfatter. Det er derfor grunn til å redegjøre noe nærmere for terminologien som benyttes.

2.2 *Ulike navn på samme fenomen*

Historisk sett har fenomenet internasjonalt preseptoriske regler utviklet seg fra læren om ordre public. Tidligere ble det sondret mellom såkalt positiv og negativ ordre public; negativ ordre public svarte da til det som er beskrevet som ordre public i avsnitt 1.3.1 ovenfor. Begrepet brukes fortsatt med denne betydningen,³⁴ og det er også slik uttrykket negativ ordre public vil bli brukt i denne artikkelen.

Positiv ordre public ble i motsetning til dette ansett å være grunnleggende regler i domstolland. Disse ble anvendt umiddelbart uavhengig av om saken hadde tilknytning til utlandet eller ikke.³⁵

³¹ Thue (2002a) s 205.

³² Se eksempelvis Kaasin (2005) s 23 som snakker om ”...en ufravikelig internasjonal norm, såkalt *jus cogens*”.

³³ Ruud m.fl. (1997) s 36, sml Hannikainen (1988) s 1 flg.

³⁴ Thue (2000) s 324.

³⁵ Thue (2002a) s 181.

Som det fremgår er altså positiv og negativ ordre public begreper som i noen grad dekker samme fenomen. Med tiden utviklet læren om positiv ordre public seg til å bli det som nå omtales som internasjonalt preseptoriske regler.³⁶ Per i dag er det også dette begrepet – internasjonalt preseptoriske regler – som er blitt benyttet i lovgivningen, se forsikringslovvalgsloven § 5. Ved henvisning til eldre og utenlandsk litteratur må man imidlertid merke seg at enkelte forfattere stadig behandler internasjonalt preseptoriske regler som en del av læren om ordre public. Den eldre sontringen mellom positiv og negativ ordre public vil også ha betydning for hvordan man skal tolke blant annet utstasjoneringdirektivet³⁷ artikkel 3 nr 10, jfr i kapittel 9 nedenfor.³⁸

Andre betegnelser på kategorien internasjonalt preseptoriske regler er blant annet ”inngrepsnorm”, som er anvendt i nyere, norsk juridisk litteratur,³⁹ avledet av betegnelsen er ”Eingriffsnorm” fra tysk rett. I dansk og svensk rett har man valgt å bruke navn som ”internationalt præceptive regler”,⁴⁰ ”overordnede præceptive bestemmelser”,⁴¹ ”umiddelbart anvendelige regler”, ”direkte anvendelige love”, ”absoluta regler i lex fori” og ”internationellt tvingande regler”.⁴² Andre betegnelser er ”lois de police” og ”lois d’application immédiate” fra fransk rett og ”mandatory rules”, ”mandatory provisions”,

³⁶ Thue (2002a) s 181-182, 201. Enkelte sondrer tilsynelatende stadig mellom internasjonalt preseptoriske regler og positiv ordre public, se f.eks. Cordes og Stenseng (1999) s 163.

³⁷ Europaparlaments- og Rådskdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utstasjoneringdirektivet).

³⁸ Thue (2002a) s 181.

³⁹ Bull (2002) s 46-47, Moss (2007) s 702.

⁴⁰ Arnt Nielsen (1997) s 539, Philip (1994) s 184, Lookofsky (2004) s 77, Siesby (1989) s 88, Motiver 2 spalte 148, 172.

⁴¹ Jfr Roma I-forordningen artikkel 9, dansk originalspråk.

⁴² Bogdan (2004) s 259, Bogdan (2006b) s 608, Thue (2002a) s 207-209, Würthner (2003) s 29 note 83, Prop.1997/98:14 s 28, Prop 1992/93:222 s 50, AD 2001 nr 10.

”mandatory rules in the international sense”, ”overriding rules” og ”overriding mandatory provisions” fra anglo-amerikansk rett.⁴³

For egen del velger jeg å bruke uttrykket ”internasjonalt preseptoriske regler”. For å unngå et ensformig språk vil ordet ”preseptorisk” til tider alternere med ”tvingende” eller ”ufravikelig”, mens ”normer” brukes synonymt med ”regler”. Innholdsmessig innebærer altså disse begrepene det samme i den videre fremstillingen.

2.3 *Nærmere om internasjonalt preseptoriske regler*

2.3.1 *Sondring mellom reglene som privatrettslige og offentligrettslige*
Termen internasjonalt preseptoriske regler har ikke en skarpt avgrenset betydning. Tvert imot legges det ofte forskjellig innhold i begrepet. Utgangspunktet er likevel greit: Internasjonalt ufravikelige normer er regler stater anser som så viktige i nasjonal rett at de ikke godtas fraveket ved lovvalgsavtaler.

Etter vanlig lære er det imidlertid en *rekke* regler man ikke kan avtale seg vekk fra med lovvalgsavtaler. Dette gjelder særlig offentligrettslige bestemmelser, noe som medfører at lovvalgsavtalers anvendelsesområde begrenses til privatrettslige regler.⁴⁴ Når offentligrettslige regler jevnt over ikke kan fravikes, blir forholdet altså at slike regler som den store hovedregel kommer til anvendelse på alt arbeid som utføres i Norge. Motsetningsvis får reglene ikke anvendelse i utlandet.⁴⁵

Ved avgjørelsen av hva begrepet omfatter, sondres det i forlengelsen av dette mellom tilfeller hvor man er utenfor eller innenfor partsautonomiens område. Mens enkelte kun regner de viktigste privatrettslige reglene som internasjonalt preseptoriske, tenker andre

⁴³ Thue (2002a) s 207-209, Moss (2007) s 702, Würthner (2003) s 29 note 83 med videre henvisninger. Se også Roma I-forordningen artikkel 9 i engelsk originalversjon.

⁴⁴ Bull (2002) s 47, Liukkunen (2004) s 147, Svénné Schmidt (2000) s 235, sml Blok (1981) s 120, Philip (1994) s 176-177, se også Danske forarbeider jfr Motiver 2 spalte 172.

⁴⁵ Fougner og Holo (2006) s 83 jfr 80, Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 15, Cordes og Stenseng (1999) s 162-164, Liukkunen (2004) s 107 og 148 jfr note 680, Mo og Lolleng (2001) s 122-123, sml Rt. 1939.205.

på disse *i tillegg* til de typisk offentligrettslige bestemmelsene.⁴⁶ Sagt på en annen måte sikter altså noen til *alle* de reglene man ikke kan fravike ved lovvalgsavtaler, mens andre kun tenker på de viktigste privatrettslige reglene som i utgangspunktet kan fravikes. Det følger av dette at regler innenfor partsautonomiens område kan tenkes å være internasjonalt preseptoriske. Spørsmålet er om også regler som er *utenfor* partsautonomien, omfattes av begrepet.⁴⁷

Det kan ha gode grunner for seg å bare karakterisere privatrettslige regler som mulig internasjonalt preseptoriske. Én fordel er at problemstillingen blir spisset når man ikke samtidig inkluderer de offentligrettslige reglene som tradisjonelt er ufravikelige. Det er også nærliggende å anse det som to ulike rettslige situasjoner om man er innenfor eller utenfor partsautonomiens område.

På den annen side må det erkjennes at sontringen mellom offentligrettslige og privatrettslige regler ikke er klar i norsk rett. Grensedragningen kan i praksis være vanskelig, også på arbeidsrettens område. Dette skyldes blant annet at offentlige organer som Arbeidstilsynet nå i større grad medvirker ved reguleringen av forholdet mellom borgere.⁴⁸ I tillegg kommer at visse regler undertiden kan bære preg av å være både offentligrettslige og privatrettslige. Et eksempel på dette er bestemmelsene om arbeidstid i arbeidsmiljøloven kapittel 10.⁴⁹ Et ytterligere kompliserende moment ved en teoretisk behandling er at rettssystemer som det anglo-amerikanske ikke anerkjenner sontringen mellom privat og offentlig rett på samme måte.⁵⁰

Distinksjonen mellom offentlig rett og privatrett er vesentlig i forbindelse med lovvalgsavtaler. Sontringen blir også viktig for den videre fremstillingen, særlig når det kommer til utstasjoneringdirek-

⁴⁶ Sml f.eks. Blok (1981) s 127, Würthner (2003) s 5 og Thue (2002a) s 209. Se Krebber (2000) 533-534.

⁴⁷ Se videre om sontringen mellom reglenes karakter som offentligrettslige og privatrettslige i kapittel 2.3.

⁴⁸ Gisle m.fl. (2002) s 203.

⁴⁹ Fougner og Holo (2006) s 80, sml Liukkunen (2004) s 107, Mo og Lolleng (2001) s 123.

⁵⁰ Lando (1981) s 347.

tivet.⁵¹ Årsaken til at offentligrettslige regler i hovedsak anvendes på arbeid som utføres i de enkelte land, er at offentlig rett generelt anses som et uttrykk for landenes økonomiske og rettspolitiske interesser.⁵² Rettslig sett er forklaringen at alle land har rettslig frihet på den måte at de ikke tar imot instruksjoner fra andre stater. Dette er det folkerettslige prinsippet om statssuverenitet,⁵³ som innebærer at ingen land er berettiget til å intervenere i andre lands indre anliggender. Motsetningsvis følger at ingen stater bistår andre stater med å håndheve deres internrettslige forhold uten etter anmodning. I den senere tid har det likevel unntaksvis hendt at domstolene anvender andre lands offentligrettslige regler.⁵⁴ Dette vil i så fall være etter en konkret vurdering, der momenter blant annet er hva slags betydning en anvendelse vil ha for landenes interesser, inngrepets art, om det er tilsvarende regler i domstollandet, samt om internasjonale konvensjoner regulerer forholdet.⁵⁵ Det er også en forutsetning at de utenlandske reglene ikke er i strid med norsk rett.⁵⁶

Utgangspunktet for arbeidet med artikkelen har vært de internasjonalt preseptoriske regler innen partsautonomiens område, med andre ord de privatrettslige reglene. Det forhold at grensedragningen mellom offentligrettslige og privatrettslige regler kan være diffus, innebærer imidlertid at det verken er hensiktsmessig eller mulig med en konsekvent sondering etter reglenes karakter. Den videre fremstillingen vil derfor omhandle begge typer regler, men med hovedfokus på de privatrettslige reglene. De klart offentligrettslige regler som uansett vil komme til anvendelse for arbeid i Norge, blir viet mindre plass.⁵⁷ Dette gjelder for eksempel reglene om helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplassen, som tradisjonelt anses som offentligrettslige regler. Et annet eksempel er reglene om påbud om registrering

⁵¹ Jfr kapittel 9.

⁵² Svénné Schmidt (2000) s 235.

⁵³ Sml Gisle m.fl. (2002) s 278.

⁵⁴ Liukkunen (2004) s 148.

⁵⁵ Cordes og Stenseng (1999) s 164, Philip (1982) s 81.

⁵⁶ Mo og Lolleng (2001) s 124.

⁵⁷ Dette gjelder altså de samme reglene som jevnt over ikke vil gis anvendelse der en norsk arbeidstaker arbeider i utlandet.

hos myndighetene.⁵⁸ Der arbeidet foregår i Norge, vil disse reglene normalt komme til anvendelse, og motsatt der arbeidet skjer i utlandet. At arbeidet hovedsakelig er utført i Norge, vil alltid være et meget tungtveiende moment i favør av å anvende norske regler av offentlig-rettslig karakter.

Som det følger av de foregående avsnittene, er det ikke gitt hvordan man bør avgrense begrepet internasjonalt preseptoriske regler. Der reglene er klart offentligrettslige, er det etter mitt syn mest naturlig å begrunne en tilsidesettelse av en lovvalgsavtale med dette. Ved privatrettslige regler, eller der det er tvilsomt om en regel er offentligrettslig eller privatrettslig, anser jeg det derimot mest praktisk å omtale reglene som internasjonalt preseptoriske.

2.3.2 Offentligrettslige regler i arbeidsretten

Offentligrettslige regler er tradisjonelt regler som gjelder forholdet mellom offentlige myndigheter og private. Karakteristisk for de offentligrettslige reglene er at de er gitt av samfunnshensyn og håndheves av myndighetene på eget initiativ. Overtredelse av reglene medfører ofte sanksjoner, typisk i form av straff. Jevnt over dreier det seg om ufravikelige minimumsregler for organisering av samfunn og marked, som for eksempel ordens- og sikkerhetsforskrifter.⁵⁹ Klassiske eksempler ellers er regler om skatt, toll og straff.⁶⁰

På arbeidsrettens område er innslaget av offentligrettslige regler stort. Dette omfatter blant annet forvaltningsrettslig regulering av arbeidsforhold, en del av arbeidervernlovgivningen, regler om sysselsetting, sosiale støtteordninger, med mer.⁶¹ Mer konkret kan nevnes bestemmelser om helse, miljø og sikkerhet, vern for gravide, barn og unge, samt arbeidstidsregler.⁶² Også reglene om vilkår for utleie av arbeidstakere er blitt kategorisert som offentligrettslige.⁶³

⁵⁸ Jfr Liukkunen (2004) s 148.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 11, Fougner og Holo (2006) s 80.

⁶⁰ Cordes og Stenseng (1999) s 164.

⁶¹ Mo og Lolleng (2001) s 36.

⁶² Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 11, 13, Lando (1981) s 345.

⁶³ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 12.

2.3.3 Privatrettslige regler i arbeidsretten

Mens offentlig rett gjelder forholdet mellom myndighetene og borgerne, gjelder privatretten forholdet borgerne imellom. Utgangspunktet for privatrettslige bestemmelser er at det er opp til partene selv å ivareta sine rettigheter og plikter gjennom avtaler, og at borgerne selv må påtale avtalebrudd eller tilsidesettelse av rettsreglene. Reglene kan fremgå både av avtale og av lov. Privatrettslig lovgivning er ofte, men langt fra alltid, deklarasjonsregler. Sanksjoner ved brudd på en privatrettslig regel kan for eksempel være erstatningsansvar og misligholdsbeføyelser i kontraktsforhold.⁶⁴

Til privatretten har man tradisjonelt regnet bestemmelser om arbeidsavtalens inngåelse, arbeidsplikkens innhold og partenes gjensidige lojalitets- og omsorgsplikt. Andre eksempler er regler om rett til lønn og oppfinnelser, arbeidsforholdets opphør og oppsigelsesregler, konkurranseklausuler og ferie.⁶⁵

2.4 *Begrepet relativitet*

Hva som omfattes av begrepet internasjonalt preseptoriske regler, kan ikke fastlegges en gang for alle. Tvert imot er betegnelsen relativ – reglenes innhold kan variere med både tid og sted. Det som anses som viktige arbeidsrettslige regler i ett land i dag, kan således være forskjellig i et annet land og/eller til en annen tid. Begrepet har ikke et ensartet innhold; fastleggelsen av dets innhold varierer med perspektivet man vurderer det fra. Sagt på en annen måte er internasjonalt preseptoriske regler en rettslig standard som endrer seg i tråd med samfunnsoppfatningene og den allmenne rettsutviklingen.

3 **Avgrensninger**

Temaet internasjonalt ufravelige regler krever noen avgrensninger. Først og fremst vil kontraktsrettslige spørsmål som knytter seg til den lovvalgsavtalen som forutsetningsvis er inngått, ikke bli behandlet. Dernest kan domstolene praktisere ulike argumentasjonsmønstre for å

⁶⁴ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 11, Fougner og Holo (2006) s 80.

⁶⁵ Lando (1981) s 345, Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 7, Holo (2006) s 17, sml Evju (1979) s 373, RG 2007.1489 (LA-2007-17447).

komme frem til konkret rimelige resultater. I forhold til lovvalgsavtaler kan det således for eksempel bli spørsmål om lovvalgsklausulen kan anses vedtatt, om innskrenkende tolkning, osv. Slike spørsmål faller utenfor fremstillingen. Ut over dette er det i første rekke den kollektive arbeidsretten som ikke vil bli gjenstand for noen nærmere drøftelser. Spesiell arbeidsrett blir heller ikke behandlet særskilt, det gjelder blant annet arbeidsavtaler for handelsagenter⁶⁶ og ansatte på fly⁶⁷ og skip.⁶⁸ Lovregler om dette vil likevel undertiden bli nevnt.

4 De tradisjonelle norske rettskildene

Spørsmålet i det videre er *hvilke* arbeidsrettslige regler som eventuelt kan betegnes som internasjonalt preseptoriske, og *hva* som taler for at akkurat disse anses som slike. Ved avgjørelsen av disse to spørsmålene må utgangspunktet tas i norsk internasjonal privatrett og alminnelig norsk rettskildelære. Det naturlige startpunktet blir da de kildene som tradisjonelt tillegges størst betydning i norsk rett, det vil si lov, forarbeider og rettspraksis med mer.⁶⁹

4.1 Lov og forarbeider

Med *Cordes og Stensengs* ord kan den norske lovgivningen om lovvalg generelt betegnes som ”nokså fattig”.⁷⁰ Dette er også tilfellet innenfor arbeidsretten. Det finnes ingen allmenn kodifikasjon av lovvalgsreglene i arbeidsforhold,⁷¹ temaet er kun tidvis berørt i enkelte

⁶⁶ Jfr ved note 7.

⁶⁷ Jfr lov om luftfart av 11. juni 1993 nr. 101 (luftfartsloven).

⁶⁸ Jfr sjømannsloven av 30. mai 1975 nr 18.

⁶⁹ Sml Eckhoff (2001) s 23 flg som lister opp en rekke rettskilder som tradisjonelt tillegges vekt.

⁷⁰ Cordes og Stenseng (1996) s 18. Se også Gaarder og Lundgaard (2000) s 88-89, Thue (2000) s 319, Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 15 og lovutkastet s 2 som bekrefter dette.

⁷¹ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 15.

lover og forarbeider.⁷² Når det kommer til internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten, er det ytterligere begrenset hva som er relevant. Det finnes imidlertid enkelte slike lovregler på andre områder, se for eksempel forsikringslovvalgsloven⁷³ § 5.

Bestemmelsen som helhet lyder: ”Selv om fremmed lov legges til grunn, skal norske domstoler anvende ufravikelige regler i norsk lov når de er tvingende uansett hvilket lands lov som ellers anvendes.” De få lovvalgsreglene som er lovfestet i nyere tid, er blitt transportert til norsk rett via EØS-avtalen. Forsikringslovvalgsloven er eksempelvis basert på direktiv 88/357 og direktiv 90/619,⁷⁴ mens agenturloven implementerer direktiv 86/653.⁷⁵ I og med at reglene stammer fra europeiske kilder, finnes det tilsvarende regler også i andre europeiske lands rett.⁷⁶

Forsikringslovvalgsloven § 5 forutsetter *at* det eksisterer internasjonalt ufravikelige regler på området, uten den sier ikke noe om hva slags regler dette er. Rettskilder knyttet til denne og lignende bestemmelser kan likevel gi veiledning for hva som ellers gjelder om internasjonal preseptivitet. Fra et analogisynspunkt kan reglene således ha betydning for den vurderingen som må gjøres i relasjon til arbeidsavtaler. Ved en slik nærmere vurdering vil imidlertid de skrevne rettskilder sannsynligvis bare kunne gi begrenset veiledning.

Det er også liten veiledning å finne i relevante lovforarbeider. I forarbeidene til forsikringsavtaleloven § 5 fremgår det at lovgiveren er

⁷² Se eksempelvis sjømannsloven § 1 og lov om internasjonalt skipsregister av 12. juni 1987 nr 48 §§ 3 og 6, jfr Mo (1995) s 942, Mo og Lolleng (2001) s 27-28.

⁷³ Jfr ovenfor med note 8. Sml agenturloven § 3.

⁷⁴ Rådets andet direktiv 88/357/EØF af 22. juni 1988 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring, om fastsættelse af bestemmelser, der kan lette den faktiske gennemførelse af den frie udveksling af tjenesteydelser, og om ændring af direktiv 73/239/EØF, Rådets andet direktiv 90/619/EØF af 8. november 1990 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte livsforsikringsvirksomhed, om fastsættelse af bestemmelser, der kan lette den faktiske gennemførelse af den frie udveksling af tejenesteydelser, og om ændring af direktiv 79/267/EØF.

⁷⁵ Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter.

⁷⁶ Moss (2009) s 71-72.

klar over fortolkningsproblemene knyttet til å gi en så lite skarpt definert regel. Man valgte likevel å overlate vurderingen til domstolene og nøyde seg med å slå fast det selvfølgelige, nemlig at det beror utelukkende på norsk rett hva som omfattes av reglen. Den eneste rettleiding som gis, er at det kan fremgå av lovtekst eller ved tolkning om en regel er internasjonalt tvingende.⁷⁷

4.2 Rettspraksis

Internasjonalt ufravikelige regler som fenomen var oppe i rettspraksis allerede i 1931, i den såkalte ”Thams-dommen”.⁷⁸ Saken gjaldt svik i forbindelse med gjennomføringen av en aksjeoverdragelsesavtale med tilknytning til utlandet. Ved lovvalget la Høyesterett til grunn den individualiserende metode, som fastlagt i Irma-Mignon-saken,⁷⁹ det vil si at en tvist ”fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning eller hvor det nærmest hører hjemme”. I Thams-dommen anvendte Høyesterett norsk rett og uttalte blant annet:

”Som en helt selvstendig grunn til at anvende norsk rett vil jeg ogsaa nevne, at det her er spørsmaal om kontraktens ugyldighet paa grunn av svik fra den ene parts side. Derav følger nemlig at dersom svik efter vedkommende fremmede retts ordning ikke skulde ha de samme alvorlige rettsfølger som efter norsk rett, vilde en norsk domstol være avskaaret at legge de fremmede rettsregler til grunn.”

Det er nærliggende å anse avgjørelsen som uttrykk for at avtalelovens bestemmelser om svik kan ansees å være av internasjonalt preseptoriske karakter.

Senere rettspraksis om internasjonal ufravikelighet har vært karakterisert som ”svært sparsom”.⁸⁰ På arbeidsrettens område er det hovedsakelig én avgjørelse det henvises til, *Rt. 1985.1319*, ”Pollard og Hamp-kjennelsen”.⁸¹ Heller ikke denne avgjørelsen sier noe direkte

⁷⁷ Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s 66.

⁷⁸ Se *Rt. 1931.1185* på s 1186.

⁷⁹ *Rt. 1923 II.59*.

⁸⁰ Fougner og Holo (2006) s 82, Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 15. Standpunktet er det samme hos Bull (2002) s 443, note 47.

⁸¹ Kjennelsen er også publisert i NAD 1984-85 s 782 og ND 1985 s 158. Pollard og Hamp-saken er omtalt i Mo og Lolleng (2001) s 87-88, 91-92, Jakhelln

om internasjonalt preseptoriske regler. Kjennelsen legger imidlertid til grunn at arbeidsmiljøloven i visse tilfeller får anvendelse uavhengig av partenes lovvalg, det vil si at internasjonalt preseptoriske regler undertiden må anses å foreligge.

Saken gjaldt to britiske arbeidstakere, Pollard og Hamp, som var ansatt i et britisk multinasjonalt konsern. Etter kontrakten forpliktet arbeidstakerne seg til å ta arbeidsoppdrag i hvilket som helst selskap i konsernet. Pollard og Hamp ble overført til Norge og fikk egne ansettelsesavtaler med et norsk datterselskap i Bergen. Etter å ha arbeidet 2-3 år hos datterselskapet, ble de beordret til Aberdeen. Dette motsatte de seg, og de ble derfor avskjediget. Pollard og Hamp gikk til søksmål med krav om gjeninnsettelse i stillingen inntil saken var rettskraftig avgjort, samt at avskjeden måtte kjennes ugyldig. Ansettelseskontraktene inneholdt en klausul om at disse ”shall be constructed and governed by English law”.⁸² Arbeidsgiver anførte at dette innebar avtale om både lovvalg og verneing og påstod saken avvist.⁸³ Byretten avviste saken, men avgjørelsen ble påkjært av Pollard og Hamp. I lagmannsretten ble avvsningspåstanden ikke ble tatt til følge. Retten uttalte at den ikke kunne legge til grunn

”at arbeidsforholdet har vært begrenset til et rent kortvarig oppdrag her i landet. Det må da etter lagmannsrettens mening antas at arbeidsmiljølovens tvingende kontraktsrettsbestemmelser i tilfelle slår i gjennom overfor lovvalgs klausulen i den opprinnelige ansettelseskontrakten”.⁸⁴

Arbeidsgiveren påkjærte lagmannsrettens kjennelse videre til Høyesteretts kjæremålsutvalg, som uttalte:

”Ved lovtolkingen har lagmannsretten tolket bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 61 jfr § 5 slik at det bare er ved kortvarige arbeidsforhold i Norge at loven kan fravikes. Utvalget er enig i denne lovtolking.”⁸⁵

(2006) s 707, 725, Cordes og Stenseng s 290-291, Fougner og Holo (2006) s 46, Liukkunen (2004) s 106.

⁸² Gulating lagmannsrett, kjennelse 4. september 1985, sak nr 85/1985, s 3.

⁸³ Sakens faktum fremgår av Rt. 1989.231 – ”Pollard og Hamp II” og lagmannsrettens kjennelse, jfr ovenfor med note 81.

⁸⁴ Lagmannsrettens kjennelse s 4.

⁸⁵ Rt 1985.1319, på s 1322. Lovhenvisningene gjelder arbeidsmiljøloven av 1977, jfr. tilsvarende § 15-11 jfr § 1-9 i arbeidsmiljøloven av 2005.

Resultatet i saken ble altså at de tvingende reglene om ”tvist om usaklig oppsigelse m.v.” i 1977-lovens § 61 jfr § 5 slo igjennom overfor partenes lovvalgsavtale. Kjæremålsutvalgets stadfestelse innebærer at arbeidsmiljølovens preseptivitetsbestemmelse slår igjennom overfor en lovvalgsklausul når ansettelsesforholdet her i landet ikke bare er av ”kortvarig” karakter. I forhold til bestemmelsene om avskjed og gjeninnsettelse i stillingen representerer derfor arbeidsmiljøloven etter en slik tolkning et innhugg i lovvalgsfriheten. Dette utelukker imidlertid ikke at partene gjennom en lovvalgsklausul kan avtale seg bort fra andre bestemmelser i loven også, når arbeidsforhold er av lengre varighet.

Lagmannsrettens konkrete vurdering om at Pollards og Hamps arbeidsforhold ikke bare var kortvarige, kunne Kjæremålsutvalget ikke overprøve, jfr tvistemålsloven⁸⁶ § 404. Arbeidsforholdene varte fra henholdsvis desember 1982 og november 1983 til vinteren 1985.⁸⁷ Et tidsrom på 2 - 3 år ble altså ikke ansett som kortvarig. Tilsvarende ble i en byrettsdom fra Stavanger⁸⁸ fem arbeidsoppdrag som varte fra halvannet til omtrent fire år, heller ikke regnet som kortvarige. Hva som kan tilfredsstillende vilkåret om ”kortvarig”, slik at domstolene vil respektere partenes lovvalg, må bero på en konkret vurdering.

Ut over Pollard og Hamp-kjennelsen er det lite relevant rettspraksis på arbeidsrettens område. I rettspraksis fra andre rettsområder er imidlertid reglenes formål fremhevet som et reelt hensyn.⁸⁹ Dette er også fremhevet i flere andre rettskilder, noe det kommes tilbake til.

For rettspraksis om internasjonalt preseptoriske regler på andre områder enn arbeidsrett, se Bull (2002) s 443 som i note 47 kort omtaler avgjørelsene inntatt i Rt. 1927.663, Rt. 1927.794, Rt. 1934.152, Rt. 1937.888 og Rt. 1969. 664. Ingen av disse avgjørelsene sier imidlertid noe generelt om hva som skal forstås som internasjonalt preseptorisk. I Rt. 1937.888 vurderes lovbestemmelsens formål som et reelt hensyn, men denne dommen angår etter mitt syn heller ordre public

⁸⁶ Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr 6 (tvistemålsloven).

⁸⁷ Jfr lagmannsrettens avgjørelse s 4.

⁸⁸ NAD 1987 s 1051 Stavanger.

⁸⁹ Rt. 1953.1132 s 1141 flg. Saken gjelder farskap og bidragsplikt, og omtales også i Rt. 2002.180.

enn internasjonalt preseptoriske regler. Se også Moss (2007) s 703-707 med noter, som omtaler enkelte av disse dommene

Det er usikkert hvorfor det foreligger såpass få dommer om internasjonalt preseptoriske regler. En nærliggende grunn kan være at tvister hvor spørsmålet kan oppstå, ofte er av en slik karakter at partene regelmessig vil se seg tjent med forlik. En part vil gjerne kvie seg for å utfordre motpartens grunnleggende sosiale rettigheter og lignende i domstolen. Fraværet av relevant praksis kan også bero på hyppig bruk av voldgift i internasjonale forhold.

I praksis viser det seg ellers at domstolene i tvilstilfeller ofte anvender sitt eget lands rett ("the homeward trend").⁹⁰ Dette kan bero på at hjemlandets regler anses som bedre, mer praktiske, eller lettere tilgjengelige. Det kan også være at de internasjonalt privatrettslige spørsmålene rett og slett overses,⁹¹ eller at dommeren finner andre typer begrunnelser for et rimelig resultat, uten at det prinsipielle spørsmålet om internasjonale preseptoriske regler avklares.

4.3 *Norsk teori*

4.3.1 Innledning

Når det er lite veiledning å hente i lov, forarbeider og rettspraksis, innebærer det at juridisk teori får større betydning enn den vanligvis har. Dette er bakgrunnen for at det har vært hevdet at litteraturen er "den viktigste rettskilden innenfor IPR".⁹² Det er også sagt at rettsteori "har bidratt til å utvikle norsk IPR mer enn kanskje noen annen rettsdisiplin".⁹³

På tross av at juridisk litteratur ser ut til å ha både relevans og vekt som rettskilde, er den norske rettsteorien ikke særlig omfattende. Sammenlignet med endel andre land er det faktisk et så spinkelt rettsgrunnlag at enkelte mener det knapt kan snakkes om noen norsk

⁹⁰ Gaarder og Lundgaard (2000) s 35-36.

⁹¹ Eckhoff (2001) s 297-298.

⁹² Cordes og Stenseng (1999) s 36 som henviser videre til Gjelsvik i note 21. "IPR" og "IP" er vanlige forkortelser for "internasjonal privatrett".

⁹³ Cordes og Stenseng (1999) s 37.

rettsteori på området.⁹⁴ Det foreligger likevel enkelte spredte uttalelser som kan ha relevans for artikkelens problemstilling, og som vil bli diskutert i det følgende. Uttalelsene er for en stor del rent generelle, men det innebærer ikke at de ikke er relevante for arbeidsrettens del, eller at det ikke kan utledes noe fra uttalelsene. Det må likevel gjøres en reservasjon med hensyn til vekten av en del av de generelle uttalelsene i litteraturen. Ved inngåelse av kontrakter generelt vil partene oftest være mer jevnbyrdige enn ved den typiske arbeidsavtale. Dette medfører at hensynene vil være noe forskjellige ved alminnelige kontraktsforhold og arbeidsavtaler. Enkelte uttalelser bør derfor tones noe ned vektmessig sett i forhold til arbeidsretten.

Når det gjelder utenlandsk teori, som for øvrig er langt mer omfangsrik, redegjør jeg for i kapittel 8 nedenfor. I kapittelet her er temaet utgangspunktet og de kumulative tilnæringsmåtene som kan utledes fra norsk rett.

Etter *Evjus* syn er det særlig tre forhold som skiller arbeidsavtaler fra alminnelige kontrakter: For det første innebærer ikke arbeidsavtaler utelukkende økonomiske aspekter. I motsetning til for eksempel vanlige kjøpskontrakter medfører arbeidsavtaler tvert imot også at det oppstår et sosialt forhold mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren. For det andre inngås ikke arbeidskontrakter mellom likeverdige og jevnbyrdige parter. Jevnt over vil arbeidstakeren ha mindre forhandlingsstyrke enn arbeidsgiveren. For det tredje peker *Evju* på at arbeidsavtaler typisk er ufullstendige. Med dette mener han at ytelsene i kontraktsforholdet ikke er regulert i detalj, men at det derimot forutsettes en fastsettelse og komplettering av avtalene gjennom kontraktforholdets løp. Disse tre særtrekk medfører, slik *Evju* ser det, at arbeidsavtaler ikke nødvendigvis er sammenlignbare med andre typer kontrakter. Tvert imot utgjør arbeidsavtaler en særskilt rettslig kategori.⁹⁵

4.3.2 Utgangspunkt: Avtalefriheten er ikke ubegrenset

Det er omdiskutert i hvilken utstrekning partsautonomien ved lovvalg er begrenset på arbeidsrettens område. Som utgangspunkt legges det

⁹⁴ Mo og Lolleng (2001) s 33-34, Mo (1995) s 944, Cordes og Stenseng (1999) s 37. Disse uttalelser er riktig nok av eldre dato enn den grundige fremstillingen i Thue (2002a), som i dag er standardverket fremfor noe innenfor rettsområdet internasjonal privatrett.

⁹⁵ For mer om distinksjonen mellom alminnelige kontrakter og arbeidsavtaler, se *Evju* (2003) s 4-10. Se også kapittel 4.4 nedenfor om reelle hensyn.

til grunn at avtalefriheten ikke er ubegrenset.⁹⁶ *Jakhelln* gir eksempelvis uttrykk for at full avtalefrihet ”ikke” er ”ubetenkelig”, og begrunner det kort med hensynet til arbeidstakeren.⁹⁷ *Gaarder og Lundgaard* sier at ”svaret er sikkert nei” på spørsmålet om partsautonomien har samme plass innenfor arbeidsretten som i de andre obligasjonsrettslige disiplinene.⁹⁸ *Krüger* uttrykker seg sterkere, og ikke bare om arbeidsrett, og hevder generelt i forbindelse med partsautonomi og lovvalg at:

”Norske domstoler *utvilsomt* [har] formell – logisk – kompetanse til å skjære gjennom og gi [en] preseptorisk ... regel direkte anvendelse tross jurisdiksjons- eller lovvalgs klausule[r] ...”⁹⁹ (min kursivering).

Hans generelle begrunnelse er knyttet til at preseptorisk lovgivning ikke skal kunne omgås ved lovvalgsavtaler. Dette resonnementet er særlig relevant på arbeidsrettens område og ligger til grunn også for *Pollard og Hamp*-kjennelsen, som er omtalt ovenfor.

4.3.3 Tilnærming: Utgangspunkt i reglens formål

Når det gjelder den nærmere vurderingen av hva som omfattes av internasjonalt tvingende regler, er det etter *Thues* oppfatning ”enighet” i teorien om at ”formålet [med reglene] bestemmer begrensningene”.¹⁰⁰ *Moss* ser ut til å gi sin tilslutning og uttaler at ”fastsettelsen er basert på en funksjonell vurdering av reglens formål...”.¹⁰¹ *Liukkunen* på sin side nøyer seg med et deskriptivt utsagn om at reglens formål har stor betydning i norsk internasjonal arbeidsrett når domstollandets rett får forrang.¹⁰² *Gaarder og Lundgaard* vil også ta utgangspunkt i reglens formål; ifølge dem skal ”en internt preseptorisk regel ... gis den internasjonale slagvidde som dens formål tilsier”.

⁹⁶ Om diskusjonen rundt dette, se *Mo og Lolleng* (2001) s 86-90, *Mo* (1995) s 945-948, *Høgtun* (1955) s 33.

⁹⁷ *Jakhelln* (2006) s 702, se også s 715.

⁹⁸ *Gaarder og Lundgaard* (2000) s 253.

⁹⁹ *Krüger* (1989) s 893.

¹⁰⁰ *Thue* (2002a) s 205.

¹⁰¹ *Moss* (2007) s 704, se også *Moss* (1999) s 104-105.

¹⁰² *Liukkunen* (2005) s 213.

Gaarder og Lundgaard tilføyer imidlertid en generell reservasjon for de tilfeller ”når ... andre hensyn fører til et annet resultat”.¹⁰³

Reglenes formål er altså utgangspunktet når det skal fastlegges hva som omfattes av begrepet internasjonalt tvingende regler. Som Gaarder og Lundgaard indikerer er imidlertid ikke reglenes formål det eneste reelle hensynet som kan tillegges vekt. Vurderingen vil bero på hva de reelle hensynene *samlet sett* taler for; reglenes formål er således kun ett – om enn viktig – moment ved vurderingen.

4.3.4 Tilnærming: Internasjonalt preseptoriske regler er en snever unntakskategori

Gaarder og Lundgaard har utdypet sitt standpunkt ved å antyde at det skal endel til før en internasjonalt preseptorisk regel kan sies å foreligge. De uttaler at internasjonalt ufravikelige normer er regler som er et ”direkte og adekvat uttrykk for vår moraloppfatning”, det vil si ”regler som overhodet ikke *tåler* innblanding av fremmed rett” (min kursivering).¹⁰⁴ Dette bekrefter at ikke enhver regel som er internt preseptorisk, også vil være det internasjonalt. Det er altså sterkt begrenset hva slags regler som kan omfattes av kategorien internasjonalt preseptoriske regler.

Også andre teoretikere har gitt uttrykk for at internasjonalt ufravikelige normer kun er en snever unntakskategori. Et eksempel på dette er *Moss*. Etter hennes syn er internasjonalt preseptoriske regler et ”unntak”, og forutsigbarhet taler for at kategorien bør tolkes ”mest mulig restriktivt”. Både forutsigbarhet og hensiktsmessighet taler for at såvel lovgiveren som domstolene bør være ”meget tilbakeholden” med å utforme regler som innebærer sensur av partenes frivillige lovvalgsavtale.¹⁰⁵ *Thue* for sin del nøyer seg med å si at ikke alle regler som er nasjonalt preseptoriske, også vil være det internasjonalt.¹⁰⁶ *Cordes og Stenseng* sier på den annen side generelt at det er tale om

¹⁰³ Gaarder og Lundgaard (2000) s 106-107.

¹⁰⁴ Gaarder og Lundgaard (2000) s 105-106.

¹⁰⁵ Sml Moss (1999) s 104-106 og s 145-146, se Moss (2000) s 140-141, Moss (2001) s 124-125, Moss (2002) s 468, 474, Moss (2007) s 704-705, 708-709, 717.

¹⁰⁶ Thue (2002a) s 205.

”en snever unntaksregel”.¹⁰⁷ *Hambros* bok, som er av eldre dato, formidler en enda mer kritisk holdning til ufravikelige regler av internasjonal rang. Han mener bruken av internasjonalt ufravikelige regler ”lett [vil] kunne lede til en sterkt nasjonalistisk oppfatning som ville kunne bety en negasjon av den internasjonale privatrett”.¹⁰⁸ Uttalelsen er mer enn 50 år gammel, og det er således grunn til å sette spørsmålsteget ved om synspunktet er representativt for dagens oppfatninger.

Det synes klart at internasjonalt preseptoriske regler er en snever kategori. Det skal altså mye til for at en domstol vil tilsidesette partenes valg av materiellrettslig løsning gjennom et frivillig vedtatt lovvalg. Bakgrunnen for dette er kort forklart hensynene til forutsigbarhet og innrettelse, som ofte nettopp er motivet for partene når det inngås en lovvalgsavtale.

4.3.5 Tilnærming: Grensedracting mellom rettsreglene ettersom de har bakgrunn i private eller offentlige interesser

Litteraturen har også en annen tilnæringsmåte: Den sondrer mellom regler som ivaretar henholdsvis det offentlige eller privates interesser. Denne sondringen er ikke helt skarp; grensen trekkes etter hva slags interesser reglene *bærer preg av* å ta hensyn til. Sondringen er heller ikke sammenfallende med om reglene er av privatrettslig eller offentligrettslig art. Offentligrettslige regler kan være i privates interesse, og vice versa. Synspunktet i litteraturen er at regler som fremmer offentlige interesser, lettere vil være internasjonalt preseptoriske enn regler som tilgodeser private parters interesse.

Thue kan tas til inntekt for denne sondringen. Han hevder at det ”stort sett [er] enighet om at regler med nærings-, sosial- og kulturpolitisk begrunnelse kan ha kvaliteten internasjonalt preseptoriske. Regler som skal ivareta privates interesser har det ikke”.¹⁰⁹ *Moss* peker på at bestemmelser som verner om ”den svakere kontraktspart, en mulig tredjepart, den nasjonale økonomis interesser

¹⁰⁷ Cordes og Stenseng (1999) s 155, sammenfallende behandling av positiv og negativ ordre public.

¹⁰⁸ Hambro (1957) s 296-297.

¹⁰⁹ Thue (2002a) s 207 jfr som henviser til Philip, Audit, Kropholler og Bogdan i note 887.

og samfunnets interesser”, kan være internasjonalt ufravikelige. Flere av disse hensynene har sin motpol i bestemmelser som bygger på rent private interesser.¹¹⁰ Sannes mener at hensynene bak de internasjonalt preseptoriske reglene ofte er ”statlige, næringsmessige og politiske”.¹¹¹ Også disse hensynene står som en motsetning til normer dannet med bakgrunn i privates interesser, og standpunktet har således likheter med Thues.

Når man kommer til arbeidsretten, er det imidlertid vanskelig å opprettholde sontringen fullt ut. De reglene som tar hensyn til privates interesser i arbeidsretten, er ofte også begrunnet i sosialpolitiske hensyn. Thue peker også på dette, og etter hans syn er det både generelt og konkret umulig å trekke klare grenser.¹¹² Det vil likevel kunne være et moment i hvis interesse reglene er gitt.

4.3.6 Eksempler

Den juridiske litteraturen oppstiller også enkelte eksempler. Noen gjelder hva som *kan* være internasjonalt ufravikelige regler, mens andre gjelder hva som *ikke* vil være det. Innledningsvis kan det bemerkes at arbeidsretten utpeker seg som et område der det typisk kan finnes internasjonalt preseptoriske regler. Flere forfattere fremholder at slike normer særlig omfatter regler som skal verne den svakere parten i et rettsforhold.¹¹³ Dette er typisk tilfelle i arbeidsretten,¹¹⁴ og flere av forfatterne trekker også frem dette rettsområdet som et eksempel.

I den norske litteraturen er det først og fremst *Krüger* som presenterer konkrete eksempler som er relevante for problemstillingen. Hans drøftelse behandler imidlertid ikke ordre public og internasjonalt preseptoriske regler klart atskilt, noe som kan redusere eksemplenes vekt i denne sammenheng. *Krüger* uttaler om interlegal kontraktsrett at:

¹¹⁰ Moss (2000) s 140.

¹¹¹ Sannes (1998) s 9.

¹¹² Thue (2002a) s 207.

¹¹³ Cordes og Stenseng (1999) s 154, Moss (1999) s 86-94, Moss (2000) s 140, Sannes (1998) s 53.

¹¹⁴ Jfr kapittel 4.4 om reelle hensyn.

”I teori og praksis synes det som om enkelte kontraktsrettselementer vil ha relativt sterk motstandskraft overfor ikke-reprobative¹¹⁵ lovvalg som truer regelbruken. Det gjelder foruten kontrakter med tilknytning til norsk fast eiendom, arbeidsrettslige verneregler (f eks oppsigelsesvernet), videre forbrukerverneregler ..., altså nettopp slik lovgivning som i første rekke klassifiseres som deler av norsk preseptorisk kontraktsrettslovgivning.

Til gjengjeld synes det som om norske domstoler i langt større grad vil akseptere fremmedrettslige løsninger vedrørende rettslig handleevne, ... stedlige regler om form og andre vilkår for bundenhet.”¹¹⁶

Foruten en generell henvisning til teori og praksis som begrunnelse for sitt standpunkt, peker Krüger på at også Romakonvensjonen art 5 og 6 er basert på at oppsigelsesvern ikke bør kunne nøytraliseres av en avtale.¹¹⁷

Krüger konkretiserer ikke hva det siktes til med termen ”oppsigelsesvern”. Begrepet omfatter ulike regler, for eksempel bestemmelsene om vern mot usaklig oppsigelse og ubegrunnet avskjed, formkrav ved ensidig terminering av ansettelsesforholdet, prosessuelle regler, og så videre. I den arbeidsrettslige litteraturen omtales kravet til saklig grunn for oppsigelse som den mest sentrale bestemmelse innen oppsigelsesreglene.¹¹⁸ I tråd med dette er det sannsynlig at det er det materielle stillingsvern Krüger sikter til når han taler om oppsigelsesvern, jfr nå arbeidsmiljøloven §§ 15-7 og 15-14.

Krüger oppstiller også eksempler på hva som trolig vil bli akseptert av fremmedrettslige løsninger. Blant annet nevner han ”stedlige regler om form”. I forhold til arbeidsretten vil det medføre at kravene til ansettelsesavtalens skriftlighet i arbeidsmiljøloven §§ 14-5 og 14-7 til 14-8 ikke bør omfattes av kategorien internasjonalt preseptoriske regler. På samme måte vil minimumskravene i arbeidsmiljølovens

¹¹⁵ Ordet ”reprobere” betyr ”misbillige, forkaste, fordømme”, jfr Berulfsen og Gundersen (2001) s 389. At noe er ”reprobert”, er et gammelt uttrykk for noe rettsordenen ikke godtar. Det Krüger sikter til med ikke-reprobative lovvalg, er trolig lovvalg som ikke i seg selv er uakseptable.

¹¹⁶ Krüger (1989) s 894.

¹¹⁷ Krüger (1989) s 895. At det er Romakonvensjonen Krüger snakker om, fremgår av henvisningen til Siesby (1983b) s 141.

¹¹⁸ Jakhelln (2006) s 416.

§§ 14-6 og 14-7 til hva avtalen skal inneholde, etter et slikt resonnement ikke omfattes.

4.3.7 Norsk teori samlet sett

Som det fremgår av det jeg har sagt så langt, er juridisk litteratur en rettskilde av betydning for hovedproblemstillingen i denne artikkelen. For norsk litteraturs vedkommende er det likevel begrenset veiledning å hente for en mer detaljert løsning av problemstillingene. Konkret bekrefter juridisk teori at en regels internasjonale rekkevidde må bestemmes av dens formål, veid opp mot de reelle hensyn som taler mot at regelen anses internasjonalt preseptorisk. Det er en snever gruppe regler som kan anses internasjonalt tvingende, og disse vil typisk ha preg av å verne offentlige interesser. Som eksempel nevnes i teorien stillingsvernet, men uten at avgrensningsspørsmål blir problematisert.

4.4 *Reelle hensyn*

4.4.1 Innledning

Alle rettsregler bygger på et sett av hensyn som kan vektlegges ved den konkrete rettsanvendelsen. Til spørsmålet om internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten finnes det – som antydnet – få klare rettskilder. Situasjonen er imidlertid ikke annerledes enn ellers i hjemlig rett fordi man befinner seg på et internasjonalt plan. I et konkret tilfelle vil spørsmål løses som ved andre tilsvarende situasjoner med rettskildemangel. Med dette menes at rettsanvenderen må prøve å finne den løsningen som gir det rimeligste og beste resultatet både generelt og konkret, og som harmonerer med de alminnelige regler i norsk rett.¹¹⁹ Dette standpunktet har fått alminnelig tilslutning i den norske litteraturen.¹²⁰ Konsekvensen av at rettskildene er få og usikre, er at reelle hensyn må tillegges relativt større vekt. I praksis kan reelle hensyn derfor bli en betydningsfull rettskilde ved vurderingen.

De sentrale reelle hensyn som står mot hverandre ved vurderingen av om en regel skal kvalifiseres som internasjonalt preseptorisk eller ikke, er stort sett behovet for forutsigbarhet og innrettelse versus vern for arbeidstakeren. Hvordan disse hensynene avveies i den

¹¹⁹ Gaarder og Bruzelius (1998) s 834.

¹²⁰ Gaarder og Lundgaard (2000) s 87 som i note 4 henviser til Hagerup, Platou, Stang, Gjelsvik, Knoph og Augdahl.

enkelte sak, vil bero på de konkrete omstendigheter. Det kan derfor hende at de hensyn som gir en god regel generelt, ikke står like sterkt i et enkelttilfelle.

I det følgende skisserer jeg først noen eksempler som vil tjene som illustrasjoner til den videre fremstillingen. Disse eksemplene viser hvordan vekten av de reelle hensynene kan variere fra et tilfelle til et annet. Det vil også fremgå av eksemplene hvor problematisk det kan være for sakens parter at rettstilstanden er uklar på dette området. Deretter er temaet de hensynene som foreligger for og mot internasjonalt preseptoriske regler.

4.4.2 Eksempler

Her skal det skissere tre ulike eksempler:

1. *Det første* gjelder en norsk arbeidstaker i en ledende stilling som insisterer på å få en lovvalgsklausul i ansettelsesavtalen. Årsaken er at han tror det ville gi ham økonomiske fordeler å la forholdet være regulert av fremmed rett. Arbeidsgiveren er i utgangspunktet ikke særlig interessert i dette, men går med på det siden det er om å gjøre å få vedkommende til å akseptere stillingen. På et senere tidspunkt oppdager arbeidstakeren at stillingsvernet etter det fremmede avtalte rettssystem er dårligere enn etter det norske. I den påfølgende tvist anfører den ansatte at kravet til saklig grunn for oppsigelse ikke er oppfylt etter norske internasjonalt preseptoriske regler. Spørsmålet er om dette kan føre frem.
2. *Det andre eksempelet* er en variant av det første, ved at det ikke er arbeidstakeren, men arbeidsgiveren som insisterer på at fremmed rett skal regulere forholdet. Arbeidstakeren har ikke andre jobbtillbud og må motstrebende godta lovvalgsklausulen i ansettelsesavtalen. Når arbeidsgiveren senere finner billigere arbeidskraft, blir arbeidstakeren sagt opp uten ytterligere begrunnelse. Dette er tillatt etter de materielle regler som følger av lovvalget, noe arbeidsgiveren hadde i tankene ved avtaleinngåelsen.
3. *Et tredje eksempel* kan være en utenlandsk arbeidsgiver som uten baktanke holder seg til lovvalgsavtalen om at arbeidsforholdet skal reguleres av hans hjemlands rett. Arbeidsgiveren har ved avtaleinngåelsen verken fått innsigelser mot lovvalget i avtalen eller hatt grunn til å tro at arbeidstakeren er misfornøyd med dette, avtalen ble signert uten videre spørsmål. Etter en tid viser det seg at det oppstår uenighet om arbeidstakers krav på ferie. Arbeidsgiveren hevder at hjemlandets rett ikke gir krav på ferie i det omfang som arbeidstakeren krever etter norsk rett. Arbeidstakeren på sin side mener at den ferie han tilbys er i strid med norske internasjonalt preseptoriske regler, og at fraværet av feriefritid går på livskvaliteten og helsen løs.

Som det følger av disse eksemplene, kan det undertiden by på problemer at det ikke er klart hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske. For partene skaper dette usikkerhet om rett og plikt, om man bør gå til sak, hvordan man skal legge opp en forhandlingsstrategi, og om saken eventuelt bør forlikes.¹²¹

¹²¹ Moss (2002) s 466.

I det videre skal det redegjøres nærmere for hva slags reelle hensyn som gjør seg gjeldende for og mot at en regel anses som internasjonalt tvingende.

4.4.3 Hensyn *mot* internasjonalt preseptoriske regler: Forutsigbarhet og innrettelseshensyn

Utgangspunktet for lovvalgsavtaler i internasjonal privatrett er som sagt avtalefrihet. Dette prinsippet har sin bakgrunn i dogmet om individets frihet og at partene som regel selv vet hva som er best for dem. Samfunnsmessig innblanding i avtalefriheten anses i utgangspunktet både som uhensiktsmessig, upraktisk og uønsket.

Når dette i utgangspunktet anerkjennes av rettsordenen som en kjerneverdi, kan det argumenteres for at det også bør få konsekvenser for den praktiske rettsanvendelse. Avtalefrihet er lite verdt hvis det ikke kan legges til grunn at det som er avtalt, vil stå seg for domstolene. Forutberegnelighet tilsier at det avtalte skal gjelde – *pacta sunt servanda*.¹²² Det blir vanskelig å innrette seg og forutsi sin rettsstilling hvis domstolene undertiden skjærer igjennom og anvender andre regler som de synes er bedre og viktigere. Bare *muligheten* for at det avtalte kan fravikes, medfører usikkerhet. Usikkerheten omfatter ikke bare hva som gjelder, men også hva som eventuelt kommer i stedet. Hadde reglene vært klare, kunne avtalepartene forholdt seg til dette. Når reglene derimot blir skjønnsmessige og vage, risikerer man i tillegg til å tape en rettssak også å sitte igjen med saksomkostninger for opptil flere instanser. Problemet som oppstår, er altså at man risikerer å ikke få avklart sin rettsstilling før domstolene har fattet en endelig avgjørelse.¹²³

Forutberegnelighet har særlig stor betydning i næringslivet. Hele vårt økonomiske liv baserer seg på at næringsdrivende kan ha tillit til at inngåtte avtaler respekteres og at de eventuelt håndheves av domstolene. I internasjonale forhold er det legitimt, hensiktsmessig og kanskje kommersielt nødvendig å kunne avtale fremmed rett gjennom en lovvalgsavtale. At det finnes en standardpreget og ulovfestet regel

¹²² Jfr Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687 (NL) 5-1-2.

¹²³ Moss 2007 s 717.

om internasjonal preseptivitet som ”knekker enhver spire til regeldannelse”, er derfor uheldig.¹²⁴

Usikkerheten knyttet til internasjonalt preseptoriske regler forsterkes av at det varierer mellom landene hva som legges i begrepet. Begrepets innhold avgjøres av den nasjonale retten i de enkelte land, og følgelig kan det bli avgjørende hvor saken kommer opp. Det åpnes dermed opp for muligheten til å påvirke sakens utfall ved å anlegge søksmål på et nøye utvalgt sted. Dette går under betegnelsen ”forum shopping”, hvilket det er et anerkjent formål å unngå.¹²⁵

Motvekten til forutberegnelighet og innrettelse er hensynet til vern for arbeidstakeren, jfr i kapittel 4.4.4 nedenfor. Det er imidlertid ikke gitt at det rettssystemet som velges i lovvalgsavtalen, er noe dårligere for arbeidstakeren enn det som gjelder ellers. Det valgte rettssystemet kan inneholde rettigheter som veier opp for eventuelle ugunstige elementer som også måtte finnes. Hvis man sensurerer en avtale på ett enkelt punkt, kan man således gå glipp av den helheten som finnes i lovverket innen det enkelte rettssystem. En tvist er normalt saklig begrenset til betydningen av en konkret regel, og en domstol vil sjelden ha tilstrekkelig oversikt over den helhetlige rettslige regulering i en annen stat til å kunne vurdere implikasjonen av å sensurere partenes lovvalg. Også disse hensyn taler mot at man anser regler som internasjonalt preseptoriske.

Det er heller ikke gitt at arbeidstakeren er en svak part som trenger beskyttelse mot sine egne uheldige disposisjoner, jfr eksempel 1 i kapittel 4.4.2 ovenfor. Slike arbeidstakere vil normalt ha de beste forutsetninger for å vurdere konsekvensene av en avtale. De kan sågar ha *bedre* kunnskap, erfaring og forutsetning enn arbeidsgiveren for å vurdere om en konkret lovvalgsavtale er til deres fordel eller ikke. Det blir derfor urimelig om disse *etterpå* med forretningsmessig sluhet skal kunne hevde seg vernet av internasjonalt preseptoriske regler.

¹²⁴ Uttrykk hentet fra Thue (1965) s 599 vedrørende den individualiserende metode.

¹²⁵ Jfr høringsnotat til utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område s 1.

Som fremstillingen hittil viser, er det altså ulike reelle hensyn som taler for at domstolene utviser tilbakeholdenhet med å skjære igjennom en lovvalgsavtale. Hensynet til forutberegnelighet er generelt ansett å være svært tungtveiende.¹²⁶

4.4.4 Hensyn for internasjonalt preseptoriske regler

Det er som nevnt allment anerkjent at avtalefriheten i noen utstrekning bør være begrenset på visse livsområder. Dette er typisk tilfelle i arbeidslivet. Folk flest vil normalt være avhengig av å opprettholde løpende inntekt, noe som kan medføre underlegenhet i forhold til en potensiell arbeidsgiver. Normalsituasjonen er at det alltid er en viss arbeidsledighet i samfunnet, og selv i gode tider er det konkurranse om de beste jobbene. Dette medfører at arbeidsgiver får et naturlig forhandlingsmessig overtak – det kan nesten alltid brukes som et argument at det er andre som vil ha jobben, om en selv ikke vil akseptere de fremsatte vilkårene.

I tillegg kommer at arbeidsgiver som regel vil ha bedre regelkunnskap og derfor i større utstrekning enn arbeidstaker vil vite hva som er hensiktsmessig å avtale sett fra sitt ståsted. Her har selvsagt ressurstilgang og bevissthet rundt ansettelsens rettslige virkninger mye å si. Arbeidsgiver vil ofte kunne betale for å få profesjonell hjelp til å utarbeide ansettelseskontrakter. Motstykket til dette er arbeidstakeren som – enten han går direkte fra utdanning til jobb, eller fra en jobb til den neste – normalt ikke har muligheter til å utforske konsekvensene av en lovvalgsklausul i den ansettelseskontrakten han tilbys. Tid og økonomi er faktorer som typisk vil hindre ham i dette. Denne forskjellen i styrkeforhold kan lett medføre at arbeidstakeren ser seg nødt til å undertegne på en lovvalgsklausul han ikke forstår rekkevidden av. Arbeidsavtaler er ofte standardkontrakter, noe som kan gjøre det enda vanskeligere for arbeidstaker å forhandle i ansettelsesprosessen. I jobbsøkerposisjonen vil man nødvendig ”krangle” om noe ”alle andre” tilsynelatende har godtatt uten innsigelser. Standardkontrakter gir også ofte inntrykk av å være godt gjennomtenkte, juridisk kvalitetssikret og således formelt ”korrekte”. I juridiske teori er det

¹²⁶ Sml Moss (2000) s 141, Moss (2001) s 125, Moss (2007) s 709.

derfor påpekt at ferdigskrevene standardkontrakter i realiteten ikke gir arbeidstaker mye valg.¹²⁷

Den svakere posisjonen arbeidstaker er i, bør kompenseres, og er i lovgivningen søkt kompensert, med et rettslig vern av arbeidstaker. De preseptoriske reglene i arbeidsmiljøloven bygger på grunnleggende hensyn om ivaretagelse av arbeidstakers interesser. Om alle disse vernereglene kunne unngås ved å avtale at et annet lands rett skulle regulere forholdet, ville dette undergrave mye av formålet med ufravikelige regler i seg selv. Tanken bak preseptoriske regler er jo nettopp at reglene ikke skal kunne fravikes ved avtale.¹²⁸

Riktignok vil ikke alle de reglene som er ufravikelige i arbeidsmiljøloven, også være internasjonalt ufravikelige. Regler i den sistnevnte kategorien kan likevel sikre at arbeidstakeren får visse grunnleggende minimums- eller basisrettigheter, slik at de groveste utslag av et uheldig lovvalg kan forhindres. De internasjonalt preseptoriske reglene blir et snevert unntak som åpner for å slå igjennom overfor en lovvalgsavtale der situasjonen samlet taler for det. Det kan derfor hevdes at den alminnelige forutberegnelighet som søkes vernet, ikke berøres i avgjørende grad, og at reglenes skjønnsmessige karakter er en styrke heller enn en svakhet. I og med at internasjonalt preseptoriske regler ikke er skarpe i kantene, kan man ramme de tilfellene hvor partenes lovvalg ikke fortjener det vern om forutsigbarhet som normalt foreligger. Samtidig som "normaltilstanden" stort sett opprettholdes, henger det altså en trussel om gjennomskjæring over de tilfellene der preseptoriske regler søkes omgått. Samlet oppnår man fleksibilitet og tilpasningsdyktighet i rettssystemet.

Situasjonen har likhetstrekk med avtaleloven § 36, som gir domstolene en alminnelig adgang til å gripe inn med sensur av avtaler som virker urimelige. Dette er i prinsippet et vesentlig skår i den forutberegnelighet som skulle følge av partenes avtaler, men i praksis er bestemmelsen ikke til hinder for den forutberegnelighet som partene har ønsket. Det er tvert imot nettopp når virkningen av kontrakten er blitt en helt annen enn det partene forutsatte, at avtaleloven § 36 kan komme en part til unnsetning. Prinsippet om internasjonale preseptoriske regler kan derfor tilsvarende sees som en mulighet for domstolen til

¹²⁷ Mo (1995) s 946, sml Fougner og Holo (2006) s 82.

¹²⁸ Sml Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s. 22-23.

å avbøte de utilsiktede virkninger av partenes lovvalg, snarere enn som et innhugg i forutberegneligheten.

Som det fremgår, kan avtalefrihetens forutberegnelighet ikke alltid stå seg overfor arbeidsrettens verneregler. Hvis enhver lovvalgsavtale skulle aksepteres, ville det kunne premiere spekulasjon i hvilket lands rettssystem som var gunstigst i de enkelte tilfelle. Den rettslige kontroll med fundamentale sider av arbeidslivet kunne bli illusorisk. Ensartet behandling av arbeidstakere og sterke reelle hensyn taler derfor for at lovvalgsklausuler bør kunne settes til side, noe reglene om internasjonalt ufravikelige regler nettopp sikrer en adgang til.¹²⁹

5 Romakonvensjonen

5.1 Innledning om Romakonvensjonen og Romaforordningen (Roma I) EF-konvensjonen om ”hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser”¹³⁰ ble vedtatt den 19. juni 1980.¹³¹ Konvensjonen ble signert i Roma og omtales av den grunn ofte som ”Romakonvensjonen”. Selv om vedtagelsen skjedde allerede i 1980, trådte ikke konvensjonen i kraft før 1. april 1991.

Formålet med konvensjonen var å samordne lovvalsreglene i EU. I forarbeidene til konvensjonen – Giuliano Lagarde – er det utdypet at formålet har vært å forebygge ”forum shopping”, å øke rettsikkerheten, samt å fremme forutsigbarheten med hensyn til hvilket lands rett som skal anvendes på kontraktsrettslige tvister.¹³²

”Giuliano Lagarde” er en rapport om konvensjonen som har status som forarbeid. Den er utarbeidet av professorene Giuliano og Lagarde som begge var medlemmer av ekspertgruppen som utarbeidet konvensjonen.

Da EUs unionstraktat ble revidert i 1997, ble det åpnet for at internasjonalprivatrettslige traktater mellom EU-landene kunne reguleres i

¹²⁹ Mo (1995) s 946-947.

¹³⁰ Dansk orginaltittel. Engelsk orginaltittel lyder ”EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”.

¹³¹ Om bakgrunnen for Romakonvensjonen, se bl.a. Arnt Nielsen (1997) s 485 flg, Liukkunen (2004) s 93 flg, Moss (1999) s 50-52 m.fl.

¹³² Jfr Giuliano Lagarde s 4. Se mer om begrepet ”forum shopping” og om Romakonvensjonens formål i kapittel 5.

forordninger.¹³³ Dette har allerede skjedd ved Brussel I-forordningen,¹³⁴ som omhandler internasjonalt vernetting og anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i EUs medlemsland.¹³⁵ Når det kommer til lovvalg, ble det i 2003 gitt en Grønnbok om omdannelse av Romakonvensjonen til forordning. Et forslag til forordning ble lagt frem i 2005,¹³⁶ og i juni 2008 ble forordningen vedtatt. Forordningen heter formelt "Forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpliktelse", men populært går den under betegnelsen "Roma I".¹³⁷

Det finnes også en forordning som gjelder forpliktelser *utenfor* kontraktsforhold, den såkalte "Roma II-forordningen".¹³⁸ En ytterligere forordning, "Roma III", tar sikte på å harmonisere de europeiske skillsmisselovene.¹³⁹

Selv om Roma I er vedtatt, trer den ikke i kraft før 17. desember 2009.¹⁴⁰ Det er dermed fremdeles Romakonvensjonen som gjelder mellom medlemslandene. Forordning er imidlertid av interesse da den sier noe om de forestående endringene av rettstilstanden.

5.2 Romakonvensjonen – rettskildemessige spørsmål

5.2.1 Konvensjonens betydning i norsk rett

Romakonvensjonen gjelder kun mellom EUs medlemsland og er ikke en del av EØS-avtalen, jfr konvensjonens artikkel 28 nr 1. I motsetning til våre naboland Danmark og Sverige, som begge har tiltrådt

¹³³ Denne revisjonen skjedde ved den såkalte Amsterdam-traktaten fra 1997, Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts. Traktaten medførte blant annet et utvidet samarbeid innen utenriks og sikkerhetspolitikk, jfr Gisle m.fl. (2002) s 15, Sejersted m.fl. (2004) s 28. Traktaten trådte i kraft 1. mai 1999.

¹³⁴ Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

¹³⁵ Nielsen (2006) s 429 flg.

¹³⁶ Brussel, 15.12.2005, KOM (2005) 650 endelig, 2005/0261 (COD).

¹³⁷ Europa- Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 af 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I).

¹³⁸ KOM (2005) 650 endelig s 2, Moss (2007) s 679-680.

¹³⁹ Se Pryser Libell s 22.

¹⁴⁰ Jfr Roma I artikkel 29.

Romakonvensjonen, kan Norge av den grunn ikke slutte seg til konvensjonen.¹⁴¹ På tross av at konvensjonen formelt sett ikke gjelder for Norge, er det ikke tvil om at den har betydning som rettskilde også her i landet. Konvensjonen har allerede øvet innflytelse på norsk rett på flere områder: Både forsikringslovvalgsloven og finansavtaleloven¹⁴² bygger på Romakonvensjonen. Et utkast til lov om interlegale lovvalgsregler som ble lagt frem, gjør det samme.¹⁴³ I en nyere lagmannsrettsdom er det videre blitt uttalt at ”det er antatt at [konvensjonen] vil være et viktig tolkningsmoment”, på tross av at konvensjonen ikke er bindende for Norge.¹⁴⁴ Konvensjonens relevans og vekt følger også av flere norske lovforarbeider og av juridisk teori.¹⁴⁵ Justisdepartementet har i et høringsbrev om Grønnbok om mulige endringer i Romakonvensjonen uttalt at

”det antas at lovvalgsreglene i Roma-konvensjonen ikke avviker i særlig grad fra det som følger av norsk internasjonal privatrett ...”.¹⁴⁶

¹⁴¹ Dette i motsetning til det europeiske samarbeidet om felles kompetanseregler for domstolene og fri bevegelighet av dommer i sivile saker. Dette ble gjennomført i EF ved Brusselkonvensjonen av 27. september 1968, som senere har vært revidert ved flere anledninger. Gjennom Luganokonvensjonen av 16. september 1988 sluttet EFTA-landene seg til innholdet av Brusselkonvensjonen. Luganokonvensjonen er inkorporert i norsk rett ved lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker av 8. januar 1993 nr 21. Se nærmere om Luganokonvensjonen i f.eks. Arnt Nielsen (2006) s 245 flg og Rognlien (1993). Etter vedtagelsen av Brusselforordningen i 2000 er det vedtatt en ny Luganokonvensjon for å komme på linje med forordningen. Den nye Luganokonvensjonen med protokoller og vedlegg er nå inkorporert i norsk rett gjennom en ny § 4-8 i tvisteloven, m.v., jfr lov 19. juni 2009 nr. 79 og Ot.prp. nr. 89 (2008-2009).

¹⁴² Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr 46.

¹⁴³ Se under kapittel 7 om dette. Jfr Høringsnotat til utkastet s 1. Mo og Lolleng (2001) s 30.

¹⁴⁴ LB-2006-59524. Se også Rt. 2006.1008 som indikerer det samme.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 15, Høringsnotat s 1, Høringsbrev s 6, Mo (1995) s 945 som henviser til Jakhelln i note 48, Moss (2000) s 143 som henviser til Bull, Hov og Gaarder i note 26.

¹⁴⁶ Høringsbrev s 6 om artikkel 6.

Sammenfatningsvis kan det etter dette ikke være tvil om at Romakonvensjonen har stor betydning i norsk internasjonal privatrett. Bakgrunnen for denne betydningen er hensynet til harmonisering av rettsregler over landegrensene. Dette følger av Justisdepartementets høringsnotat om utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område.¹⁴⁷ Her uttales det at:

”Det norske lovutkastet bygger for så vidt gjelder kontraktsretten i stor utstrekning på nevnte konvensjons bestemmelser. Dette skyldes at det er ønskelig at flest mulig land har sammenfallende lovvalgsregler slik at partene i en konflikt ikke kan påvirke utfallet av saken ved å anlegge søksmål et bestemt sted (såkalt ”forum shopping”). [Roma]-konvensjonens regler er også på sitt område i det vesentlige sammenfallende med gjeldende ulovfestet norsk rett” (min kursivering).¹⁴⁸

Som det følger av sitatet, er det altså mer presist ønsket om å motvirke ”forum shopping” som har gitt Romakonvensjonen dens vekt.¹⁴⁹ Det strider mot grunnleggende forestillinger om rettferdighet at utfallet av en tvist beror på hvor saken anlegges. Til dette kommer at forutsigbarheten og effektiviteten øker hvis lovvalgsreglene tar utgangspunkt i uniforme prinsipper som er felles for de berørte landene.¹⁵⁰ Konsekvensen av harmonisering blir at rettsikkerheten bedres, og følgelig har man lenge etterstrebet dette i den internasjonale privatretten.¹⁵¹ At harmonisering er en allmenn målsetting for utviklingen av norsk internasjonal privatrett, bekreftes for øvrig av at Norge er medlem av Haagkonferansen.¹⁵²

¹⁴⁷ Som presisert i note 8 betyr ikke ”høringsbrev” og ”høringsnotat” det samme i denne fremstillingen. Høringsnotatet gjelder utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område. Høringsbrevet gjelder derimot Grønnebok om mulige endringer i Romakonvensjonen.

¹⁴⁸ Høringsnotat s 1. Se også Justisdepartementets høringsbrev om Grønnebok om mulige endringer i konvensjonen s 6 som sier det samme.

¹⁴⁹ Se mer om ”forum shopping” i kapittel 4.4.3.

¹⁵⁰ Moss (2001) s 119.

¹⁵¹ Giuliano Lagarde s 4, sml Thue (2000) s 321.

¹⁵² Haagkonferansen er en permanent organisasjon som prøver å harmonisere internasjonalt privatrettslige regler, jfr statuttene art 1. Se mer om Haagkonferansen på deres hjemmeside: <http://www.hcch.net>.

5.2.2 Hvordan Romakonvensjonen bør tolkes i norsk rett

Når Romakonvensjonen har betydning i norsk rett, reiser det spørsmål om hvordan konvensjonen bør fortolkes. Problemstillingen er nemlig prinsipielt en annen enn ved fortolkning i stater som har ratifisert konvensjonen. Romakonvensjonens artikkel 18 gir anvisning på en ensartet tolkning. Selv om Norge ikke er tilsluttet Romakonvensjonen, bør derfor samme tolkningsprinsipp legges til grunn her. Harmoniseringshensynet tilsier dette.

Ut over konvensjonens artikkel 18 bør også Giuliano Lagarde tillegges vekt der rapporten har relevante uttalelser, på samme måte som konvensjonsforarbeider ellers kan få betydning. Rådende oppfatning i juridisk litteratur er at disse forarbeidene har ”væsentlig betydning”.¹⁵³ Enkelte kritiske uttalelser i motsatt retning om rapportens vekt finnes likevel.¹⁵⁴ Som generelt utgangspunkt gjelder at forarbeider har mindre betydning som rettskilde ved tolkning av internasjonale konvensjoner, sammenlignet med lovforarbeider etter norsk intern rett.¹⁵⁵ Det henger sammen med suverenitetsdogmet i folkeretten – statene er i utgangspunktet ikke bundet av annet enn de traktater som formelt er ratifisert, og forarbeider er ikke en del av konvensjonsteksten.

De to protokollene som hører til Romakonvensjonen, kan også få betydning for tolkningen.¹⁵⁶ Disse gjelder i hovedsak EF-domstolens fortolkningskompetanse. Med årene har protokollene blitt ratifisert av 14 av de 15 ”gamle” medlemsstatene. De vilkårene som er fastsatt i protokollene for at EF-domstolen skal ha fortolkningskompetanse, er således godt og vel oppfylt. EF-domstolen har som en konsekvens av dette hatt fortolkningskompetanse siden 1. august 2004, uten at det så

¹⁵³ Arnt Nielsen (1997) s 486, Dicey m.fl. (2006) s 1544, Moss (2007) s 685.

¹⁵⁴ Philip (1984) s 115-116, som er en kommentar til Siesby (1983a) og besvares i Siesby (1984).

¹⁵⁵ Fleischer (2005) s. 50

¹⁵⁶ Første protokol vedrørende Domstolens fortolkning af konventionen af 1980 (konsolideret udgave) / Rom- konventionen af 1980 (1998), Anden protokol om tildeling af visse beføjelser til Domstolen vedrørende fortolkning af konventionen af 1980 (konsolideret udgave) / Rom-konventionen af 1980 (1998).

langt har medført noen uttalelser eller domsavsigelser.¹⁵⁷ Av denne grunn vil naturlig nok heller ikke praksis og uttalelser fra EF-domstolen kunne vurderes som selvstendig kilde i forhold til Romakonvensjonen og internasjonalt preseptoriske regler.¹⁵⁸

5.2.3 Grensedragningen mellom privatrett og offentlig rett i konvensjonen

I utgangspunktet kommer Romakonvensjonen kun til anvendelse på ”kontraktrettlige forpligtelser”, sml artikkel 1. Virkeområdet er dermed begrenset til det privatrettslige området. Det er imidlertid ikke enighet i den juridiske litteraturen om hvor fast man skal holde på denne avgrensningen. Enkelte forholder seg til det formelle utgangspunktet som følger av artikkel 1, mens andre mener konvensjonen langt på vei også kan gis anvendelse overfor offentligrettslige regler.¹⁵⁹

For arbeidskontrakter har grensedragningen ofte blitt ansett å være av mindre betydning, jfr følgende uttalelse i forarbeidene til artikkel 6 om arbeidsforhold:

”De bestemmelser, som parterne ikke kan fravige, er ikke alene bestemmelser vedrørende egentlige arbeidsaftaler, men også bestemmelser vedrørende arbeidshygiejne og sikkerhed på arbejdspladsen, der i visse medlemsstater betragtes som offentligrettlige bestemmelser.”¹⁶⁰

De ulike synspunktene som har vært fremmet i forhold til konvensjonens artikkel 1, gjør seg imidlertid gjeldende også her: Mens enkelte mener at forarbeidene må tas på ordet, mener andre at konvensjonens regler ikke kan forstås slik at offentligrettslige regler omfattes.¹⁶¹ Den samme uenigheten gjør seg gjeldende i forhold til artikkel 7 om internasjonalt preseptoriske regler. Her foreligger det imidlertid ingen eksplisitt uttalelse i forarbeidene. I forhold til artikkel 7 nr 1 om internasjonalt ufravikelige regler i tredjeland er det bestemmelsens til-

¹⁵⁷ Arnt Nielsen (2006) s 126. Arnt Nielsens bok er fra 2006, men rettskildesøk tyder på at det heller ikke foreligger avgjørelser fra EF-domstolen etter 2006.

¹⁵⁸ Se mer om fortolkning av Romakonvensjonen i Arnt Nielsen (2006) s 126-128.

¹⁵⁹ Se Liukkunen (2004) s 148-149 som omtaler diskusjonen rundt dette.

¹⁶⁰ Giuliano Lagarde s 24.

¹⁶¹ Se Liukkunen (2004) s 149-150, Philip (1994) s 177.

blivelseshistorie som tas til inntekt for konvensjonens anvendelse på det offentligrettslige område. I teorien er det antatt at det samme da også må gjelde ved internasjonalt tvingende normer i domstollandet, jfr artikkel 7 nr 2.¹⁶²

I praksis blir sontringen mellom reglenes karakter neppe avgjørende. Det er derfor hevdet at det ikke er grunn til å legge stor vekt på grensedragningen i forhold til konvensjonens bestemmelser.¹⁶³ I det videre legges dette til grunn, men det må poengteres at dét ikke medfører at sontringen mister sin betydning også utenfor konvensjonens anvendelsesområde. Utenfor konvensjonen vil med andre ord grensedragningen ha betydning som et relevant tolkningsmoment.

5.3 Konvensjonens betydning for problemstillingen

5.3.1 Romakonvensjonen artikkel 7

Som antydnet er det Romakonvensjonen artikkel 6 og 7 om henholdsvis arbeidsforhold og internasjonalt preseptoriske regler som er av betydning for denne artikkelens problemstilling. Når det gjelder hovedregelen om internasjonalt ufravigelige regler i artikkel 7, lyder den som følger:

”Ufravigelige regler

1. Ved anvendelse af loven i et bestemt land i henhold til denne konvention kan ufravigelige regler i loven i et andet land, som forholdet har en nær tilknytning til, tillægges virkning, såfremt og i det omfang disse regler ifølge dette lands ret skal anvendes uden hensyn til, hvilket lands lov der i øvrigt skal anvendes paa aftalen. Ved afgørelsen af, om der bør tillægges sådanne ufravigelige regler virkning, skal der tages hensyn til deres art og formål og til følgerne af, at de anvendes eller ikke anvendes.
2. Denne konvention medfører ingen begrænsninger i anvendelsen af regler i domstolslandets lov i tilfælde, hvor disse er ufravigelige uden hensyn til, hvilket lands lov der i øvrigt skal anvendes paa aftalen.”¹⁶⁴

¹⁶² Se nærmere om dette i Philip (1994) s 183-184. Philip nevner ikke konkret hva ved bestemmelsenes tilblivelseshistorie som medfører at konvensjonen kan anvendes på det offentligrettslige område. Det er derfor vanskelig å utdype mer presist hva det er han sikter til.

¹⁶³ Liukkunen (2004) s 150.

¹⁶⁴ Dansk originaltekst.

Hovedregelen fremkommer her i nr 2. Regelen fastslår at domstollandets internasjonalt ufravikelige normer kan anvendes uavhengig av hvilken bakgrunnsrett som ellers gjelder. I motsetning til nr 2 som omtaler *domstollandets* rett, regulerer nr 1 betydningen av internasjonalt preseptoriske regler i et *tredje lands* rett. Innholdet i artikkel 7 nr 1 er noe tungt tilgjengelig, men innebærer kort sagt at et tredje lands rett – altså ikke domstollandets eller den valgte bakgrunnsrettens rett – kan anvendes på et forhold. Forutsetningen er at vedkommende tredjelands rett er internasjonalt tvingende, og at det foreligger en nær tilknytning til dette landet.

Det følger av ordlyden i artikkel 7 nr 1 at reglenes art og formål, samt konsekvensene av at reglene anvendes eller ikke anvendes, er momenter som skal tillegges vekt ved vurderingen. Når disse hensynene fremheves i forhold til internasjonalt ufravikelige regler i tredjeland, bør de samme hensynene også få betydning der det er tale om regler i domstollandets rett. Hensynet til konsekvens i regelverket taler for dette. I tillegg kommer at den vurderingen som skal foretas etter artikkel 7 nr 2, er en helhetsvurdering. Dette innebærer at en rekke reelle hensyn under enhver omstendighet kan være relevante, herunder de i artikkel 7 nr 1 nevnte.

Når det gjelder internasjonalt preseptoriske normer som fenomen, innebærer det mindre grad av forutberegnelighet om et tredjelands rett kan få betydning, sammenholdt med domstollandets. At en dommer uventet kan benytte et tredjelands regler som kontraktsforholdet har en løsere tilknytning til, gjorde også mange land betenkte ved ratifisering av konvensjonen. Det ble påpekt at regelen ”kunne skape en generell usikkerhet om lovvalget og dermed virke konfliktskapende”.¹⁶⁵ Flere land var derfor kritiske til å vedta en slik regel.¹⁶⁶ Siden formålet med Romakonvensjonen var å fremme forutberegnelighet, er motstanden mot en slik regel forståelig. Konsekvensen av uenigheten ble en åpning i konvensjonen for å reservere seg mot regelen i artikkel 7 nr 1,

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s 66.

¹⁶⁶ Se Svénné Schmidt (2000) s 240-241 som henviser videre i note 109.

jfr artikkel 22. Denne muligheten benyttet både England, Portugal, Østerrike, Tyskland, Irland og Luxemburg seg av.¹⁶⁷

Også i Norge har det vært innvendinger mot regler av den typen som Romakonvensjonen oppstiller i artikkel 7 nr 1. I forhold til en tilsvarende regel i forsikringslovvalgsloven kom det flere kritiske uttalelser fra høringsinstansene da lovutkastet var ute til høring. Blant annet ble det sagt at ”en slik regel gjør lovverket uoversiktlig og lite forutberegnelig, ikke minst fordi de internasjonalt preseptoriske regler i det enkelte land er vanskelig tilgjengelig”.¹⁶⁸ Resultatet ble at Justisdepartementet ikke foreslo en slik regel inntatt i forsikringslovvalgsloven.¹⁶⁹

I og med at artikkel 7 nr 1 er omdiskutert, og heller ikke vedtatt av alle EU-landene,¹⁷⁰ har regelen neppe samme rettskildemessig vekt som artikkel 7 nr 2. I denne forbindelse kan det også pekes på at regelen i nr 1 er diskresjonær, og at den har hatt beskjeden betydning i rettspraksis.¹⁷¹

5.3.2 Artikkel 7 nr 2 – internasjonalt ufravigelige regler

Spørsmålet blir så hva som menes med ”ufravigelige regler” (”mandatory rules”) i Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2. Det naturlige utgangspunktet når ordlyden ikke gir nærmere veiledning, er å vurdere bestemmelsen ut fra den sammenhengen den fremkommer i.¹⁷² Romakonvensjonen benytter begrepet ”ufravigelige regler” flere andre steder, se for eksempel artikkel 5 nr 2 og artikkel 6 nr 1.¹⁷³ Begrepet har også fått en definisjon i artikkel 3 nr 3 som lyder som følger:

¹⁶⁷ Würthner (2003) s 29 note 82, Philip (1994) s 184, Svénné Schmidt (2000) s 241.

¹⁶⁸ Sitat i forarbeidene fra høringsuttalelsen til Norges Forsikringsforbund, Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s 66.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s 66

¹⁷⁰ Jfr konvensjonens artikkel 22 nr 1 kunne landene reservere seg mot artikkel 7 nr 1 ved vedtagelsen.

¹⁷¹ Grønnbok s 40.

¹⁷² Sml Fleischer (2005) s 49.

¹⁷³ Sml Moss (2007) s 704.

”Parternes aftale om anvendelse af loven i et fremmed land kan, uanset om de tillige har indgået aftale om værneting i et fremmed land, hvis alle andre omstændigheder af betydning på aftaletidspunktet kun har tilknytning til et enkelt land, ikke medføre tilsidesættelse af sådanne regler i dette lands lov, som ikke kan fraviges ved aftale, herefter benævnt «ufravigelige regler».”¹⁷⁴

Hovedinnholdet i artikkel 3 nr 3 er at *avtalt* bakgrunnsrett ikke kan medføre tilsidesettelse av preseptoriske regler i ”tilknytningslandet”, uavhengig av hva som er avtalt om verneting. Vilkåret er at alle omstendigheter av betydning kun har tilknytning til ”tilknytningslandet” på avtaletidspunktet. I et forhold der alle omstendigheter er knyttet til Norge, kan man altså ikke avtale seg unna norske (nasjonalt) preseptoriske regler gjennom en lovvalgsklausul.

Den definisjonen som er oppstilt i artikkel 3 nr 3, medførte en tid usikkerhet om forholdet mellom artikkel 3 og artikkel 7. Dette berodde på at distinksjonen mellom internasjonalt og nasjonalt ufravigelige regler ikke ble tydeliggjort i konvensjonen da den ble laget. Artikkel 3 gjelder *nasjonalt* tvingende regler, i motsetning til artikkel 7 som gjelder *internasjonal* preseptivitet. Når artikkel 7 om internasjonal ufravigelighet benytter det uttrykket som er definert i artikkel 3, medførte det derfor forvirring. Problemet var rett og slett at definisjonen ikke passer på det forholdet som er omtalt i artikkel 7. Når konvensjonen ellers benytter termen ”ufravigelige regler”, er begrepet knyttet til nasjonalt preseptoriske regler.¹⁷⁵ Den tolkningsmessige usikkerhet oppstår altså ikke her, og disse bestemmelser er derfor heller ikke egnet til å belyse rekkevidden av artikkel 7 nr 2 om internasjonalt preseptoriske regler.

Ut over artikkel 3 nr 3 er det liten veiledning å få i konvensjonsteksten angående begrepet (internasjonalt) ”ufravigelige regler” i artikkel 7 nr 2. Heller ikke forarbeidene gir noen utdypende forklaring på hva slags kriterier som kan oppstilles for å skille de internasjonalt preseptoriske reglene fra de nasjonalt preseptoriske.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Dansk originaltekst.

¹⁷⁵ Jfr artikkel 5 og 6. Det sees her bort fra artikkel 9 nr 6 om regler vedrørende fast eiendom. Reglene i denne bestemmelsen kommer til anvendelse uavhengig av lovvalgsregler og hvor kontrakten ble inngått, og Philip hevder derfor at de kan anses som en særegen kategori, sml Philip (1994) s 179.

¹⁷⁶ Giuliano Lagarde s 25 flg.

5.3.3 Romakonvensjonen artikkel 6

I tillegg til hovedregelen i artikkel 7 er det først og fremst særbestemmelsen i artikkel 6 om arbeidsavtaler som kan belyse det som her er problemstillingen. Artikkelen lyder i sin helhet som følger:

”Individuelle arbeidsavtaler

1. Uanset artikel 3 kan parternes lovvalg i arbeidsavtaler ikke medføre, at arbeidstageren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af ufravigelige regler i den lov, som i henhold til stk. 2 ville finde anvendelse i mangel af et lovvalg.
2. Uanset artikel 4 er en arbeidsaftale i mangel af et lovvalg i henhold til artikel 3 undergivet
 - a) loven i det land, hvor arbeidstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde, selv om han midlertidigt er beskæftiget i et andet land, eller,
 - b) hvis arbeidstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i et bestemt land, loven i det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbeidstageren, er beliggende,
 medmindre det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land, i hvilket fald loven i dette land finder anvendelse.”¹⁷⁷

Gjennom artikkel 6 har man søkt å beskytte arbeidstakere, som en antatt særlig utsatt gruppe økonomisk og sosialt sett.¹⁷⁸ Dette er gjort ved utforming av en regel om at en arbeidstaker ved en lovvalgsavtale ikke kan ”berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af [nasjonalt] ufravigelige regler ...” i det lands lov som fremkommer av artikkel 6 nr 2. Nr 2 i artikkel 6 oppstiller så presumsjoner om at arbeidsavtalen normalt er regulert av retten på arbeidsstedet, eller alternativt ansettelsesstedet. Unntak fra disse presumsjoner er der omstendighetene samlet tilsier at avtalen ”har en nærmere tilknytning til et annet land”.

Kort sagt innebærer artikkel 6 at arbeidstakeren oppnår vern etter de for ham gunstigste reglene, alt ettersom det er inngått en lovvalgsavtale (jfr artikkel 3) eller ikke (jfr artikkel 4). Det skal altså foretas en sammenligning av de preseptoriske reglene, og hvis arbeidstakeren er

¹⁷⁷ Dansk originaltekst.

¹⁷⁸ Sml Giuliano Lagarde s 24 flg. Den andre gruppen man søkte å beskytte ved en særlig bestemmelse, er forbrukere generelt, jfr konvensjonens artikkel 5.

”berøvet” (”deprived of”) rettigheter eller fordeler, kan de bestemmelser som ellers ville følge av lovvalgsklausulen, tilsidesettes.¹⁷⁹

Anvendelsen av artikkel 6 reiser i seg selv en rekke spørsmål. Dette gjelder bl.a. de tilfeller hvor det er omtvistet *om* det foreligger et ansettelsesforhold, og *når* det foreligger nærmere tilknytning til et annet land.¹⁸⁰ Ofte kan det også være hovedvilkåret om ”berøvelse” av gunstigere rettigheter som byr på problemer. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5.3.5. I juridisk teori er flere av spørsmålene i tilknytning til artikkel 6 drøftet grundig, men det vil føre for langt å gå inn på alle de ulike problemstillingene her.¹⁸¹ Det er imidlertid grunn til å se nærmere på bestemmelsens forhold til artikkel 7, for å avklare anvendelsesområdene. Dette er av betydning for den videre fremstilling om rettskilder knyttet til reglene.

Forholdet mellom artikkel 6 og 7 er komplisert. Mye av det man har ønsket å oppnå med artikkel 7, har man nemlig allerede oppnådd ved artikkel 6. Konsekvensene av artikkel 6 er – innen regelens anvendelsesområde – de samme som for internasjonalt preseptoriske regler. Det diskuteres også om bestemmelsen kan anses å ha et overlappende virkeområde i forhold til artikkel 7. I enkelte land anser man i motsetning til dette artikkel 6 som *lex specialis* i forhold til artikkel 7.¹⁸² Diskusjonen rundt dette skal det redegjøres for i neste delkapittel. Merkelappen ”internasjonalt preseptoriske regler” benyttes for øvrig av de grunner som er nevnt i dette avsnittet, undertiden også på forhold som faller inn under artikkel 6.¹⁸³

Etter mitt syn er det ikke heldig å benytte uttrykket ”internasjonalt preseptoriske regler” også på forhold som faller inn under artikkel 6. Reglene i artikkel 6 kan ha den samme virkningen som internasjonalt ufravikelig regler etter artikkel 7,

¹⁷⁹ Giuliano Lagarde s 24.

¹⁸⁰ Sml Arnt Nielsen (2006) s 172 flg.

¹⁸¹ Se eksempelvis Liukkunen (2004) s 112-120, 123 flg, Plender og Wilderspin (2001) kapittel 8, Arnt Nielsen (2006) s 172 flg.

¹⁸² Se forarbeidene til loven som gjennomfører Romkonvensjonen i tysk rett, Regierungsbegründung BT-Drucksache 10/504 s 83, jfr nedenfor.

¹⁸³ Dette er f.eks. tilfellet i dansk rett, jfr forarbeidene til Romkonventionsloven (Motiver 1 spalte 432-433, Motiver 2 spalte 171-172).

men forutsetter ikke at de samme tungtveiende hensyn foreligger. Vurderingen etter artikkel 6 og 7 er også ulik.

5.3.4 Forholdet mellom Romakonvensjonen artikkel 6 og 7

Det nærmere forholdet mellom artikkel 6 og 7 i Romakonvensjonen er ikke avklart. Utgangspunktet er at arbeidstakeren får et visst vern allerede ved gunstighetsvurderingen i artikkel 6;¹⁸⁴ spørsmålet er i hvilken utstrekning artikkel 7 får selvstendig betydning. Problemet er blitt formulert som hvorvidt det er rom for å anvende både artikkel 6 og 7 på individuelle arbeidskontrakter, eller sagt på en annen måte, om reglene har overlappende anvendelsesområder.

Flere av de kildene som normalt kan gi veiledning ved løsning av tolkningsproblemer i Romakonvensjonen, har lite å bidra med om forholdet mellom artikkel 6 og 7. Forarbeidene til konvensjonen har ingen uttalelser av betydning, og rettspraksis fra EF-domstolen foreligger som nevnt ikke. Det synes heller ikke å foreligge rettspraksis i konvensjonsstatene. De uttalelsene som finnes i juridisk teori, er splittet i synet på hva som er forholdet mellom reglene.¹⁸⁵

Til inntekt for det syn at anvendelsesområdene *ikke* er overlappende, kan det særlig vises til tysk teori. Her finnes det omfattende drøftelser av forholdet mellom artikkel 6 og 7 og de tilsvarende bestemmelsene som gjennomfører konvensjonen i tysk rett.¹⁸⁶ Som nevnt er det antatt i tyske lovforarbeider at artikkel 6 er *lex specialis* i forhold til artikkel 7. Bakgrunnen for dette er at artikkel 6 kun gjelder på arbeidsrettens område, mens artikkel 7 er en generell bestemmelse.¹⁸⁷ Konsekvensen av et slikt synspunkt anføres å være at den mer generelle regelen fortreges, og at dens anvendelse utelukkes innenfor spesialregelens anvendelsesområde. Følgelig får artikkel 6 og 7 helt atskilte anvendelsesområder.

At reglene ikke har overlappende anvendelsesområder, har også vært fremholdt av enkelte i tysk teori. Her heter det at en preseptorisk regel *enten* hører under artikkel 6 *eller* artikkel 7.¹⁸⁸ Denne oppfatningen bygger på en teori om at artikkel 6 kun omfatter bestemmelser som hovedsakelig tjener *enkeltindividets*

¹⁸⁴ Müller (2005) s 94.

¹⁸⁵ Se Plender og Wilderspin (2001) s 190-194, Müller (2005) s 94 flg, Staudinger/Magnus (2002) s 405-406 Randnr 203 flg, Liukkunen (2004) s 134-135. Se også Grønnebok s 37 som også indikerer at det foreligger tolkningsproblemer.

¹⁸⁶ Om gjennomføringen av Romakonvensjonen i tysk rett, se kapittel 8.5.

¹⁸⁷ Se forarbeidene til loven som gjennomfører Romakonvensjonen i tysk rett, Regierungsbegründung BT-Drucksache 10/504 s 83.

¹⁸⁸ Staudinger/Magnus (2002) s 405-406, Randnr 203 flg.

interesser. Artikkel 7 gjelder derimot normer som først og fremst ivaretar å *samfunnsinteresser*.¹⁸⁹ Når reglene alltid bare har ett hovedformål, medfører denne betraktningssmåten at reglene i artikkel 6 og 7 ikke kan bli overlappende.¹⁹⁰

Selv om det finnes rettskilder som taler for at artikkel 6 og 7 ikke er overlappende, antas den herskende lære likevel å være det motsatte.¹⁹¹ En rekke forfattere, også i Tyskland, argumenterer for at reglene har sammenfallende anvendelsesområde. *Müller, Hoppe, Liukkunen, Plender og Wilderspin* er teoretikere som kan tas til inntekt for dette standpunktet. Utgangspunktet for argumentasjonen tas ofte i ordlyden i artikkel 7 nr 2 om at ”denne konvention medfører *ingen* begrensninger ...” (min kursivering). Flere av de tidligere nevnte forfatterne mener denne ordlyden i artikkel 7 innebærer at artikkel 6 ikke kan anses som uttømmende innen sitt område. Tvert imot mener de ordlyden gir klart uttrykk for at artikkel 7 gir generelle unntaksbestemmelser i konvensjonen.¹⁹²

Mer konkret anfører *Plender og Wilderspin* at det ikke er treffende å se artikkel 6 som *lex specialis* i forhold til artikkel 7. Artikkel 6 virker på annet grunnlag enn artikkel 7 nr 2, og artiklene gjelder også forskjellig fenomen, slik de ser det.¹⁹³ Med dette sikter de til at mens artikkel 6 *krever* anvendelse av regler, er artikkel 7 nr 2 en bestemmelse som gir *tillatelse* til regelanvendelse. Den nærmere forklaringen er at artikkel 6 omfatter en kategori med antatt svake kontraktsparter, mens artikkel 7 gjelder generelt uten å være knyttet til en slik gruppe.

Liukkunen har på sin side anført at det blir kunstig med et kategorisk skille mellom anvendelsesområdene til artikkel 6 og 7. Forholdet mellom bestemmelsene må avgjøres fra sak til sak, slik hun ser det.¹⁹⁴ I tysk rett har *Hoppe* og *Müller* videre hevdet at en regel kan tjene både samfunnsformål og være i enkeltindividers interesse.¹⁹⁵ For øvrig kan det også anføres at formålet bak artikkel 6 – vern av arbeidstakeren – kan tilsi at artikkel 7 undertiden bør gis anvendelse ved siden av artikkel 6.

Samlet sett taler etter mitt skjønn flere grunner for at artikkel 6 og 7 må anses å ha overlappende anvendelsesområder. Særlig ordlyden i

¹⁸⁹ Se mer om denne sondringen nedenfor under kapittel 8.5 om tysk rett.

¹⁹⁰ Hoppe (1998) s 239-240.

¹⁹¹ Sml Liukkunen (2004) s 134.

¹⁹² Plender og Wilderspin (2001) s 193.

¹⁹³ Plender og Wilderspin (2001) s 193.

¹⁹⁴ Liukkunen (2004) s 135.

¹⁹⁵ Hoppe (1998) s 239-240, Müller (2005) s 102.

artikkel 7 tilsier dette. Det er også dette synspunktet som synes å stå sterkest i teorien.¹⁹⁶

Ut fra denne konklusjonen blir temaet dernest hvilke forskjeller som foreligger mellom reglens anvendelsesområder.

(a) Individuelle arbeidsavtaler

En første forskjell mellom artikkel 6 og artikkel 7 er at artikkel 6 kun gjelder individuelle arbeidsavtaler. Dette følger av overskriften til artikkel 6 og bekreftes i forarbeidene til konvensjonen.¹⁹⁷ Det samme fremholdes i juridisk teori om tolkningen av konvensjonen.¹⁹⁸ I litteraturen er dette forstått slik at artikkel 6 i utgangspunktet ikke omfatter tariffavtaler. Et unntak fra dette har man der det følger av lov at tariffavtalen skal regnes som en integrert del av arbeidsforholdet. Det kan også være en egen bestemmelse i tariffavtalen om dette. I slike tilfeller vil altså artikkel 6 også få betydning for tariffavtaler.¹⁹⁹

Foruten å avgrense mot tariffavtaler innebærer begrensningen til individuelle arbeidsavtaler at selvstendig næringsdrivende, kommisjons- og agenturforhold med mer ikke er omfattet av artikkel 6. Følgelig må disse gruppene se hen til artikkel 7 om de vil hevde seg vernet ut over det som måtte følge av det avtalte.

(b) Arbeidstaker versus arbeidsgiver

Reglene i arbeidsretten bygger i stor grad på en avveining av arbeidstakers og arbeidsgivers interesser. Gjeldende rett kan dermed langt på vei sees slik at der den ene parten har en plikt, har den annen en tilsvarende rettighet. I alminnelighet vil man anse arbeidstakeren som den svakeste parten av de to, og det var også med denne bakgrunnen

¹⁹⁶ Se Liukkunen s 134-135, Dicey m.fl. (2006) s 1667-1668, Plender og Wilderspin (2001) s 190-193, Hoppe (1998) s 239-242, Krebber (2000) s 532-533 m.fl.

¹⁹⁷ Giuliano Lagarde s 24.

¹⁹⁸ Arnt Nielsen (1997) s 521, Arnt Nielsen (2006) 172, Siesby (1989) s 99-100, Philip (1982) s 59-60, Philip (1994) 156-157, Svénné Schmidt (2000) s 232 m.fl.

¹⁹⁹ Siesby (1989) s 100, Arnt Nielsen (1997) s 521 som henviser videre i note 203.

det ble nedfelt en egen bestemmelse til vern av arbeidstaker i Roma-konvensjonen.²⁰⁰

På tross av dette utgangspunktet kan arbeidsgiveren undertiden være den svakere part i forholdet. Det er med andre ord ikke alltid arbeidstakeren som har behov for vern av en internasjonalt preseptorisk regel. Et eksempel på dette kan være dersom en ledende ansatt har fått en lovvalgsklausul i ansettelsesavtalen som vil gi ham urimelige fordeler på arbeidsgivers bekostning.²⁰¹ Hvis denne situasjonen skulle oppstå, vil ikke arbeidsgiveren kunne påberope vern etter artikkel 6. I forhold til arbeidsgivere er det artikkel 7 som må anvendes, og følgelig vil dette være en av distinksjonene mellom hva artikkel 6 og 7 omfatter på arbeidsrettens område.

(c) Domstollandets internasjonalt preseptoriske regler

En tredje distinksjon følger av ordlyden i artikkel 7 nr 2. Som alt påpekt er bestemmelsens anvendelsesområde avgrenset til å gjelde internasjonalt ufravikelige normer i *lex fori*. Dette står i motsetning til artikkel 6 som sier at de for arbeidstakeren gunstigste regler skal gå foran, uavhengig av om dette er domstollandets rett eller ikke.

Det kan tenkes en situasjon der domstollandet ikke er det samme som det land hvis rett skal anvendes. En saksøkt har for eksempel vernet i Norge og saken reises for norsk domstol. Samtidig er det klart at tysk rett skal anvendes etter artikkel 6 nr 2, og at engelsk rett er avtalt. I slike tilfeller kommer man i en situasjon der artikkel 6 og artikkel 7 ikke gir anledning til å anvende de samme reglene. Etter artikkel 7 vil det kun være anledning til å anvende norske internasjonalt preseptoriske regler. Etter artikkel 6 skal det i motsetning til dette foretas en vurdering av hva som er gunstigst av tysk og engelsk rett. Uavhengig av om man kommer til at det er tysk eller engelsk rett som skal anvendes, vil ikke dette være de samme regler som kan gis anvendelse etter artikkel 7. Følgelig er dette et av områdene hvor forskjellene mellom artikkel 6 og 7 viser seg.

²⁰⁰ Giuliano Lagarde s 24.

²⁰¹ Jfr det første eksempelet i kapittel 4.4.2.

(d) Artikkel 7 slår igjennom overfor artikkel 6

Det har også vært fremholdt i litteraturen at artikkel 7 kan slå igjennom overfor den rett som følger av artikkel 6.²⁰² Ordlyden i artikkel 7 taler for dette. Et par eksempler fra rettspraksis som illustrerer at også reelle hensyn kan tale for en slik forståelse av reglene, er ARD 1988.240 og ARD 1989.80. Sakene gjaldt kollektiv arbeidsrett og er for så vidt hentet fra et annet felt enn internasjonal privatrett. Det innebærer likevel ikke at sakene ikke kan tjene som illustrasjoner her. Tilsvarende saksforhold kunne også oppstått på den individuelle arbeidsrettens område.

Avgjørelsene angikk prosessuelle og materielle sider av samme saksforhold, og gjaldt avtaler om lønnsutvikling innen oljesektoren. Det var inngått avtaler om lønnsutvikling mellom en arbeidsgiverforening og en arbeidstakerforening. I tråd med avtalen ble det tre ganger gitt lønnstillegg. Før det avtalte fjerde og siste lønnstillegg ble det imidlertid vedtatt en midlertidig lov om inntekt- og utbyttestopp, og senere en lov om inntekt- og utbytteregulering.²⁰³ Spørsmålet var så hva som gikk foran av avtalen og den senere vedtatte lov. Arbeidsretten kom enstemmig til at loven gikk foran avtalen i dette tilfellet, og at arbeidsgiverforeningen derfor måtte frifinnes for betalingskravet. Det ble ved vurderingen lagt vekt på ”samfunnsøkonomiske hensyn”, som nettopp er av en slik art at det vil ha betydning for om artikkel 7 slår igjennom overfor artikkel 6.

Det er ikke gitt når en regel i henhold til artikkel 7 kan slå igjennom overfor artikkel 6. Reelle hensyn tilsier at det skal mye til, og at det således må påvises ekstraordinære omstendigheter. Eksempler på hensyn som muligens kan sette artikkel 6 ut av spill, kan være nasjonale helse- og sikkerhetshensyn, sterke miljøhensyn eller andre tungtveiende samfunnsmessige hensyn.

5.3.5 Gunstighetsvurderingene i artikkel 6 forholdet til artikkel 7

Etter artikkel 6 skal det foretas en gunstighetsvurdering til fordel for arbeidstakeren. Den kan være kompleks og by på utfordringer, blant annet fordi de

²⁰² Plender og Wilderspin (2001) s 193-194, Frisch (1985) s 174, Hoppe (1998) s 241, Müller (2005) s 112-113.

²⁰³ Lov om inntekt- og utbyttestopp av 7. mars 1988 nr 10, lov om inntekt- og utbytteregulering av 22. april 1988 nr 16.

regelsett som skal sammenlignes, kan inneholde ulike elementer som vanskeliggjør en slik sammenligning. I mange tilfeller kan det også være vanskelig å avgjøre hva som konkret er gunstigst. For eksempel kan det være vanskelig å veie en lengre oppsigelsestid med lønn mot en kort oppsigelsestid med etterlønsordninger.

Det har i praksis vært mange synspunkter på hvordan gunstighetsvurderingen i artikkel 6 skal foretas. Enkelte mener man må vurdere regelsettene som helhet, da en ugunstig regel kan være veid opp av en annen. Mot dette har andre anført at ordlyden i artikkel 6 og konvensjonens forarbeider ikke legger opp til dette. Det har også vært foreslått at man foretar sammenligning av grupper av regler, slik at f.eks. alle oppsigelsesreglene vurderes samlet. Andre igjen er av den formening at fokus kun skal være på enkeltregler.²⁰⁴ Dette kan imidlertid føre til en situasjon der arbeidstakeren kan plukke med seg de beste reglene fra hvert rettssystem, noe som strider med det grunnleggende harmoniseringsformål i Romakonvensjonen.

Det er fremdeles uklart hvordan gunstighetsvurderingen skal foretas under artikkel 6. Mye kan etter mitt syn tale for at man vurderer grupper av regler mot hverandre, slik at man forebygger ”regelshopping”. Rettferdighetshensyn og formålet med Romakonvensjonen tilsier dette.

Det er ikke bare artikkel 6 som innebærer en gunstighetsvurdering. I teorien er det argumentert for at det også bør foretas en gunstighetsvurdering ved anvendelsen av artikkel 7. Meningene i teorien er delte om dette, men etter mitt skjønn kan synspunktet ha noe for seg. Slik jeg ser det ville det være ulogisk om en domstol skulle anvende internasjonalt preseptoriske regler i arbeidstakerens disfavør, når formålet med reglene nettopp er å verne ham.²⁰⁵

Også i forholdet mellom artikkel 6 og artikkel 7 er det anført at det skal foretas en gunstighetsvurdering. Som nevnt kan gode grunner tilsi at artikkel 7 kan slå igjennom overfor artikkel 6 der reglenes anvendelsesområde er sammenfallende. I teorien er det imidlertid gjort et unntak fra dette der en gunstighetsvurdering til fordel for arbeidstakeren tilsier at artikkel 6 bør anvendes.²⁰⁶ Det er i så fall naturlig at vurderingen for hva som anses som det gunstigste gjøres på samme måte som det man ender på i forhold til artikkel 6.²⁰⁷

5.3.6 Sammenfatning om forholdet mellom artikkel 6 og artikkel 7

Oppsummeringsvis er Romakonvensjonen artikkel 6 en *spesiell* regel om *nasjonalt* preseptoriske regler, mens artikkel 7 er en *generell* regel

²⁰⁴ Würthner (2003) s 25, Staudinger/Magnus (2002) s 381-383 Randnr 81-91, Liukkunen (2004) s 126-128, Junker (1992) s 96-104.

²⁰⁵ Liukkunen (2004) s 136-137 som henviser videre i fotnotene.

²⁰⁶ Staudinger/Magnus (2002) s 406 Randnr 208.

²⁰⁷ Sml Liukkunen (2004) s 135.

om *internasjonalt* preseptoriske regler. Det fremgår av den vurderingen som er blitt foretatt om forholdet mellom bestemmelsene, at de langt på vei må antas å ha overlappende anvendelsesområder. Dette medfører at praksis og litteratur i forhold til artikkel 6 kan være relevant ved avgjørelsen av hvilke regler i arbeidsretten som er internasjonalt preseptoriske. På avgrensede områder – angående arbeidsgivers rettigheter, andre forhold enn ansettelsesforhold, og der artikkel 7 slår igjennom overfor artikkel 6 – er det imidlertid grunn til å se hen utelukkende til artikkel 7.

5.3.7 Oppsummeringsvis om Romakonvensjonen

Ut over det som følger av konvensjonsteksten, er det begrenset veiledning å få i konvensjonen om internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten. Verken ordlyden eller sammenhengsfortolkning avklarer hvilke regler som kan omfattes. Konvensjonens forarbeider går heller ikke nærmere inn på rekkevidden av artikkel 7 nr 2 og artikkel 6 i denne relasjon.²⁰⁸

Det er imidlertid tilsiktet at Romakonvensjonen ikke anviser konkrete løsninger. Intensjonen er at de enkelte landene selv skal avgjøre hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske. Dette er lagt til grunn i Grønnboken og juridisk litteratur.²⁰⁹ Konvensjonen må altså forstås slik at den henviser til domstollandets rett, og dermed blir det denne som avgjør hvilke regler som i et konkret tilfelle anses som internasjonalt ufravikelige. Det naturlige neste spørsmål blir dermed å undersøke hvordan ulike land har tolket og forstått Romakonvensjonen i dette henseende.

Det kan etter dette se ut som om konvensjonsteksten i seg selv og dens forarbeider har liten betydning for løsningen av det som er problemstillingen her. Dette ville imidlertid være en feilslutning. Konvensjonen har betydning ved at den understreker behovet for harmonisering mellom landene og gir anvisning på en ensartet tolkning, jfr artikkel 18. Harmoniseringshensynet er også det dominerende synspunktet i utenlandske rettskilder ved spørsmål om

²⁰⁸ Cordes og Stenseng (1999) s 305-306, Arnt Nielsen (1997) s 536, 539-540.

²⁰⁹ Nergård (1991) s 30, Grønnbok s 35, Cordes og Stenseng (1999) s 305-306, Philip (1994) s 180 flg.

fortolkning av konvensjonen.²¹⁰ I tillegg har artikkel 7 nr 1 utkrystallisert enkelte reelle hensyn som kan tillegges vekt, nemlig de materielle reglens art og formål og følgene av at bestemmelsene henholdsvis anvendes eller ikke anvendes.²¹¹

6 Romaforordningen

6.1 Reglene om arbeidsavtaler og internasjonal preseptivitet

Roma I viderefører på mange punkter det som nå er gjeldende rett etter Romakonvensjonen. Dette gjelder partsautonomien som en ”hjørnestein [...] i lovvalgsregelsystemet”, ønsket om å beskytte svake avtaleparter, og behovet for forutsigbarhet i kontraktsforhold.²¹² Mye av det som hittil er sagt om Romakonvensjonen, vil derfor også gjøre seg gjeldende etter forordningens ikrafttredelse. Selv om de grunnleggende reglene i dagens rettstilstand forblir uendret, avviker forordningen på enkelte områder både fra konvensjonen og det tidligere utkastet til forordning.²¹³ Disse avvikene skyldes stort sett ønsket om klargjøring av de reglene som ble tolket uensartet under Romakonvensjonen.²¹⁴ Til en viss grad omfattes blant annet de områdene som er av interesse for denne artikkelen, det vil si bestemmelsene om individuelle arbeidsavtaler og internasjonalt preseptoriske regler. Reglene om dette er i hovedsak videreført som de var, men med små presiseringer. På ett punkt – i forhold til bestemmelsen i Romakonvensjonen artikkel 7 nr 1 om internasjonalt preseptoriske regler i tredje lands rett – innebærer imidlertid forordningen en endring av rettstilstanden. Der konvensjonsreglene ellers er uendret, og der utkastet til forordning ikke fravikes, vil eldre rettskilder fremdeles være av betydning for tolkningen av forordningen.

²¹⁰ Se eksempelvis Arnt Nielsen (2006) s 126, Motiver 2 spalte 143 flg, Prop. 1997/98:14 s 19-20.

²¹¹ Mo og Lolleng (2001) s 29-32.

²¹² Preambelen til Roma I avsnitt 11, 16 og 23.

²¹³ Zarate-Perez og Guerrieri (2008). Om forholdet mellom Romakonvensjonen og Roma I, se også Roma I artikkel 24.

²¹⁴ Moss (2009) s 74.

6.1.1 Reglene om individuelle arbeidsavtaler – Roma I artikkel 8

Når det først gjelder Romakonvensjonen artikkel 6 om individuelle arbeidsavtaler, gjenfinnes den i forordningens artikkel 8. Den første forskjellen i ordlyd mellom konvensjonen og forordningen er en liten presisering i artikkel 8 nr 1 første punktum. Her understrekes det at utgangspunktet er hva som er avtalt mellom partene. Dette innebærer for så vidt ikke noe nytt, i konvensjonen fulgte det samme av artikkel 3.²¹⁵ At utgangspunktet om avtalefrihet nevnes innledningsvis i bestemmelsen, understreker likevel at partsautonomi er sentralt også ved arbeidsavtaler.

I artikkel 8 nr 2 første ledd foretas deretter en presisering som verken har sin like i Romakonvensjonen eller i det forslaget til forordning som først ble fremsatt. Romakonvensjonens artikkel 6 nr 2 litra a omtaler ”det land, hvor arbeidstageren (...) sædvanligvis utdører sit arbejde”. Dette utdypes i artikkel 8 nr 2 til å være ”det land, hvori eller subsidiært hvorfra arbeidstageren (...) sædvanligvis udfører sit arbejde”. Ofte vil det ikke være noen tvil om hvor en arbeidstaker utfører sitt arbeide. Skulle det oppstå tvil, er det nå avklart hva som prinsipalt skal legges til grunn.

Ut over disse to små endringene er Roma I artikkel 8 en videreføring av Romakonvensjonen. I hovedsak kan derfor det som er sagt om Romakonvensjonen artikkel 6, legges til grunn også i fremtiden.

6.1.2 Internasjonalt preseptoriske regler – Roma I artikkel 9 nr 1

Når det så gjelder de internasjonalt preseptoriske reglene, har man ved Roma I forøkt å rydde opp i den tidligere forvirringen om definisjonen i Romakonvensjonens artikkel 3 nr 2. Av preambelen følger at:

””overordnede præceptive bestemmelser” [den danske originalversjonens betegnelse på internasjonalt preseptoriske regler] bør holdes ude fra udtrykket ”bestemmelser, som ikke kan fraviges ved aftale” [det vil si vanlige preseptoriske regler] og bør fortolkes mere restriktivt.”²¹⁶

Det burde etter dette være liten tvil om at den tolkningen som er fastlagt om forholdet mellom nasjonale og internasjonale tvingende reg-

²¹⁵ Den generelle reglenen i Romakonvensjonen artikkel 3 er også videreført i Roma I artikkel 3.

²¹⁶ Preambelen avsnitt 37.

ler, skal videreføres. I tillegg har man i forordningenes artikkel 3 fjernet definisjonen som før stod i konvensjons artikkel 3 nr 3. Isteden snakker man nå generelt om ”tilsidesættelse af de regler i dette andet lands lovbestemmelser, som ikke kan fraviges ved aftale”.²¹⁷

I tillegg til å klargjøre forholdet mellom de tidligere nevnte reglene, understrekes det i preambelen hvor restriktiv bruken av internasjonalt preseptoriske regler skal være:

”Almene hensyn gør det *berettiget*, at medlemsstaternes domstole under *ekstraordinære omstændigheder* får *mulighed* for at anvende egne ordre public-regler og overordnede præceptive bestemmelser”.²¹⁸

Valg av ord som ”berettiget”, ”ekstraordinære” og ”mulighet” antyder en svært restriktiv bruk av reglene. Det er ikke noe nytt at internasjonalt tvingende regler har et snevert anvendelsesområde. Med den presiseringen som er foretatt i preambelen til Roma I, er det likevel kommet enda klarere til uttrykk at regelen først og fremst er en unntaksregel for de ekstraordinære situasjonene.

Når det gjelder selve regelen om internasjonalt preseptoriske regler, følger denne av Roma I artikkel 9. Bestemmelsen tilsvarer Romakonvensjonen artikkel 7, men strukturen i artikkelen er omredigert. Rekkefølgen av leddene er endret, i tillegg til at artikkel 9 har fått et nytt første ledd. Artikkel 7 nr 2 i konvensjonen tilsvarer nå forordningen artikkel 9 nr 2, mens konvensjonen artikkel 7 nr 1 videreføres i forordningen artikkel 9 nr 3.²¹⁹ Den vesentligste forskjellen mellom forordningen og konvensjonen i denne sammenhengen er det nye første leddet i Roma I artikkel 8. Her angis det en definisjon av internasjonalt preseptoriske regler som lyder:

”Overordnede præceptive bestemmelser er bestemmelser, hvis overholdelse af et land anses for at være så *afgørende* for beskyttelsen af dets *offentlige interesser*, som *f.eks.* dets politiske, sociale og økonomiske struktur, at bestemmelserne finder anvendelse på alle forhold, der falder ind under deres anvendelsesområde, uanset hvilken lov der i øvrigt skal anvendes på aftalen i henhold til denne forordning” (min kursivering).

²¹⁷ Freitag (2009) s 112.

²¹⁸ Preambelen avsnitt 37; min kursivering.

²¹⁹ Om artikkel 9 nr 3, se kapittel 6.1.3.

Definisjonen er med små modifikasjoner hentet fra EF-domstolens avgjørelse i Arblade-saken,²²⁰ som gjaldt flere franske byggearbeidere som var utstasjonert på en byggeplass i Belgia.²²¹ I forbindelse med et kontrollbesøk krevde belgiske myndigheter fremlagt diverse arbeidsrettslige dokumenter, som var pålagt etter belgisk lovgivning. Arblade og Leloup som hadde utplassert arbeidstakerne, mente de ikke pliktet å fremlegge dette, da de ikke hadde overtrådt noen krav etter fransk rett. Spørsmålet ble så om EF-reglene medførte at de belgiske ordens- og sikkerhetsforskriftene ikke kunne komme til anvendelse. En belgisk domstol forela sakene for EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse etter EF-traktaten artikkel 234 (tidligere artikkel 177). Temaet var hvordan EF-traktaten artikkel 59 og 60 skulle fortolkes. Hindret bestemmelsene at en medlemsstat forpliktet en virksomhet fra en annen medlemsstat til å følge visse regler i den første statens lovgivning? Domstolen sa at den frie utvekslingen av tjenesteytelser kun kan begrenses ved regler som er begrunnet i et "tvingende almene hensyn". Slike hensyn må være hensyn som gjelder generelt for alle på medlemsstatens område, og de kan bare gis virkning i den utstrekning det er nødvendig. Domstolen foretok deretter en konkret vurdering av alle de ulike reglene for å se om det var grunnlag for å gjøre unntak fra utgangspunktet om fri flyt av tjenester. Under de innledende bemerkningene i dommen ble forholdet til utstasjoneringsdirektivet og kvalifisering av regler som ordens- og sikkerhetsforskrifter omtalt. I denne forbindelse sa domstolen:

"Hvad angår det andet spørgsmål, der er forelagt i begge de to sager, vedrørende den retlige kvalifikation af de omtvistede bestemmelser som ordens- og sikkerhedsforskrifter [*ordre public*] efter belgisk ret, bemærkes, at dette udtryk må forstås således, at *der sigtes til nationale bestemmelser, hvis overholdelse er blevet anset for at være så afgørende for opretholdelsen af den pågældende medlemsstats politiske, sociale og økonomiske struktur, at de kræves overholdt i forhold til enhver person, der befinder sig på denne medlemsstats nationale område, eller i forbindelse med ethvert retsforhold i denne stat*".²²²

Dette avsnittet fra Arblade-saken ble gjengitt i utkastet til forordning fra 2005. Her ble internasjonalt preseptoriske regler definert slik:

"Ufravigelige regler er regler, hvis overholdelse af et land anses for at være så afgørende for opretholdelsen af dets politiske, sociale og økonomiske struktur, at de kræves overholdt i forhold til enhver person, der befinder sig på dette

²²⁰ Forente saker C-369/96 og C-376/96, Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL og Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, prejudisiell avgjørelse 23. november 1999, Saml 1999 s I-8453.

²²¹ Om utstasjonering og utstasjoneringsdirektivet som Arblade-saken gjaldt, se kapittel 9.

²²² Arblade-saken avsnitt 30, min kursivering.

lands nationale område, eller i forbindelse med ethvert retsforhold i dette land, uanset hvilken lov der i øvrig finder anvendelse på aftalen i henhold til denne forordning.”²²³

Enkelte mente at en slik definisjon ikke var tilstrekkelig. I Grønneboken om om-dannelse av Romakonvensjonen til en forordning ble det hevdet at:

”det i den fremtidige retsakt [burde] præciseres, at der ikke kan være tale om en ufravigelig regel, når den alene tager sigte på at beskytte rent private interesser, i modsætning til de love, der beskytter en stats politiske, økonomiske eller samfundsmæssige orden”.²²⁴

Bakgrunnen for dette standpunktet var EF-domstolens avgjørelse i Ingmar-saken.²²⁵ En slik presisering ble imidlertid ikke tatt inn i utkastet til forordning.

Det følger av definisjonen i Roma I at det avgjort skal mye til for at et lands internrettslige regler kan anses internasjonalt preseptoriske. Det oppstilles vilkår om at vedkommende rettsregel må anses ”avgjørende” for beskyttelsen av et lands ”offentlige interesser”, som ”f.eks. dets politiske, sociale og økonomiske struktur”. Dette er strenge kriterier, om enn skjønnsmessige. Om en regel er ”avgjørende” og om en interesse er ”offentlig”, er spørsmål som lett kan komme opp i en konkret sak. Slike og lignende tolkningsspørsmål er fremdeles overlatt til de nasjonale domstolene. På dette punktet er altså situasjonen som før.

Den definisjonen som ble fremsatt i utkastet til forordning, fikk en blandet mottagelse. *Liukkunen* mente at definisjonen var fleksibel og godt egnet til å fjerne noe av problemene relatert til internasjonalt preseptoriske regler.²²⁶ Den kritiske holdningen hos enkelte antok hun berodde på at definisjonen var nærmere opp til det tyske synet på internasjonalt preseptoriske regler enn det skandinaviske.²²⁷ I Tyskland legges det stor vekt på hvorvidt en regel tjener nasjonale eller offentlige interesser, jfr i kapittel 8.5 nedenfor. I Skandinavia har dette derimot ikke blitt ansett som noe avgjørende kriterium (jfr kapittel 4, kapittel 8.3 og 8.4). Også i Tyskland var det imidlertid kritikk mot definisjonen i utkastet til forordning. *Thorn* pekte blant

²²³ Artikkel 8 nr 1 i KOM(2005) 650 endelig, 15. desember 2005

²²⁴ Grønnebok s 36.

²²⁵ Sak C-381/98, Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc., dom av 9. november 2000, Saml. 2000 s I-9305.

²²⁶ *Liukkunen* (2006) s 80.

²²⁷ *Liukkunen* (2006) s 79.

annet på at definisjonen så ut til å forutsette at kun offentligrettslige regler omfattes.²²⁸ Men også privatrettslige regler som tjener offentlige interesser, kunne imidlertid etter hans syn være egnet som internasjonalt tvingende. Dette ville være regler relatert til politikken sosiale, ordens- og økonomiske målsetninger. Fra norsk hold ble innvendinger mot artikkel 8 reist på et annet grunnlag. Moss påpekte at definisjonen talte for en restriktiv adgang til å gripe inn overfor partenes lovvalg. En av målsettingene, å understreke at ikke alle internt preseptoriske regler kan anses som internasjonalt tvingende, var dermed oppnådd. Til tross for dette anførte Moss at definisjonen innebar at forutberegneligheten i kontraktsforhold kunne motvirkes. Denne ulempe forelå imidlertid også i forhold til Romakonvensjonen og var således altså ikke av ny dato.²²⁹ Moss har for øvrig opprettholdt dette synspunktet i forhold til den vedtatte definisjonen i Roma I artikkel 9.²³⁰

I og med at forordningen er relativ ny ennå og fremdeles ikke er trådt i kraft, foreligger det ikke mye litteratur om Roma I foreløpig.²³¹ Det som finnes så langt, er enkelte artikler og referater med mer fra konferanser om forordningen. Flere bøker er likevel ventet i løpet av kort tid, og det er all grunn til å tro at det med tiden vil komme en ikke ubetydelig mengde litteratur.²³² Hva gjelder den definisjonen som er oppstilt i forordningens artikkel 8 nr 1, vil den trolig bli mottatt omtrent på samme måte som definisjonen i utkastet til forordning. Enkelte innvendinger vil det alltid kunne gjøres mot en definisjon. Ved hjelp av en innledende presisering i bestemmelsen er man likevel kommet noe nærmere en avklaring om hva slags regler som kan omfattes som internasjonalt preseptoriske.

²²⁸ Thorn (2007) s 132.

²²⁹ Moss (2007) 704-705.

²³⁰ Moss (2009) s 78.

²³¹ Det som finnes er stort sett artikler, se Moss (2009), Bogdan (2008) og enkelte artikler i IPRax.

²³² Buono <http://conflictoflaws.net/2007/conference-%c2%abthe-new-european-contract-law-from-the-rome-convention-to-the-rome-i-regulation%c2%bb/>.
Eksempler på bøker som er ventet i 2009 og 2010, er Ferrari og Leible (2009) og Magnus og Mankowski (2010).

6.1.3 Roma I artikkel 9 nr 2 og 3

Som antydnet tidligere, gjenspeiler regelen i Roma I artikkel 9 nr 2 Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2. Bestemmelsen gjelder internasjonalt ufravikelige regler i domstollandets egen rettsordning, og er en ren videreføring av Romakonvensjonen. Det som tidligere er sagt om Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2 vil derfor fremdeles være gjeldende rett.²³³

Artikkel 9 nr 3 om internasjonalt tvingende regler i et *tredje* land er i motsetning til dette en nyskaping i forhold til Romakonvensjonen. Temaet er i utgangspunktet komplekst og dermed også sterkt omdiskutert. Den tilsvarende bestemmelsen i Romakonvensjonen medførte så stor uenighet at det ble åpnet for at medlemslandene kunne ta forbehold mot den.²³⁴ I en forordning er det imidlertid ikke mulig å ta slike forbehold. Naturlig nok medførte dette igjen stor usikkerhet, og hele forordningen risikerte å falle på tvilstemaet. Kompromisset som ble inngått, var å gjøre bestemmelsens omfang så snever at den ikke skapte usikkerhet ut over det som allerede eksisterte i de ulike rettssystemene. Etter artikkel 9 nr 3 skal derfor domstolen kun tillegge de internasjonalt tvingende reglene vekt, dersom disse gjør oppfyllelsen av avtalen ”ulovlig”.²³⁵ Regelens virkeområde strammes altså betydelig inn. Ved vurderingen av om dette er tilfellet, skal det tas hensyn til reglenes ”karakter og formål samt til virkningene af deres anvendelse eller tilsidesættelse”. At man i Roma I har valgt å benytte uttrykket reglenes ”karakter og formål” heller enn Romakonvensjonens ”art og formål”, innebærer neppe noen endring av rettstilstanden. Den nye utformingen av artikkel 9 nr 3 er for øvrig av *Bogdan* blitt omtalt som en ”välkommen tillnyktring” og en ”reträtt” fra den ”misslyckade” regelen i Romakonvensjon.²³⁶ Mye tyder altså på at den nye regelen har langt større oppslutning enn sin forgjenger i Romakonvensjonen.

²³³ Moss (2009) s 78, *Bogdan* (2008) s 459.

²³⁴ Jfr kapittel 5.3.1.

²³⁵ Moss (2009) s 78.

²³⁶ *Bogdan* (2008) s 460. For mer om Roma I artikkel 9 nr 3, se Freitag (2009).

6.2 Sammenfatning om Romaforordningen

I forhold til det som er denne artikkelens problemstilling, har forordningen først og fremst betydning ved at den oppstiller en definisjon av hva som anses som internasjonalt tvingende regler. Denne åpner ikke for at mye skal omfattes, det er kun de reglene som er avgjørende for vern av et lands offentlige interesser, som passer inn under den. Definisjonen markerer, i tillegg til den klare uttalelsen i preambelen, at det således kun er tale om snevre unntakstilfeller. Som generell definisjon etterlater artikkel 9 naturlig nok tolkningsspørsmål, og disse er overlatt til de nasjonale domstoler å avklare. Dette er den naturlige konsekvens av at man ikke kan angi uttømmende hva slags regler som omfattes.

Forordningen vil ha rettskildeinteresse også i Norge. Dette vil gjelde på samme måte som at Romakonvensjonen har stor betydning på tross av den manglende formelle tilknytningen. Det må antas at norske domstoler i fremtiden kan og vil se hen til forordningen i saker hvor det oppstår spørsmål om internasjonalt preseptoriske regler.

I og med at det er Romakonvensjonen som er gjeldende rett i dag, knyttes den videre fremstillingen i hovedsak til konvensjonen. Men ettersom forordningen er en videreføring av konvensjonens regler, kan det jevnt over legges til grunn at fremstillingen like gjerne kunne omtalt Roma I på de samme stedene.

7 Det norske lovutkastet til lov om interlegale lovvalgsregler på formuesrettens område

Som nevnt foran kan ikke Norge tiltre Romakonvensjonen. Det førte til at Justisdepartementet satte i gang et arbeid for å få lovfestet tilsvarende regler i Norge, og 20. mai 1985 ble det sendt ut på høring et utkast til en lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område.²³⁷ Dette lovutkastet bygger på Romakonvensjonen.

Høringsuttalelsene var positive, men utkastet ble likevel aldri vedtatt som lov. Årsakene til dette var henholdsvis varslede endringer i Romakonvensjonen og forhandlinger om norsk EU-medlemskap.²³⁸

²³⁷ Justisdepartementet, Jnr 1450/85 E SR/agm, mai 1985, Moss (2007) s 679.

²³⁸ Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) s 20, Evju (2007a) s 100, Moss (2007) s 679-680.

Det er hovedsakelig to bestemmelser i lovutkastet som er av interesse for problemstillingen i denne artikkelen. Den første er § 10 som tilsvarer Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2 om internasjonalt preseptoriske regler i domstollandet. Den andre regelen finnes i § 18 og tilsvarer Romakonvensjonen § 6 nr 2. Denne bestemmelsen gjelder altså presumsjoner for hvilket lands rett som skal gjelde i arbeidsforhold.

7.1 Lovutkastets rettskildemessige betydning

På tross av at lovutkastet aldri er blitt vedtatt, er det grunn til anta at det har rettskildemessig betydning. Når det ikke foreligger noen generell lovregulering av den internasjonale privatrett i Norge, er det naturlig at et foreløpig lovarbeid har interesse.²³⁹ Ved at lovutkastet bygger på Romakonvensjonen og tilsikter en kodifikasjon, vil lovutkastet kunne ha vesentlig vekt ved rettsanvendelsen i norsk rett. På den annen side må det sies at Justisdepartementet, som så mange andre, misforstod definisjonen av "ufravigelige regler" i Romakonvensjonens artikkel 3 nr 3, samt dens forhold til artikkel 7.²⁴⁰ Det taler for at lovutkastet i denne relasjon ikke ukritisk tillegges betydning.

7.2 Lovutkastet § 10

Den sentrale bestemmelsen i relasjon til fremstillingens tema er utkastet § 10 om "tvingende regler i domstollandet". Paragrafen består av en kort setning:

"Selv om en fremmed lov skal legges til grunn, skal ufravigelige regler i norsk lov følges når de er tvingende uansett hvilket lands lov som ellers anvendes."

Dette tar sikte på de internasjonalt preseptoriske regler, i motsetning til (negativ) ordre public som behandles i lovutkastets § 11. Høringsnotatet uttaler til § 10 blant annet at:

"Med forbilde i EF art 7 para 2 gir § 10 en generell heimel for norsk domstol til å anvende regler i norsk lov som er tvingende uansett hvilket lands lov som ellers skal anvendes, dvs såkalte internasjonalt preseptoriske regler. Hvilke regler som går inn under denne kategori beror utelukkende på norsk rett. Det kan dreie seg om offentligrettslige regler som får anvendelse på et formuerettslig forhold (t eks monopol-, valuta- eller konsesjonsregler), eller

²³⁹ Moss (2007) s 679-680.

²⁴⁰ Moss (2007) s 704. Se kapittel 5.3.2 ovenfor om forvirringen rundt denne.

privatrettslige regler som er internasjonalt preseptoriske. Offentligrettslige regler vil generelt være tvingende. På privatrettens område har lovgiveren i noen tilfelle tatt stilling til om reglene er internasjonalt preseptoriske, som eksempel sjøloven § 200. I andre tilfelle må spørsmålet avgjøres på vanlig måte av domstolene ved tolkning av regelen.”²⁴¹

Ved første øyekast ser dette ut til å være relativt klare uttalelser om hva som regnes som internasjonalt preseptoriske regler. Ved nærmere øyesyn finnes det imidlertid lite avklarende retningslinjer for fortolkningen, ut over at bestemmelsen bygger på Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2.

Innledningsvis slås det fast at det beror på norsk rett hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske. Dette er i tråd med konklusjonene under kapittel 5 om Romakonvensjonen, og er således ikke overraskende. De påfølgende uttalelsene om offentligrettslige og privatrettslige bestemmelser, og om offentligrettslige reglers generelle ufravikelighet, bygger trolig på at begrepet internasjonalt preseptoriske regler anvendes i utvidet forstand.²⁴² Slik sett gir uttalelsene om dette ikke videre veiledning. Det gjør heller ikke den avsluttende kommentaren om at spørsmålet skal løses ”på vanlig måte ... ved tolkning av regelen”. Selv om § 10 og rettskilder knyttet til denne i utgangspunktet kunne brakt avklaring, er det altså her lite hjelp å få til løsning av konkrete rettsspørsmål.

7.3 Lovutkastet § 18

Den andre bestemmelsen av særlig interesse for artikkelens tema, er § 18 som har overskriften ”arbeidsforhold”. Bestemmelsen lyder som følger:

”For arbeidskontrakter legges til grunn at forholdet, når ikke annet alt i alt fremgår, har sin nærmeste tilknytning til det land der arbeidstakeren vanligvis utfører sitt arbeid med å oppfylle kontrakten, selv om han midlertidig arbeider i et annet land. Dersom arbeidstakeren ikke vanligvis utfører sitt arbeid etter kontrakten i et bestemt land, anses arbeidsforholdet i alminnelighet å ha sin nærmeste tilknytning til det land der det forretningsstedet ligger hvor ansettelsen ble foretatt.”

²⁴¹ Høringsnotat s 15.

²⁴² Jfr kapittel 2 om hva som menes med internasjonalt preseptoriske regler.

Lovteksten omfatter presumsjoner om hvilke verneing som vil gjelde for arbeidsforhold, og bygger på Romakonvensjonen artikkel 6 nr 2.²⁴³ Presumsjonene i seg selv bidrar ikke nevneverdig ved avgjørelsen av hva som konkret er å anse som internasjonalt preseptorisk. I høringsnotatet til § 18 uttales det imidlertid noe av interesse: Det henvises innledningsvis til § 6 nr 5 som omhandler preseptoriske regler utenfor partsautonomien og situasjonen der det kun foreligger reell tilknytning til ett land. Bestemmelsen bygger altså på Romakonvensjonen artikkel 3 nr 3 og 6 nr 1. Etter henvisningen til dette sies det:

”... Partene kan aldri hindre anvendelsen av ufravikelige regler som etter denne lov er tvingende uansett avtale i internasjonale forhold og uansett hvilket lands lov som ellers legges til grunn.

Problemet blir da å avgjøre hvilke regler som er ”internasjonalt tvingende” i lovens forstand. Spørsmålet vil trolig svært sjelden være berørt i den enkelte lov eller dens forarbeider. Når det gjelder arbeidsavtaler, må en rekke av de regler som gjelder hos oss til beskyttelse av arbeidstakerne, være av en slik art at de skal gjelde for alt arbeid som skjer i Norge. Dette vil gjelde både mere offentligrettslige regler og bestemmelser som regulerer avtalenes privatrettslige sider.

En del av bestemmelsene vil trolig heller ikke kunne fravikes f eks når en nordmann midlertidig sendes ut for arbeid i utlandet. Som eksempel kan nevnes arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern. Men det samme kan ikke gjelde alle reglene i arbeidsmiljøloven. Skal arbeidstakeren utføre arbeid i utlandet, er det klart at han må følge de lokale arbeidstidsbestemmelser og lignende ordensregler, selv om disse avviker fra de norske og selv om kontrakten uten lovvalgsavtale skulle følge norsk rett.”²⁴⁴

I det *første* avsnittet slås det grunnleggende fast: partene kan ikke hindre anvendelse av internasjonalt preseptoriske regler ved å inngå lovvalgsavtaler. Dette gjelder uavhengig av hva slags rett som skal anvendes på forholdet.

I *annet* avsnitt formuleres så spørsmålet som også er problemstillingen i denne artikkelen, nemlig hvilke regler som får internasjonalt gjennomslag i lovens forstand. Spørsmålet besvares ikke direkte, men det sies at ”en rekke” regler er av en slik art at de vil gjelde for ”alt

²⁴³ Høringsnotat s 24.

²⁴⁴ Høringsnotat s 25-26.

arbeid som skjer i Norge". Høringsnotatet skiller altså mellom ufravikelige regler for arbeid som skjer henholdsvis i eller utenfor Norge. Når det gjelder arbeid som skjer i Norge, tilsier uttrykket "en rekke" at ikke alle de norske reglene, men mange, vil kunne slå igjennom overfor lovvalgsavtaler. Dette synspunktet har nok sammenheng med at det er den utvidede forståelsen av begrepet internasjonalt preseptoriske regler som anvendes. At det er dette begrepet som legges til grunn, følger både av kommentarene til § 10 og av siste punktum i annet avsnitt.

Utsagnet er likevel av interesse i forhold til Pollard og Hampkjennelsen.²⁴⁵ Den åpner for at regler som er ufravikelige i Norge, kanskje kan fravikes ved kortvarige arbeidsforhold. Holder man ordlyden i høringsnotatet opp mot dette, taler det for at det kun er en liten gruppe av regler som kan fravikes ved kortvarige arbeidsforhold.

Arbeid som skjer i utlandet, behandles i det *tredje* avsnittet som er gjengitt ovenfor. I første punktum sies det at "en del av bestemmelsene ... heller ikke" kan fravikes ved arbeid i utlandet, og i tredje punktum tilføyes en begrensning for arbeidsmiljølovens del. Innledningsvis kan nevnes at ordlyden er mer reservert her enn i annet avsnitt der det tales om "en rekke" regler. Det fremgår at departementet også har ansett de offentligrettslige reglene som internasjonalt ufravikelige, og dermed faller de nevnte uttalelsene naturlig. Det er likevel verdt å merke seg at departementet åpner opp for at flere bestemmelser også kan anvendes der arbeidet foregår i utlandet. Det må følge av utsagnene om "en del av bestemmelsene", "heller ikke" og begrensningen om "ikke ... alle reglene i arbeidsmiljøloven". Hvilke bestemmelser det konkret siktes til, fremgår ikke.

Videre i det tredje avsnittet oppstilles oppsigelsesvern som et eksempel på en ufravikelig regel ved midlertidig arbeid i utlandet. Dette er et eksempel som også har blitt omtalt i flere andre rettskilder.²⁴⁶ Oppsigelsesvernet angis å kunne gjelde som internasjonalt ufravikelig både når arbeidet utføres i Norge og når det utføres i utlandet. Det er klart at da høringsnotatet ble laget i 1985, knyttet ut-

²⁴⁵ Rt. 1985.1319, se kapittel 4.2.

²⁴⁶ Jfr Krüger (1989) i kapittel 4.3 om norsk teori og om norsk rettspraksis i kapittel 4.2.

sagnet om oppsigelsesvern seg til dagjeldende arbeidsmiljølov av 1977. Reglene om oppsigelsesvern følger i dag av arbeidsmiljøloven kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold, men overgangen til denne loven har ikke tilsiktet noen realitetsendring.²⁴⁷ Det er derfor all grunn til å tro at utsagnet om oppsigelsesvern like gjerne kunne blitt hevdet i forhold til nåværende arbeidsmiljølov. At høringsnotatet knytter seg til den gamle loven, er dermed uproblematisk.

Som et eksempel på bestemmelser som ikke vil gjelde for utsendte arbeidstakere, nevner høringsnotatet avslutningsvis i tredje avsnitt ”lokale arbeidstidsbestemmelser og lignende ordensregler”. Om man skal ta høringsnotatet på ordet, bør arbeidsmiljølovens kapittel 10 om arbeidstid etter dette ikke ha status som internasjonalt preseptoriske regler.

8 Fremmed rett

8.1 Fremmed rett som rettskildefaktor i internasjonal privatrett

Når rettsspørsmål er usikre i norsk rett, kan det være nærliggende å vende blikket mot utlandet. Har spørsmålet sin klare løsning der, er dette ofte et relevant argument for at man bør komme til samme løsning også etter norsk rett. Et spørsmål for seg er likevel hvilken vekt fremmed rett kan ha som rettskilde.

Det generelle utgangspunktet i norsk rettskildelære har vært at fremmed rett er en rettskilde med begrenset vekt. I den internasjonale privatretten har likevel utenlandske rettskilder fått en viktigere rolle enn normalt.²⁴⁸ Det er flere grunner til dette: For det første er det en alminnelig tradisjon innen internasjonal privatrett å vise til hvordan rettsforhold reguleres i andre land. Utenlandsk praksis og teori kan da fungere både som et argument i seg selv og som en kilde til forståelse av hvordan et gitt problem bør løses, eller eventuelt ikke bør løses.

Et annet argument er at det foreligger en presumsjon for at retten særlig i de nordiske land er sammenfallende eller har likhetstrekk. Mellom de nordiske landene har det i over hundre år pågått et lovsam-

²⁴⁷ Fougner og Holo (2006) s 780-781.

²⁴⁸ Mo (1995) s 944.

arbeid,²⁴⁹ og det er nærliggende å se hen til de erfaringer som er gjort i de andre landene ved et slikt samarbeid.²⁵⁰

En tredje og kanskje viktigste årsak til at utenlandsk rett tillegges stor vekt i internasjonal privatrett, er harmoniseringshensynet.²⁵¹ I den juridiske litteraturen fremholdes at rettsenhet mellom landenes retts-systemer er et overordnet formål med internasjonal privatrett, og at dette medfører at utenlandsk rett ”må” tillegges ”betydelig vekt”.²⁵² Dette gjelder særlig på ulovfestede og/eller uavklarte rettsområder, noe som definitivt omfatter internasjonalt ufravikelige regler.

Fremmed rett må altså jevnt over tillegges vesentlig større vekt ved løsningen av interlegale spørsmål enn i de fleste andre relasjoner. Av praktiske årsaker må det imidlertid gjøres et utvalg av hva som kan behandles. Danske, svenske og tyske rettskilder er særlig aktuelle da disse landene generelt har hatt innflytelse på norsk rett.²⁵³ Det foreligger også likheter i rettssystemene som tilsier at det er naturlig å velge disse landene. For tysk retts del finnes i tillegg omfattende litteratur som kan forventes å ha relevante synspunkter også for norske forhold. Den videre fremstillingen begrenses derfor til å behandle disse landenes rett. Denne avgrensningen vil bli fulgt gjennom resten av artikkelen, også ved behandlingen av utstasjoningsdirektivet i kapittel 9.

8.2 Noen forskjeller i rettskildemessige utgangspunkter – forholdet til Romakonvensjonen

Ved vurderingen av dansk, svensk og tysk rett som rettskilde bør man ha i erindring at disse landene til forskjell fra Norge, er medlemmer av EU. Dette innebærer blant annet at landene er tilsluttet Romakonvensjonen, og at de generelt er integrert i den europeiske fellesskapsretten på en annen måte enn Norge.²⁵⁴ I dansk teori er det for eksempel fremhevet at ”en række” av de danske reglene om

²⁴⁹ Gaarder og Lundgaard (2000) s 87.

²⁵⁰ Cordes og Stenseng (1999) s 37-38.

²⁵¹ Se kapittel 5 om Romakonvensjonen og harmonisering og kapittel 4.4 om reelle hensyn.

²⁵² Cordes og Stenseng (1999) s 37.

²⁵³ Cordes og Stenseng (1999) s 38.

²⁵⁴ Mo (1995) s 944-945.

internasjonalt ufravikelig normer har opprinnelse i EU-retten.²⁵⁵ På tross av et meget langvarig og omfattende lovsamarbeid mellom de nordiske landene, er den akselererende påvirkning fra EU-retten et forhold som kan ha bidratt til å svekke grunnlaget for nordisk rettsenhet.

Liukkunen påpeker at de norske lovvalgsreglene generelt skiller seg fra EU-landenes på tre måter: For det første er partsautonomien større i EU-landene enn i Norge. Utgangspunktet for lovvalg er i så fall ikke identisk. Når utgangspunktet endres, kan det få betydning for hvilke unntak som bør gjøres, herunder hvilke regler som må anses internasjonalt preseptoriske.

For det annet hevder hun at de norske tilknytningsfaktorene er annerledes enn etter Romakonvensjonen. Dette på tross av at utviklingen innen norsk rett stadig går mot en tilnærming. Det *Liukkunen* sikter til, er norsk retts anvendelse av den individualiserende metode, i motsetning til de presumsjoner som Romakonvensjonen oppstiller i f.eks. artikkel 6 nr 2. Dette har neppe avgjørende betydning for hva som anses som internasjonalt ufravikelig, men illustrerer de ulike lands forskjellige tilnæringsmåter til problemer av denne typen.

Det tredje forholdet er forskjellen i mekanismer som gir beskyttelse for den svakere kontraktspart. *Liukkunen* hevder at tendensen i norsk internasjonal privatrett er å anvende norsk materiell rett for å oppnå en minimumsbeskyttelse for arbeidstakere. Dette kan eventuelt ses som en anvendelse av internasjonalt preseptoriske regler, eller positiv ordre public, som *Liukkunen* kaller det.

Disse allmenne forskjellene kan få betydning for den konkrete vektlegging av utenlandsk rett som rettskilde.²⁵⁶

Eventuelle internasjonalt preseptoriske regler i fremmed rett kan være mer eller mindre knyttet til Romakonvensjonen. Noen regler kan for eksempel være gitt direkte i forlengelse av konvensjonen, mens andre regler bygger på et annet selvstendig grunnlag. Det kan også være tilfeller som i norsk rett der et land ikke kan vedta Romakonvensjonen, men hvor det likevel er gitt regler med utgangspunkt i konvensjonen. I forhold til de landene som behandles her, er ikke den sistnevnte situasjonen aktuell. Eventuelle kilder om internasjonalt preseptoriske regler har dermed enten basis i konvensjonen eller så bygger de på et annet nasjonalt rettskildemessig grunnlag. Hva som da er hjemmelen, vil bero på de enkelte landenes rettskildelære, men kan typisk være lovgiving, rettspraksis eller sedvane.

²⁵⁵ Arnt Nielsen (1997) s 86.

²⁵⁶ *Liukkunen* (2005) s 212-213.

Teoretisk sett burde det etter dette være mulig å foreta en grense-dragning mellom hva slags regler som finnes i disse landenes rett henholdsvis innenfor og utenfor Romakonvensjonens anvendelsesområde. I praksis er imidlertid en slik sontring problematisk, og trolig heller ikke hensiktsmessig. Bakgrunnen for dette er blant annet konvensjonens egen henvisning til nasjonal rett. Konsekvensen av denne er at man fort står igjen med de samme rettskildene som kanskje egentlig uttaler seg generelt. I et dynamisk rettskildebilde er det altså mulig at regler som i utgangspunktet er tenkt å gjelde på et selvstendig nasjonalt grunnlag også blir rettskilder for anvendelse av konvensjonen.

I forhold til norsk rett vil det ha mindre, om noen, betydning om rettskildene i fremmed rett har basis i Romakonvensjonen eller ikke. Rettskildene vil i alle tilfelle bli tillagt vekt som fremmed rett. Med denne bakgrunnen vil den videre fremstillingen dreie seg om eventuelle momenter og eksempler som finnes *både* i forbindelse med konvensjonen *og* på selvstendig grunnlag.

Det vil for øvrig fremgå at mange – om ikke de fleste – av eksemplene og momentene som følger av fremmed rett, har tilknytning til Romakonvensjonen. Dette kan skyldes at konvensjonen er blitt viet mye oppmerksomhet internasjonalt, slik at det som regel er tilfeller knyttet til denne som omtales i teorien. Det kan også tenkes at problemet består i tilgjengelighet på informasjon, eller at man i de enkelte landene kvier seg for å vedta regler utenfor konvensjonen anvendelsesområde. Her kan blant annet harmoniseringshensynet virke inn. En annen mulig årsak er at man i EU-landene allerede har en klar hjemmel i konvensjonen som dekker mange tilfeller, og at denne foretrekkes anvendt fremfor et mer usikkert grunnlag.

8.3 *Dansk rett*

Den danske metodelæren har flere likhetstrekk med den norske rettskildelæren. Dette omfatter hvilke rettskilder som tillegges vekt; av juridisk litteratur fremgår at det jevnt over er de samme kildene som får betydning i dansk og norsk rett.²⁵⁷ Om hva slags regler som har status som internasjonalt ufravikelige, uttaler *Arnt Nielsen*:

²⁵⁷ Om dansk rettskildelære se Blume (2006), særlig del 2.

”Hvorvidt en regel er internasjonalt præceptiv eller præceptiv af 3. grad, afgjøres i overensstemmelse med almindelig lovforklning i henhold til fortolkningsprincipperne i den stats ret, som reglen hidrører fra. I dansk ret kan graden af præceptivitet således fremgå af bestemmelsens ordlyd, af forarbejderne eller følge af teori eller retspraksis.”²⁵⁸

Når det skal undersøkes hvilke regler som er internasjonalt tvingende, kan man etter dette foreta en rettskildemessig vurdering av de samme typene rettkilder som tradisjonelt har relevans og vekt i norsk rett.

8.3.1 Lov

Selv om det er klart at internasjonalt preseptoriske regler kan avklares på lovgiverplan og nedfelles i lovbestemmelser, foreligger det kun ”meget få” slike regler i den danske lovgivningen.²⁵⁹ Det finnes enkelte spredte bestemmelser blant annet i søloven²⁶⁰ og handelsagentloven,²⁶¹ men lovgivningen gir liten veiledning i forhold til det arbeidsrettslige felt.²⁶² For arbeidsrettens del er det mer veiledning å få i rettskildene i tilknytning til Romakonvensjonen.

Romakonvensjonen er inkorporert i dansk rett ved Romkonventionsloven av 9. mai 1984 nr 188.²⁶³ Grunnen til at loven er fra 1984 mens konvensjonen først trådte i kraft i 1991, er at Romakonvensjonen ble ansett å være i overensstemmelse med dansk rett.²⁶⁴ I Danmark ble altså konvensjonen gjennomført internrettslig uten at man avventet at den ble bindende mellom medlemsstatene. Også praksis og teori fra før lovens vedtagelse kan dermed være relevant. Følgen av at

²⁵⁸ Arnt Nielsen (1997) s 85 som henviser til Lando, Philip og Svénné Schmidt i note 18 og til Svénné Schmidt og Philip i note 19.

²⁵⁹ Oversigt 1 s 118, sml Motiver 2 s 174-175, Siesby (1989) s 89, Arnt Nielsen (1997) s 85-86 forutsetningsvis.

²⁶⁰ Se §§ 182 og 430 i Bekendtgørelse nr 538 av 15. juni 2004 af søloven.

²⁶¹ Se § 1 nr 2 jfr §§ 22, 25-27 i lov om handelsagenter og handelsrejsende av 2. mai 1990 nr 272, jfr Arnt Nielsen (1997) s 85-86. Loven er inntatt i Arnt Nielsen (1998) s 24.

²⁶² Se Arnt Nielsen (1997) s 85-86.

²⁶³ Lov om gennemførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, m.v. Loven er inntatt i Arnt Nielsen (1998) s 52.

²⁶⁴ Arnt Nielsen (1997) s 486, sml Oversigt 2 spalte 92, Oversigt 1 spalte 118-119.

Romkonvensjonen er inkorporert i dansk rett, er at det er Romkonventionsloven § 1(1) jfr konvensjonens artikkel 6 og 7 som blir den aktuelle hjemmelen for internasjonalt ufravikelige regler innen konvensjonens virkeområde. Som kapittelet om Romkonvensjonen viser, følger det imidlertid ikke av konvensjonen i seg selv hva som er å anse som internasjonalt preseptoriske regler. Konvensjonen danner likevel utgangspunktet for en videre vurdering og kan ha flere andre rettskilder knyttet til seg. I forhold til dansk lovgivning om internasjonalt tvingende regler er altså dette det nærmeste man kommer på arbeidsrettens område.

8.3.2 Forarbeider

At en regel kan regnes som internasjonalt tvingende, er i visse tilfeller lagt til grunn også i danske lovforarbeider. Et eksempel på dette er forarbeidene²⁶⁵ til den tidligere betalingskortloven § 1.²⁶⁶ På arbeidsrettens område er det imidlertid først og fremst forarbeidene til Romkonventionsloven som gir veiledning om hvilke regler som kan anses internasjonalt ufravikelige.²⁶⁷ Forarbeidenes kommentarer til konvensjonens artikkel 6 er knappe, men i forhold til artikkel 7 finnes det enkelte uttalelser av interesse. Generelt kan det først sies at forarbeidene bygger på det terminologiske syn at internasjonalt preseptoriske regler også omfatter offentligrettslige bestemmelser. Følgelig anses de offentligrettslige reglene jevnt over som internasjonalt ufravikelige, i motsetning til de privatrettslige som kun i unntakstilfeller slår igjennom overfor lovvalgsavtaler. Så langt er dette i samsvar med alminnelige betraktninger etter norsk rett. I forhold til konvensjonens artikkel 7 nr 2 uttales så:

”Hvor loven ikke tager udtrykkelig stilling til spørgsmålet, må dette – ligesom hidtil – afgøres af domstolene gennem en fortolkning, der tager hensyn til reglernes formål, de involverede parters interesser og behovet for at håndhæve reglen også i internationale forhold... Som eksempler på regler, som formentlig i et vist omfang må anses for internationalt præceptive, kan nævnes de ufravigelige regler i lejeloven, funktionærloven og forsikringsaftaleloven.

²⁶⁵ FT 1983/84, 2. samling, tillæg A, spalte 801.

²⁶⁶ Lovbekendtgørelse nr 811 af 12. september 1994 om betalingskort m.v. Arnt Nielsen (1997) s 86.

²⁶⁷ Se Motiver 1 og 2.

Funktionærlovens regler og andre regler vedrørende arbeidsaftaler skal etter konventionens gjennomførelse i fullt omfang anses for internasjonalt præceptive, jfr. Art. 6, stk. 1.”²⁶⁸

Forarbeidene skiller her ut noen av de reelle hensynene som kan komme inn ved en avgjørelse av om det foreligger internasjonalt pre-septoriske regler. Ved avgjørelsen av om en regel er tvingende på et internasjonalt plan, blir altså reglens formål, de involvertes interesser og håndhevelsesbehovet i internasjonal sammenheng hensyn som skal vektlegges.

Når det gjelder henvisningen til funktionærloven,²⁶⁹ innebærer forarbeidenes utsagn først og fremst at det tydeliggjøres at endel regler i arbeidsretten også etter dansk rett er å regne som internasjonalt ufravikelige. Ser man de to siste punktumene i sammenheng, gir det inntrykk av at dette både gjelder i forhold til artikkel 6 og artikkel 7.

Arbeidsrettslige anliggender er for Danmarks vedkommende helt eller delvis regulert i rundt 80 lover. I ”forgrunden” står de lovene som gjelder enkelte lønsmottakergrupper, som blant annet den nevnte funktionærloven. Denne og lignende lovers betydning er ”vanskelig overskuelig”, da lovene representerer en kodifisering av den tidligere rettstilstanden. Rettstilstanden ville gjort seg gjeldende også uten uttrykkelig lovregulering, noe som for funktionærlovens del innebærer at lovens prinsipper kan ha et videre anvendelsesområde enn loven selv. Mer konkret kan de prinsipper som er nedfelt i loven, være gjeldende også for andre lønsmottakere enn de som er omfattet av lovens funksjonærbegrep i § 1.²⁷⁰ Dette begrepet omfatter, noe unyansert sagt, handels- og kontormedhjelpere, lagerarbeidere, ledere og tilsynsmenn, samt arbeidere som yter teknisk eller klinisk bistand av ikke-håndverks- eller fabrikkmessig art.²⁷¹

Funktionærloven omhandler i stor grad oppsigelsesregler. Selv om forarbeidene til Romkonventionsloven ikke spesifiserer nærmere hvilke bestemmelser i funktionærloven som kan være internasjonalt pre-septoriske, er det derfor nærliggende at det er disse reglene det siktes til. Forarbeidene gir imidlertid i seg selv ikke grunnlag for å

²⁶⁸ Motiver 1 spalte 432-433, Motiver 2 spalte 175.

²⁶⁹ Jfr nå Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer av 21. januar 2005 nr 68 (funktionærloven).

²⁷⁰ Hasselbalch (2005) s 54-55.

²⁷¹ Se mer om funksjonærbegrepet i Nielsen (2001) s 51-74, Kristiansen (2001) s 227 flg.

konkretisere eller avgrense hvilke bestemmelser i loven som må anses internasjonalt ufravikelige.

8.3.3 Rettspraksis

Om dansk rettspraksis vedrørende internasjonal arbeidsrett uttaler *Lando* at ”nesten alle” relevante avgjørelser handler om hvorvidt ferieloven²⁷² eller funksjonærloven i det hele tatt kommer til anvendelse på arbeid utført i utlandet.²⁷³ Fokus er altså ikke på internasjonalt preseptoriske regler som sådan. Dette er i samsvar i forarbeidene til Romkonventionsloven som sier at det foreligger en ”relativt sparsom domspraksis” på konvensjonens område.²⁷⁴

Dansk Høyesteret har imidlertid behandlet spørsmålet om internasjonalt ufravikelige regler i arbeidsforhold i UfR 2000.1099 H. Saken gjaldt en lege som arbeidet på en borerigg på den danske kontinentalsokkelen. Legen hadde britisk statsborgerskap, og selskapet han arbeidet for, var hjemmehørende i Skottland. Etter arbeidsavtalen hadde legen ikke krav på ferie, noe som ikke strider mot britisk rett. Legens arbeidsgiver ble likevel krevd for penger til den danske feriekontoordningen, noe arbeidsgiver nektet å betale. Ved spørsmålet om dansk rett kom til anvendelse, tok retten også stilling til om den danske ferielovens bestemmelser om rett til ferie og feriepenger er internasjonalt preseptoriske etter Romakonvensjonen. Høyesteret uttalte at dette måtte bero på en fortolkning av loven med hensyn til dens ”formål, parternes interesser og behovet for at håndhæve de danske regler også i internasjonale forhold”. Resultatet ble at arbeidsgiveren fikk medhold, da retten mente det ikke forelå tilstrekkelig tungtveiende grunner til å anvende reglene.²⁷⁵

Høyesteret gjentar i denne saken de reelle hensyn som er fremhevet i forarbeidene. Særlig reglernes formål har dermed vært fremhevet som et tungtveiende hensyn både i dansk og i norsk rett. Det er derfor grunn til å tro at dette hensynet generelt står sentralt ved en vurdering av om en regel er internasjonalt preseptorisk.

²⁷² Nå Bekendtgørelse af Ferielov av 28. maj 2004 nr 407 (ferieloven).

²⁷³ *Lando* (1979) s 23, *Lando* (1981) s 363.

²⁷⁴ Oversigt 1 s 118, Oversigt 2 s 92.

²⁷⁵ Dommen er omtalt i *Lookofsky* (2004) s 76, 78, *Liukkunen* (2004) s 156-157.

8.3.4 Teori

Den danske doktrinen har også flere likheter med det som følger av norsk rett: For det første er det generelt enighet om at det må utvises varsomhet med å anse normer for å være internasjonalt ufravikelige.²⁷⁶ Dette er i tråd med det som er hevdet om tilnæringsmåter i norsk litteratur. Videre viser dansk teori til reglenes formål som et utgangspunkt for hva som kan være internasjonalt preseptorisk.²⁷⁷

På det arbeidsrettslige området finnes få konkrete uttalelser om hva slags regler som vil være internasjonalt ufravikelige. *Philip* og *Arnt Nielsen* nevner imidlertid funktionærloven og ferieloven som generelle eksempler på internasjonalt tvingende regler,²⁷⁸ med andre ord også utenfor Romakonvensjonens anvendelsesområde. *Blok* uttaler ellers at

”Funktionærlovens præceptive regler kan antagelig snarere fraviges gjennom en lovvalgsaftale, hvor der er tale om en højerestående funktionær, end hvor der er tale om en laverestående”.²⁷⁹

Dette kan være et argument for at det kan legges vekt på hva slags stilling arbeidstakere har. Momentet er interessant i forhold til de tidligere nevnte eksempler om ledende ansatte som insisterer på å få lovvalgsklausuler i ansettelsesavtalen.²⁸⁰ Helt ukritisk kan man likevel ikke anvende argumentet, da funktionærloven er en spesiell lov som ikke har sin like i Norge.

For øvrig inneholder den danske litteraturen også flere uttalelser om reglenes offentligrettslige og privatrettslige karakter. På samme måte som i forarbeidene tar teorien utgangspunkt i en utvidet forstå-

²⁷⁶ Philip (1994) s 185, Arnt Nielsen (1997) s 85, Bull (2002) s 444-445 som henviser videre til flere andre forfattere.

²⁷⁷ Svénné Schmidt (2000) s 242 jfr henvisningen til forarbeidene i note 112, Blok (1981) s128.

²⁷⁸ Philip (1982) s 96, Arnt Nielsen (2006) s 64, Arnt Nielsen (1999) s 36 jfr Arnt Nielsen (1997) s 86. Se også Svénné Schmidt (2000) s 243, Siesby (1989) s 89 jfr Philip (1984), og UfR 1963.342 som kan forstås på flere måter, jfr Philip (1976) s 344.

²⁷⁹ Blok (1981) s 128.

²⁸⁰ Jfr kapittel 4.4 om reelle hensyn og kapittel 5 om Romakonvensjonen.

else av begrepet internasjonalt preseptoriske regler, og bidrar dermed ikke med noe nytt på dette punkt.

8.3.5 Sammenfatning om dansk rett

Oppsummeringsvis er det særlig konkretiseringen av reelle hensyn som er interessant i dansk rett i forhold til denne artikkelens hovedproblemstilling. Reglernes formål fremheves både i forarbeider, rettspraksis og teori, og partenes interesser og håndhevelsesbehovet er fremme både i forarbeider og rettspraksis. I teorien er det også gitt uttrykk for at det kan være et moment hva slags stilling arbeidstaker har. Når det gjelder mer konkret hva slags arbeidsrettslige regler som kan være internasjonalt tvingende, følger det av teorien at både ferieloven og funktionærloven kan inneholde internasjonalt tvingende regler. Begge disse lovene har vært berørt i rettspraksis, funktionærloven også i de danske forarbeidene. Mer presist hvilke regler i lovene som kan omfattes av karakteristikken, er imidlertid uvisst. Det følger dermed ikke klart av dansk rett hvilke konkrete regler innen arbeidsretten som er internasjonalt preseptoriske.

8.4 Svensk rett

Også i Sverige er den juridiske metode på mange punkter sammenfallende med norsk rettskildelære. De samme rettskilder tillegges vekt. Følgelig er det de tradisjonelt sentrale rettskilder som skal undersøkes også her.²⁸¹

8.4.1 Lov

I svensk teori og forarbeider fremheves at lovgiver meget sjelden uttrykkelig har angitt en regel som internasjonalt preseptorisk.²⁸² Noen eksempler der dette likevel er tilfelle, er lag (1993:645) om tillämplig lag för vissa försäkringsavtal²⁸³ § 13 og sjölagen²⁸⁴ kapittel 15 § 29. Disse gjelder henholdsvis forsikringsavtaler og passasjerers rettigheter

²⁸¹ Om svensk rettsteori, se Hellner (1994) kapittel 6-8. Se også forutsetningsvis Hatzidaki-Dahlström (2007) s 136-137.

²⁸² Prop. 1997/98:14 s 28, Prop. 1992/93:222 s 50, Jänterä-Jareborg (1995) s 377, Hatzidaki-Dahlström (2007) s 136, Bogdan (2004) s 260 forutsetningsvis.

²⁸³ Lov av 10. juni 1993.

²⁸⁴ Lov av 9. juni 1994.

og har således lite med arbeidsrett å gjøre. Det nærmeste man kommer for arbeidsrettens del, er lag (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser²⁸⁵ som inkorporerer Romakonvensjonen.²⁸⁶ Ingen av lovreglene sier imidlertid noe om fremgangsmåten for å anse en regel som internasjonalt tvingende.

8.4.2 Forarbeider og teori

Om den svenske sivilrettslovgivningen er generelt formulert og lite avklarende i forhold til internasjonalt ufravelige regler,²⁸⁷ har imidlertid forarbeidene en del relevante uttalelser. Det lille som finnes av juridisk teori er i stor grad tett knyttet til uttalelsene i forarbeidene, og disse kildene behandles derfor i det videre samlet.²⁸⁸

Generelt følger det av svenske forarbeider at utgangspunktet er som i dansk og norsk rett: det må tas utgangspunkt i reglenes ”syfte och karaktär”.²⁸⁹ Dette uttales i en proposisjon om endringer i svensk forsikringsavtalerett, og må antas å gjelde også utenfor Romakonvensjonens område. I proposisjonen indikeres det også at de internasjonalt preseptoriske reglene må være en mindre gruppe.²⁹⁰ I forarbeidene til Romakonvensjonens inkorporeringslov gis det klarere uttrykk for dette når det gjelder arbeidsrett. Her uttales det at ”vissa regler” i ansettelsesverneloven av 1974 (LAS 1974)²⁹¹ kan være internasjonalt tvingende.²⁹² Dette bekrefter at det er tale om unntakstilfel-

²⁸⁵ Lov av 26. mars 1998.

²⁸⁶ Det ses her bort fra utstasjoneringdirektivets gjennomføring i svensk rett. Dette omtales under kapittel 9.1.

²⁸⁷ Jänträ-Jareborg (1995) s 377.

²⁸⁸ For en oppsummering av svensk teori på området, se Bull (2002) s 445-446, Liukkunen s 139-140.

²⁸⁹ Prop. 1992/93:222 s 50.

²⁹⁰ Prop. 1992/93:222 s 50.

²⁹¹ Den tidligere lag om anställningsskydd av 9. januar 1974 jfr Gustafsson (1977) s 191.

²⁹² Prop. 1997/98:14 s 28. Kommentarene er først og fremst knyttet til Romakonvensjonen art 7. Det er lite å hente fra forarbeidene når det kommer til Romakonvensjonen art 6.

ler. For øvrig følger det av forarbeidene at man tilsiktet å overlate den nærmere grensedragningen til rettspraksis.²⁹³

I forarbeidene til LAS 1974 foretas ellers en generell grensedragning basert på om arbeidet foregår i Sverige eller *utenfor*.²⁹⁴ Med bakgrunn i lovforslagets karakter av sosial verneavgivning sies det at alt arbeid som utføres i Sverige, i prinsippet kan underlegges loven. Om det i et konkret tilfelle foreligger en lovvalgsavtale, trenger således ikke være avgjørende.

Forarbeidene åpner ved disse uttalelsene for at alle lovens regler i prinsippet kan anses som internasjonalt preseptoriske ut fra reglenes generelle formål og karakter. *Bogdan* argumenterer imidlertid for at forarbeidene ikke må forstås for bastant på dette punktet. Poenget er ikke – etter hans syn – at man ikke skal anerkjenne partsautonomien. En lovvalgsavtale kan imidlertid bli tilsidesatt i et gitt tilfelle, på bakgrunn av de vernereglene loven oppstiller.²⁹⁵ For øvrig bør proposisjonen etter hans syn kunne anses som veiledende for hele den svenske individuelle arbeidsretten. Grensedragningen mellom arbeid som utføres i eller utenfor Sverige gjelder i så fall ikke bare innen lovens virkeområde, men generelt for hele den individuelle arbeidsretten.²⁹⁶

For arbeid utført i utlandet ville det ikke vært unaturlig om forarbeidene oppstilte en motsats til uttalelsen om lovens anvendelse for arbeid som utføres i Sverige. I proposisjonen uttales det imidlertid ikke noe om at loven ikke kan komme til anvendelse på arbeid utført i utlandet. Tvert imot sies det i forarbeidene at loven prinsipielt kan komme til anvendelse også da.²⁹⁷ Forutsetningen som oppstilles, er at partene er svenske rettssubjekter. *Lando* tolker dette innskrenkende slik at det hovedsakelig er når svenske arbeidere arbeider kortere tid i utlandet, at de kan bli underlagt svensk lovgivning.²⁹⁸ Han vil dermed

²⁹³ Prop. 1973:129 s 229, Prop. 1992/93:222 s 50, Jäntereä-Jareborg s 378, *Bogdan* (2004) s 260.

²⁹⁴ Prop. 1973:129 s 229.

²⁹⁵ *Bogdan* (1979) s 109.

²⁹⁶ *Bogdan* (1979) s 108-109.

²⁹⁷ Prop. 1973:129 s 229.

²⁹⁸ *Lando* (1979) s 30.

begrense hvilken virkning internasjonalt preseptoriske regler kan få når arbeidet ikke utføres i Sverige.

At det foretas en grensdragning basert på om arbeidet foregår i domstollandet eller ikke, bygger trolig på at rettsanvenderne regner både offentligrettslige og privatrettslige regler med til begrepet ”internasjonalt preseptoriske regler”. Dette sies imidlertid ikke uttrykkelig, men ser ut til å ligge til grunn forutsetningsvis.

Når det ellers gjelder konkrete eksempler, nevner forarbeidene til Romakonvensjonens inkorporeringslov loven om medbestemmelse i arbeidslivet § 25 a.²⁹⁹ Dette er en bestemmelse om tariffavtaler; den faller dermed utenfor rammen for denne artikkelen.³⁰⁰

8.4.3 Rettspraksis

Om rettspraksis sies det i eldre forarbeider at det ”inte ... finns” avgjørelser om internasjonalt preseptoriske regler.³⁰¹ Dette har – om enn noe svakere – også blitt indikert i juridisk teori.³⁰² Det har imidlertid kommet til noen rettsavgjørelser etter at forarbeidene kom i 1992-1993, slik at denne uttalelsen må modifiseres. De avgjørelsene det siktes til, er særlig to dommer fra Arbetsdomstolen, AD 2001 nr 110 og AD 2004 nr 45.³⁰³ Disse viderefører langt på vei de standpunktene som er tatt i forarbeidene.³⁰⁴

Når det gjelder avgjørelsens rettskildemessige vekt, kan det kort sies at innen sitt jurisdiksjonsområde har Arbetsdomstolen samme betydning som Högsta domstolen har på sitt område. Det ligger i dette at domstolens avgjørelser har stor rettskildemessig vekt i svensk rett.³⁰⁵

²⁹⁹ Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet av 10. juni 1976. Prop. 1997/98:14 s 28, se også Bogdan (2004) s 260.

³⁰⁰ Jfr i kapittel 3 om avgrensninger.

³⁰¹ Prop. 1992/93:222 s 50.

³⁰² Sml Lando (1979) s 28, Bogdan (2006a).

³⁰³ Jfr også kapittel 10.3.1.

³⁰⁴ Sml Hatzidaki-Dahlström (2007) s 136.

³⁰⁵ Om Arbetsdomstolen se Eklund (2005) kapittel 1.

(a) AD 2001 nr 110

Saken AD 2001 nr 110 gjaldt en dansk arbeidstaker som var ansatt av et dansk aksjeselskap. Arbeidstakeren utførte imidlertid arbeidet i Sverige og var også bosatt der. Det var avtalt at dansk rett skulle anvendes på forholdet, men da arbeidstakeren ble oppsagt, påberopte han seg bestemmelser i svensk rett. Arbetsdomstolen uttalte at Roma-konvensjonen ikke kom til anvendelse på forholdet, siden arbeidsavtalen var inngått før konvensjonen ble en del av svensk rett. Også etter tidligere rett var det imidlertid klart at ansettelsesverneloven av 1982 (LAS 1982)³⁰⁶ kunne ha internasjonalt preseptoriske regler. Begrunnelsen for dette var svenske forarbeidellers uttalelser om loven som sosial verneavgivning, samt teori og rettspraksis.³⁰⁷

Domstolen kom til at forholdet hadde sterkest tilknytning til Danmark, og således i utgangspunktet var underlagt dansk rett. De påberopte svenske reglene var imidlertid internasjonalt preseptoriske. Ved avgjørelsen uttalte Arbetsdomstolen:

”De av K.S. [arbeidstakeren] i målet åberopade bestämmelserna i anställningsskyddslagen, 7, 8, 10 och 30 §§, bör enligt Arbetsdomstolens mening anses utgöra sådana internationellt tvingande regler till förmån för arbetstagaren som är tillämpliga oberoende av vilken rättsordning som i övrigt kan vara tillämplig på rättsförhållandet.”

Etter Arbetsdomstolens syn er altså §§ 7, 8, 10 og 30 i LAS 1982 generelt internasjonalt ufravikelige. Første ledd i § 7 oppstiller et krav om saklig grunn for oppsigelse, noe som utdypes i de påfølgende leddene. Bestemmelsen kan på mange måter sammenlignes med § 15-7 i den norske arbeidsmiljøloven, da ordlyden på flere steder ser ut til å innebære akkurat det samme. At Arbetsdomstolen eksplisitt nevner kravet til saklig grunn for oppsigelse, er av interesse. De norske rettskildene omtaler til sammenligning oppsigelsesvernet generelt, og presiserer ikke hva de mener med dette.³⁰⁸ Avgjørelsen fra Arbetsdomstolen kan derfor være med på å støtte opp under den tidligere nevnte hypotese om at blant annet saklighetskravet (arbeids-

³⁰⁶ Lag (1982:80) om anställningsskydd av 24. februar 1982.

³⁰⁷ Sml Bogdan (2006b) s 607.

³⁰⁸ Pollard og Hamp-kjennelsen i Rt. 1985.1319 og norsk teori.

miljøloven § 15-7) kan regnes som en regel av internasjonalt preseptorisk karakter.

LAS 1982 § 7 henviser for øvrig til § 30 i samme lov; denne regelen gjelder oppsigelse som skyldes personlige forhold hos arbeidstakeren. *Glavå* illustrerer at regelen omfatter vold, illojalitet, misbruk av rusmidler, politiske oppfatninger, sykdom, samarbeidsvansker, begåtte lovbrudd, arbeidsvegring, med mer.³⁰⁹ Hvis man i svensk rett først inntar det standpunkt at saklighetskravet til oppsigelse er internasjonalt preseptorisk, er det logisk at også regelen i § 30 omfattes. Når alt kommer til alt er det jo snakk om hva som skal til for at de enkelte tilfeller anses som saklig begrunnet.

Dommen fra Arbetsdomstolen viser også til §§ 8 og 10. Etter § 8 må en oppsigelse fra arbeidsgiverens side være skriftlig, og oppsigelsen må også tilfredsstillende formkrav. Også § 10 innebærer at det stilles prosessuelle krav til hvordan en oppsigelse skal skje. Etter denne bestemmelsen må en oppsigelsen gis til arbeidstakeren personlig eller sendes rekommandert. Dette er regler som bygger på notoritetshensyn, og som sørger for at partene har klare regler å forholde seg til.³¹⁰

(b) AD 2004 nr 45

Også denne saken gjaldt et tilfelle som ikke var omfattet av Roma-konvensjonen. Saken gjaldt en britisk arbeidstaker som var rekruttert i England for å arbeide for et selskap i Moskva. Den eneste tilknytningen til Sverige var at selskapet var svensk. Da arbeidstakeren ble sagt opp, oppstod det spørsmål blant annet om oppsigelsens gyldighet, og svensk rett ble påberopt.³¹¹

Retten kom til at forholdet hadde nærmest tilknytning til Russland, og at forholdet derfor var underlagt russisk rett. Spørsmålet ble om noen av reglene i LAS 1982 likevel kunne komme til anvendelse med den begrunnelse at de var internasjonalt preseptoriske. Arbetsdomstolen gjentok først oppfatningen i rettspraksis og teori og sa at internasjonalt tvingende normer typisk ville være bestemmelser som verner om en svakere part, som for eksempel arbeidstakere. Det ble også vist til forarbeidenes uttalelser om LAS 1974 som en sosial

³⁰⁹ *Glavå* (2001) s 312-337, se særlig s 318 flg.

³¹⁰ Dommen er omtalt i *Liukkunen* (2004) s 158-159.

³¹¹ *Bogdan* (2006b) s 608, 623.

vernelovgivning, og distinksjonen mellom om arbeid utføres i eller utenfor Sverige ble understreket. Resultatet i saken ble at LAS 1982 ikke kom til anvendelse da arbeidet hadde nærmest tilknytning til Russland. Rettens begrunnelse var at det ville "föra principen om internasjonelt tvingande regler alltför långt" om svensk rett også skulle anvendes i et tilfelle som det foreliggende.

Betydningen av denne dommen er først og fremst at den skiller klart mellom om det foreligger tilknytning til Sverige eller ikke. Resultatet i saken tyder på at det skal mye til for at svensk arbeidsrett anses som internasjonalt preseptorisk når arbeidet utføres i utlandet. På denne måten har rettspraksis slått fast og forsterket den oppfatningen som følger av forarbeidene.

8.4.4 Sammenfatning om svensk rett

Det er klare likhetstrekk mellom svensk og norsk rett. Dette gjelder både reglenes karakter og formål som reelle hensyn og at internasjonalt preseptoriske regler er et begrenset unntak. Det gjelder også spørsmålet om arbeidet skjer i utlandet eller i hjemlandet.

I forhold til de eksemplene som følger av rettspraksis, er det særlig saklighetskravet for oppsigelse som er interessant. Den svenske dommen er den første rettskilden som konkret nevner dette. Følgelig er det all grunn til å tro at avgjørelsen vil bli et viktig moment ved vurderingen av oppsigelsesreglene som internasjonalt preseptorisk regel. Etter rettspraksis skal det ellers mye til før svenske internasjonalt preseptoriske regler kommer til anvendelse på forhold der arbeidet utføres i utlandet.³¹²

8.5 Tysk rett

Tysk metodelære er på flere områder vesentlig forskjellig fra den norske rettskildelæren og adskiller seg også fra dansk og svensk juridisk metode. Tysk rett anerkjenner nemlig hovedsakelig to rettskilder, lov og sedvane.³¹³ Ved tolkning av lover finnes det videre i prinsippet fire tolkningsmomenter: ordlyd, systematikk, historie (der-

³¹² For en sammenfatning av svensk rett, se Bull (2002) 445-446.

³¹³ Schaub (2002) s 11-13, Randnr 1-11, Palandt/Heinrichs Einleitung (2008) s 4, Randnr 17 angående hele sivilretten.

iblant forarbeider) og lovens formål.³¹⁴ Dette innebærer at når en domstol uttaler noe, har uttalelsen vekt på grunn av argumentasjonsverdien og ikke først og fremst på grunn av hvem som kommer med argumentet.³¹⁵ En lavere domstol vil praktisk sett likevel vil se hen til praksis fra de høyere domstoler.³¹⁶ Hva som teoretisk skal anses som ”riktig”, skal derimot vurderes etter argumentasjonsverdien.

I og med at tysk rett verken benytter seg av uttrykket ”rettskilde” eller bruker den metodelæren vi kjenner til, vil en gjennomgåelse med en norsk tilnærming ikke være tjenlig. Fremstillingen videre vil derfor isteden redegjøre for hva slags utgangspunkt og argumenter som er fremmet i tysk rett, samt hva slags belegg som kan tas til inntekt for disse.

8.5.1 Utgangspunktet i tysk rett

Utgangspunktet i tysk rett er at reglers internasjonale preseptivitet kan angis enten uttrykkelig eller ved en tolkning av reglens ”Sinn und Zweck”. Dette er lagt til grunn i både i rettspraksis³¹⁷ og tysk teori.³¹⁸ Det forekommer imidlertid sjelden at det uttrykkelig sies at en regel er internasjonalt preseptorisk.³¹⁹

Eksempler på lovbestemmelser som omhandler internasjonal ufravikelighet, er vanskelig å finne i tysk rett. *Junker* nevner den tidligere bestemmelsen i BGB³²⁰ § 564b om oppsigelse av leieforhold,

³¹⁴ For mer om dette, se Larenz og Canaris (1995) s 141-168.

³¹⁵ Jauernig (2007) s 26.

³¹⁶ Om forholdet mellom rettspraksis og teori, se Larenz og Canaris (1995) s 55 flg.

³¹⁷ BAG dom 24.08.1989 – 2 AZR 3/89 med videre henvisninger i avsnitt 60, BAG dom 12.12.2001 – 5AZR 255/00 med videre henvisninger i avsnitt 35, og LAG Hessen, dom 16.11.1999 – Sa 463/99, NZA-RR 2000 s 401, s 404-405.

³¹⁸ Junker (1998) s 79, 341, 348, Schönbohm (2007) Randnr 2, Martiny (2006) Randnr 9.

³¹⁹ Müller (2005) s 13.

³²⁰ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, Den sivilrettslige lovboken) av 18. august 1896, RGBl. s 195 i den utformingen den hadde etter Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz av 25. september 1996, BGBl. I s 1476. I det videre vil lovhenvvisninger være til gjeldende lover, med mindre det sies noe

som nå er videreført i BGB §§ 573 flg.³²¹ Disse bestemmelsene nevner ikke noe eksplisitt om internasjonal preseptivitet, selv om de kanskje kan tolkes slik at de må gjelde for alle forhold i Tyskland.³²² Andre regler som tilsynelatende er viktig om internasjonal ufravikelighet, er de sjørettsreglene som utpekes i EGHGB³²³ artikkel 8. Bestemmelsen er imidlertid blitt tillagt liten betydning i lovkommentarene.³²⁴ Et reelt og uttrykkelig tilfelle av internasjonalt tvingende regler er likevel UrhG³²⁵ § 32b jfr §§ 32 og 32a. Da disse reglene gjelder en opphavsmanns krav på godtgjørelse, får bestemmelsene imidlertid liten betydning for arbeidsrettslige spørsmål.³²⁶

I tysk rett har man valgt å gjennomføre Romakonvensjonen ved transformasjon, i motsetning til i Danmark og Sverige hvor konvensjonen er inkorporert. Transformasjonen er skjedd i EGBGB³²⁷ som er en "innføringslov" til den alminnelige sivilrettslovboken BGB. Loven omhandler nasjonale og tidsmessige grenser (overgangsbestemmelser) for anvendelsen av deler av BGB, og som en del av grensedragningen har EGBGB et kapittel om sivilrettens forhold til fremmed rett. I dette kapittelet er de reglene som tilsvarer Romakonvensjonen artikkel 6 og 7, inntatt i henholdsvis artikkel 30 og 34. Selv om det i EGBGB dermed er en egen bestemmelse om internasjonalt preseptoriske regler, har man ikke valgt å supplere denne med forklarende bestemmelser om hva som omfattes av begrepet. Heller ikke forarbeidene til

annet. Fullstendig henvisning til utgivelsesdato og når siste endring i lovene var, finnes i lovregisteret.

³²¹ Junker (1998) s 78, Junker (1992) s 287.

³²² Se også Kropholler (2001) s 478 som omtaler husleierett.

³²³ Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (innføringslov til handelslovboken).

³²⁴ Baumbach, Hopt/Hopt (2008) til EGHGB § 8, s 1533.

³²⁵ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, lov om opphavsrett og beslektet vernerett).

³²⁶ Om bestemmelsene, se Wandtke, Bullinger/v. Welser (2006) s 468 flg, Randnr 1 flg til § 32b, Schricker/Katzenberger (2006) s 720, note 6 flg til § 32b.

³²⁷ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (innføringslov til den sivilrettslige lov boken).

EGBGB artikkel 30 og 34 ser ut til å gi særlig veiledning.³²⁸ I arbeidsretten, som ellers, vil det altså bero på en vurdering av normenes formål om regelen har status som internasjonalt tvingende.

En parallell til regelen i EGBGB artikkel 34 finner man i Artikkel 18 i den sveitsiske loven om internasjonal privatrett.³²⁹ Denne bestemmelsen lyder som følger: "Vorbehalten bleiben Bestimmungen des Schweizerischen Rechts, die *wegen ihres besonderen Zweckes*, unabhängig von dem durch dieses Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind", min kursivering. ("Forbehold tas for bestemmelser i sveitsisk rett som *på grunn av sitt spesielle formål* kommer tvingende til anvendelse, uavhengig av den i loven angitte rett".) At det skal tas utgangspunkt i reglens formål, følger i Sveits altså uttrykkelig av loven. At lovgiver her sier klart ifra hva som er utgangspunktet for vurderingen, er flere ganger bemerket i tysk teori.³³⁰

Der reglene angis ved en tolkning av formål og karakter, følger det for øvrig av EGBGB artikkel 2 at praktisk talt alle materielle regler kan komme i betraktning som internasjonalt preseptoriske. Det understrekes imidlertid i tysk rett at de internasjonalt preseptoriske reglene har preg av å være et unntak fra det ellers gjeldende utgangspunkt. De internasjonalt tvingende reglene skal altså ikke være en åpning for å anvende egen rett fremfor den utenlandske.³³¹

8.5.2 Tilnærming

Når lovens ordlyd ikke gir videre veiledning, må det ses hen til reglens formål, og der det foreligger flere formål, må man søke å finne hovedformålet.³³² For arbeidsrettens del er det imidlertid særlig vanskelig å foreta en slik grensedracting mellom reglene, da nesten alle regler bygger på flere interesser. I den individuelle arbeidsretten

³²⁸ Regierungsbegründung BT-Drucksache 10/504 s 80-81, 83-84. Det kan likevel påpekes at forarbeidene har enkelte uttalelser om EGBGB art 30 som *lex specialis* i forhold til art 34. Om dette, se under kapittel 5 om Romakonvensjonen.

³²⁹ Bundesgesetz über das Internationales Privatrecht (IPRG, forbundslov om internasjonal privatrett).

³³⁰ Kropholler (2001) s 476 jfr note 165, Junker (1992) s 289 jfr note 36, begge med henvisning til IPRG, se også Philip (1994) s 185.

³³¹ Schönbohm (2007) Randnr 2, Kropholler (2001) s 480, LAG Hessen, dom 16.11.1999 – Sa 463/99, NZA-RR 2000 s 401, s 405.

³³² Liukkunen (2004) s 140-141.

er for eksempel de fleste reglene både i arbeidstakers interesse og ivaretar samtidig allmenne sosialpolitiske formål.³³³ Schönbohm går så langt som å hevde at økonomiske, sosiale og arbeidsmarkedspolitiske vurderinger praktisk talt alltid vil foreligge i arbeidsretten.³³⁴ Eksempel på dette er gravides oppsigelsesvern. Her er det klart at kvinnen selv har en interesse i et vern mot oppsigelse, men samtidig har også samfunnet en interesse i å verne denne gruppen av kvinner.

Ved den videre grensedragningen foretas det i tysk rett, som i norsk, en vurdering av om reglene verner alminnelige samfunnsinteresser eller individuelle interesser. Dette er ikke det samme som at reglene er offentligrettslige eller privatrettslige. Det bestrides både i litteratur, forarbeider og rettspraksis at en sortering etter reglenes karakter som offentligrettslig og privatrettslig er avgjørende.³³⁵ For at en regel skal være internasjonalt ufravikelig, er det imidlertid i rettspraksis³³⁶ og teori³³⁷ oppstilt et krav om at regelen overveiende eller i det minste i stor grad sikrer eller fremmer offentlige interesser. Regler som bare skal avgjøre interessemotsetninger mellom private, vil således ikke anses internasjonalt tvingende. Bakgrunnen for at det foretas en vurdering av reglenes karakter på denne måten, er at de eksemplene som er omtalt som internasjonalt preseptoriske i forarbeidene til artikkel 34, typisk er regler dannet på bakgrunn av slike

³³³ Junker (1992) s 290, Liukkunen (2004) s 140, LAG Hessen, dom 16.11.1999 – Sa 463/99, NZA-RR 2000 s 401, s 405 med videre henvisninger.

³³⁴ Schönbohm (2007) Randnr 4, Se også LAG Hessen, dom 16.11.1999 – Sa 463/99, NZA-RR 2000 s 401, s 405 som henviser videre.

³³⁵ Regierungsbegründung BT-Drucksache 10/504 s 83 til EGBGB art 34, BAG dom 24.08.1989 – 2 AZR 3/89 avsnitt 61, Schönbohm (2007) Randnr 3, Junker (1992) s 289, Junker (1998) s 78 Randnr 88.

³³⁶ BAG dom 29.10.1992 – 2 AZR 267/92, avsnitt 79, BAG dom 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, avsnitt 35, LAG Hessen, dom 16.11.1999 – Sa 463/99, NZA-RR 2000 s 401, s 405.

³³⁷ Kropholler (2001) s 476, 480, Liukkunen (2004) s 140, 151-156 med videre henvisning til rettspraksis, Junker (2001) s 103, Schönbohm (2007) Randnr 3, Schaub (2002) s 64 Randnr 26, Franzen (2003) s 242, Mankowski (1994) s 94-95, Markovska (2007) s 356, Müller (2005) s 14, Thue (2002a) s 206 jfr Martiny.

interesser.³³⁸ De internasjonalt preseptoriske reglene er da typisk forbuds- og påbudsregler som er utformet med bakgrunn i fellesskapets interesser.³³⁹ Ved den nærmere grensedragningen vil det ifølge rettspraksis og teori ha betydning om det er opp til den enkelte part eller det offentlige å påberope seg reglene.³⁴⁰

8.5.3 Eksempler

I tysk rett finnes det overraskende mange eksempler på hva som anses som internasjonalt preseptorisk, sammenlignet med nordisk rett. Den tyske litteraturen er omfattende, og her kan derfor bare et utvalg omtales.

Eichenhofer, som igjen viser til forfattere som *Morgenstern*, *Birk* og *Sauveplanne*, hevder at internasjonalt preseptoriske regler kan presiseres til å omfatte flere grupper av regler. Hva som omfattes, baserer han hovedsakelig på om reglene fremmer eller sikrer offentlige eller private interesser. Som eksempler på regler som er internasjonalt ufravelige, nevner *Eichenhofer* følgende:

- Regler om arbeidssikkerhet, helsevern, maksimalarbeidstid, vern av ungdom, kvinner, barn og funksjonshemmede.
- Regler om betaling på hellig- og feriedager, minimums arbeidsbetingelser, stengetider for butikker med tilhørende regler.
- Regler om minstelønn.

Eichenhofer har også søkt å presisere hva slags regler som *ikke* kan anses som internasjonalt tvingende. Hans eksempler på dette er tariffrettslige regler og vern mot at arbeidsbetingelsene forverres. Dette kan skje i et løpende arbeidsforhold eller der arbeidsforholdet sies opp samtidig som et nytt inngås på dårligere vilkår.³⁴¹

Som opplistingen hittil viser, er en del av begrepene lite skarpe, og det er heller ikke alle regler som automatisk har paralleller i norsk

³³⁸ Regierungsbegründung, BT-Drucksache 10/504 s 83, BAG dom 29.10.1992 – 2 AZR 267/92 avsnitt 79, Schönbohm (2007) Randnr 3.

³³⁹ Schaub (2002) s 64, Randnr 26..

³⁴⁰ LAG Hessen, dom 16.11.1999 – Sa 463/99, NZA-RR 2000 s 401, s 405 som henviser videre til rettspraksis og litteratur av bl.a. Staudinger og Martiny. For ytterligere holdepunkter om den konkrete grensedragningen, se Schönbohm (2007) Randnr 5.

³⁴¹ *Eichenhofer* (1996) s 70.

rett. Det varierer også om reglene kan kategoriseres som offentlig-rettslige eller privatrettslige. Eichenhofers fremstilling er for øvrig kritisert for å være lite spesifikk og uten tilstrekkelig grunnlag for å definere betingelsene for hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske.³⁴²

Liukkunen omtaler også eksempler, blant annet med henvisning til *Magnus* i Staudingers Kommentar, *Däubler* og *Nielsen*. Eksempler på internasjonalt tvingende regler er etter deres syn vern mot usaklig oppsigelse for ansattes representanter, for gravide og handikappede, og ved masseoppsigelser. Andre eksempler er arbeidsgiveres plikt til å betale fødsels- og sykepenger samt diskrimineringsreglene.³⁴³

Ut over det Eichenhofer og Liukkunen nevner, finnes det en rekke andre eksempler i tysk rett.³⁴⁴ Oppsigelsesvernet er omtalt i flere sammenhenger,³⁴⁵ og – kanskje noe overraskende – har Bundes-arbeitsgericht³⁴⁶ slått fast at de generelle bestemmelsene i loven om oppsigelsesvern³⁴⁷ §§ 1-14 ikke er internasjonalt preseptoriske.³⁴⁸ De sentrale avgjørelsene om dette er BAG dom 24.08.1989 – 2 AZR 3/89 og BAG dom 29.10.1992 – 2 AZR 267/92.

I BAG 24.08.1989 – 2 AZR 3/89 var saksøkeren en britisk statsborger bosatt i Storbritannia. Hun jobbet som kasserer på en tyskregistrert ferge som var eid av et tysk foretak. Selskapet hun arbeidet for var imidlertid engelsk, og hun hadde en engelsk arbeidskontrakt som la engelsk rett til grunn. Da arbeidstakeren ble sagt opp, hevdet hun seg forgjeves vernet av de tyske oppsigelsesreglene.

³⁴² Liukkunen (2004) s 140.

³⁴³ Liukkunen (2004) s 141. Liukkunen nevner også reglene i utstasjonering-direktivet art 3 nr 1 som eksempel, dette kommer jeg tilbake til under kapittel 9.

³⁴⁴ Se blant annet Schönbohm (2007) Randnr 7-11, Kropholler (2001) s 477 flg, Junker (1995) s 568 flg, Junker (1998) s 345, Schaub (2002) s 64, Müller (2005) kapittel 3, s 265-427.

³⁴⁵ Schönbohm (2007) Randnr 4, Schaub (2002) s 64, Liukkunen s 141, Müller (2005) s 408-420, Junker (1995) s 568.

³⁴⁶ BAG, arbeidsrettsdomstolen på forbundsnivå, det vil si den domstolen som er siste instans i arbeidsrettssaker.

³⁴⁷ Kündigungsschutzgesetz, KSchG.

³⁴⁸ BAG dom 24.08.1989 – 2 AZR 3/89, avsnitt 62, BAG dom 29.10.1992 – 2 AZR 267/92, avsnitt 79-80. Se også kapittel 10.3.1.

Den andre avgjørelsen, BAG 29.10.1992 – 2 AZR 267/92, gjaldt amerikanske statsborgere som arbeidet som piloter for et amerikansk flyselskap under New York-rett. Opprinnelig arbeidet saksøkerne for det amerikanske selskapet i Tyskland før den tyske gjenforeningen. Deres amerikanske arbeidsgiver laget imidlertid en avtale om overføring av arbeidstakerne til et tysk flyselskap (saksøkte). Det tyske selskapet ansatte saksøkerne for en begrenset tid, men ansettelseskontrakten ble ikke videreført fordi saksøkerne hadde nådd pensjonsalder. Pilotene anførte forgjeves at de var vernet av tyske regler om virksomhetsoverdragelse.³⁴⁹

Resultatet i sakene var primært begrunnet i at oppsigelsesreglene ikke først og fremst ble ansett å være i samfunnets og fellesskapets interesser. Tvert imot var stillingsvernsbestemmelsene primært en regulering av individers interesser, på den måte at de avveide arbeidsgivers og arbeidstakers interesser mot hverandre. Det samme gjelder for reglene om virksomhetsoverdragelse, som er ansett å ha som hovedformål å forhindre omgåelse av oppsigelsesvernet.³⁵⁰

I motsetning til de generelle oppsigelsesreglene er spesialregler om for eksempel oppsigelse av funksjonshemmede og gravide ansett som internasjonalt tvingende i tysk rett.³⁵¹ Årsaken til dette er at slike interesser er ansett å være i det offentlige og fellesskapets interesser i langt større grad.

8.5.4 Sammenfatning om tysk rett

Det særegne ved tysk rett er først og fremst det klare vilkåret som oppstilles til at reglene skal bygge på offentlige interesser. Dette vilkåret ligger til grunn for de løsninger som angis, og har trolig medvirket til at eksemplene er så vidtrekkende. Det er også iøynefallende at man i tysk rett klart legger til grunn at det generelle stillingsvernet *ikke* er å anse som internasjonalt preseptorisk. I tysk rett understrekes reglenes hovedformål som det klare utgangspunktet ved vurderingen av om en regel kan anses internasjonalt ufravikelig. Dette er i tråd med det som ellers er fremmet i norsk og fremmed rett, og bidrar til å bekrefte rettstilstanden på dette punkt.

³⁴⁹ Se omtale av dommene i Liukkunen (2004) s 151-156 og i kapittel 10.3.1.

³⁵⁰ BAG av 29.10.1992 – 2 AZR 267/92 avsnitt 81 flg.

³⁵¹ Kropholler (2001) s 480, Liukkunen (2004) s 141 som henviser videre til Magnus i note 638.

8.6 Sammenfatning om fremmed rett

Ved en samlet vurdering av dansk, svensk og tysk rett foreligger det en rekke likhetstrekk mellom landene. Det er likevel et klart skille mellom tysk rett på den ene side og dansk og svensk på den andre. Rettstilstanden er heller ikke ensartet i de nordiske landene.³⁵²

Fremmed rett, som norsk rett, tar utgangspunkt i reglens formål. Det er begrenset hvilke av de internt preseptoriske reglene som også er ufravikelige internasjonalt. I både dansk, svensk og tysk rett kan man ellers se en tendens til å skille mellom reglens karakter som offentligrettslige og privatrettslige. Den herskende oppfatning om dette er at offentligrettslige regler stort sett skal komme til anvendelse der arbeidet utføres, og at de eventuelt kan karakteriseres som internasjonalt ufravikelige. Dette står i motsetning til de privatrettslige, som jevnt over er underlagt partsautonomien.³⁵³

Etter dette utgangspunktet splittes imidlertid landene i synet på den videre fremgangsmåten: I tysk rett er det et klart krav om at reglene skal fremme nasjonale heller enn individuelle interesser, og det foreligger relativt utførlig praksis og teori knyttet til vilkåret. Dette står i motsetning til dansk og svensk rett, der det ikke er fremhevet noe lignende som et nødvendig og tilstrekkelig vilkår. Tvert imot foretar man en individuell vurdering av hver regel, noe som har medført at rettstilstanden er avklart i langt mindre grad for Danmarks og Sveriges vedkommende. Riktignok foreligger enkelte momenter og eksempler fra rettspraksis, forarbeider og teori, men bildet er likevel mer ufullstendig og rettstilstanden mer usikker enn i tysk rett.³⁵⁴

Mengden eksempler som finnes i dansk og svensk rett er for øvrig betraktelig mindre enn i tysk rett. Mens det i de nordiske landene generelt kun finnes et fåtall eksempler, er eksemplifiseringen omfattende i tysk rett. Konsekvensen av dette blir fort at man tillegger hvert eksempel mindre vekt for tysk retts del. Mens gjennomtenkte eksempler i dansk og svensk rett lett vil tillegges mye vekt, vil således eksemplene fra tysk rett lett kun bli et moment blant flere.

³⁵² Sml Thue (2002a) s 206.

³⁵³ For tysk rett om dette, se Junker (1998) s 77-78.

³⁵⁴ Liukkunen (2004) s 138.

Etter dette kan det se ut som om tysk tilnæringsmåte avviker såpass fra norsk og nordisk rett at den mister noe av sin betydning som rettskilde for løsning av rettsspørsmål i Norge. Både i synet på offentlige interesser som et vilkår og når det gjelder relevansen av de aktuelle eksempler, er det klare forskjeller. Dette er påfallende med tanke på at harmoniseringshensynet som danner bakgrunnen for Romakonvensjonen. Helt siden Romakonvensjonens forarbeider har imidlertid påstanden om at klassifiseringen av internasjonalt ufravikelige regler er avhengig av internasjonalt anerkjente kriterier blitt forkastet.³⁵⁵ Dette har man også vært bevisst på i tysk rett.³⁵⁶

Sammenfatningsvis synes det mest nærliggende at norsk rett ligger tettere opp til svensk og dansk rett enn tysk. Selv om interesse-synspunktet er blitt fremhevet som et moment i norsk teori, ser det ikke ut til å tendere mot at dette oppstilles som noe vilkår. I alle landene er det ellers vist til reelle hensyn og momenter som kan danne grunnlag for analogislutninger til norsk rett.

9 Utstasjoneringsdirektivet og dets gjennomføring i norsk rett

9.1 Utstasjoneringsdirektivet

9.1.1 Innledning – direktivets betydning – problemstilling

Rådskonferansen om "utstasjonering av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting" ble vedtatt 16. desember 1996. Direktivet gjelder arbeidstakere som "i et begrenset tidsrom utfører arbeid på territoriet til en annen medlemsstat enn den stat der vedkommende til vanlig arbeider", jfr artikkel 2 nr 1. Formålet med direktivet er i hovedsak å forhindre sosial dumping, motvirke konkurransevridning, samt å fremme fri bevegelse for personer og tjenesteytere.³⁵⁷ For å nå denne målsetningen inneholder direktivet nærmere bestemmelser som pålegger statene å praktisere et prinsipp om likebehandling med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår. Dette innebærer at arbeidstakere utsendt fra andre medlemsland skal nyte godt av de samme regler som ellers gjelder i vertslandet. Direktivet angir hvilke arbeids- og ansettelses-

³⁵⁵ Giuliano Lagarde s 25.

³⁵⁶ Schönbohm (2007) Randnr 6 som henviser videre til Gamillscheg og rettspraksis.

³⁵⁷ Sml preambelen avsnitt 1 og 5.

vilkår utsendte arbeidstakere som et minimum har krav på i artikkel 3 nr 1, men vertslandet har en viss anledning til å utvide dette anvendelsesområdet, jfr artikkel 3 nr 1 og nr 10. I alle tilfelle får disse bestemmelser anvendelse uten hensyn til partenes lovvalg. Partene i hjemstaten kan dog avtale arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere enn vertslandets regler, jfr artikkel 3 nr 7.

Utstasjoneringsdirektivet gir positivrettslige regler som innenfor sitt geografiske og saklige virkeområde innskrenker lovvalgsfriheten.³⁵⁸ Spørsmålet er så om direktivets bestemmelser skal anses som *utslag* av prinsippet om internasjonal preseptivitet, hvilket vil bety at de materiellrettslige regler som har fått uttrykk i direktivet, kan anvendes også i forhold til arbeidstakere som ikke er å anse som utstasjonert. Dersom konklusjonen blir at reglene ikke er internasjonalt preseptoriske, kan det stilles spørsmål ved om direktivet likevel kan ha betydning som grunnlag for analogislutninger.

Problemstillingen tar utgangspunkt i vertslandets forpliktelser etter direktivet på sitt territorium. Spørsmålet er derfor konkret relatert til utenlandske arbeidstakere som er utstasjonert i Norge og som utfører sitt arbeid her.

Direktivet ble gjennomført i norsk rett ved at det i 2000 ble vedtatt et nytt kapittel XII B, §§ 73K-73Q, i arbeidsmiljøloven av 1977.³⁵⁹ Da loven ble erstattet av arbeidsmiljøloven av 2005, ble bestemmelsene plassert i forskrift, med hjemmel i 2005-lovens § 1-7.³⁶⁰ Dette var ikke ment å skulle innebære materielle endringer³⁶¹ – rettskildemessig kan dermed forarbeider og praksis etter tidligere lov være momenter ved tolkningen.³⁶²

³⁵⁸ Om direktivet generelt, se Houwerzijl (2005), Liukkunen (2004) s 167 flg, Kolehmainen (1998), Kolehmainen (2002).

³⁵⁹ Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr 4. om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven) av 7. januar 2000 nr 3.

³⁶⁰ Forskrift om utsendte arbeidstakere, av 16.12.2005 nr 1566.

³⁶¹ Fougner og Holo (2006) s 79-80 jfr lovens forarbeider, Jakhelln (2006) s 731 note 801.

³⁶² Jakhelln (2006) s 731 note 801.

I det følgende foretas en vurdering av direktivets gjennomføring i norsk rett og av om gjennomføringsreglene kan anses internasjonalt preseptoriske. Innledningsvis er det imidlertid først behov for en nærmere presentasjon av de relevante reglene, samt en avklaring av enkelte problemstillinger som gjelder direktivet som helhet.

9.1.2 Direktivets artikkel 3 nr 1 og nr 10

Utgangspunktet i artikkel 3 nr 1 er at statene ”skal påse” at følgende regler gjelder for utstasjonerte arbeidstakere, ”uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet”:

- a) lengste arbeidstid og korteste hviletid,
- b) minste antall feriedager med lønn per år,
- c) minstelønn, herunder overtidsbetaling; dette gjelder ikke for supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger,
- d) vilkår for utleie av arbeidstakere, særlig gjennom vikarbyråer,
- e) helse, sikkerhet og hygiene på arbeidsplassen,
- f) vernetiltak med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår for gravide kvinner eller kvinner som nylig har født, for barn og for ungdom,
- g) likebehandling av kvinner og menn og andre bestemmelser om likebehandling.

Utgangspunktet er altså at vertslandet plikter å anvende reglene i litra a) - g) også overfor utstasjonerte arbeidstakere. Unntaket fra dette omfatter litra c) om minstelønn, og litra d) om utleie av arbeidstakere. Disse reglene avgjør statene selv om de vil anvende. For litra c) om minstelønn følger unntaket fra Rådet og Kommisjonens erklæring 227/96. Punkt 1 i denne innebærer at statene ikke er pålagt å innføre regler om vilkår som nevnt i artikkel 3 nr 1, som de ikke allerede har.³⁶³ I Norge har vi som kjent ikke minstelønnslovgivning, i likhet med resten av Skandinavia.³⁶⁴ Dermed er vi heller ikke pålagt å ha regler om dette for utstasjonerte arbeidstakere. Unntaket for litra d) om utleie av arbeidstakere følger av artikkel 3 nr 9. Her står det at

³⁶³ Erklæring 227/96 om artikkel 3 av Rådet og Kommisjonen, pkt nr 1. Dette følger også av EF-domstolens avgjørelse i *Laval Laval (Sak C-341/05, Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet, dom 18. desember 2007, Sml 2007 s I-11767)*, jfr Evju (2008a) s 5 note 16.

³⁶⁴ Evju (2008a) s 13.

regler om dette ”kan” fastsettes. Følgelig er det ingen plikt for statene til å gi regler om dette.³⁶⁵

I tillegg til disse unntakene har statene en ytterligere mulighet til å gi regler i medhold av artikkel 3 nr 10. Etter denne regelen kan statene på visse vilkår gi supplerende bestemmelser utover det som er angitt i artikkel 3 nr 1, med den begrensning at det må dreie seg om ”bestemmelser om offentlig orden”.³⁶⁶ Hva som ligger i dette begrepet, diskuteres nedenfor under kapittel 9.1.6.

Det foreligger altså visse regler statene *skal* anvende, og noen som *kan* anvendes. Sondringen mellom kan- og skal-regler kan få betydning for spørsmålet om internasjonal preseptivitet, jfr nedenfor i kapittel 9.1.4 flg.

9.1.3 Forholdet mellom Romakonvensjonen og utstasjoneringsdirektivet

De vilkårene direktivet oppstiller i artikkel 3, bærer preg av å være minimumsvilkår, jfr artikkel 3 nr 7. Etter denne regelen skal hjemstatens rett benyttes på arbeidsforholdet dersom den er gunstigere.³⁶⁷ Regelen har likhetstrekk med Romakonvensjonen artikkel 6 nr 1 som oppstiller en lignende regel. Forskjellen mellom dem er imidlertid at Romakonvensjonen artikkel 6 nr 1 gjelder generelt, mens artikkel 3 nr 7 i direktivet kun gjelder for normene i direktivets artikkel 3 nr 1 og 10. En annen distinksjon mellom konvensjonen og direktivet er at mens direktivet kun gjelder utstasjonering, gjelder konvensjonen alminnelig kontraktsrett.³⁶⁸

Det er uklart hvordan konvensjonens art 6 og direktivets art 3 forholder seg til hverandre. *Liukkunen* hevder at det beste for arbeidstakeren sannsynligvis er å anvende begge bestemmelsene. Det er likevel ikke til å komme unna at dette er problematisk, særlig hvis det foreligger en situasjon der tre lands rett er inne i bildet. Man kan for eksempel tenke seg at det foreligger en lovvalgsavtale som gjør et lands rett gjeldende som verken er vertslandet eller hjemstaten.

Den uklarheten som foreligger om forholdet mellom konvensjonens art 6 og direktivets art 3, gjelder ikke bare her. Hvordan Romakonvensjonen forholder seg til utstasjoneringsdirektivet er uklart generelt. Artikkel 20 i Romakonvensjo-

³⁶⁵ Evju (2008a) s 5-7.

³⁶⁶ Sml avsnitt 82, 84. Uttrykket ”bestemmelser om offentlig orden” følger av det første strekpunktet i bestemmelsen.

³⁶⁷ Sml EF-domstolens avgjørelser i Laval og Rüffert (Sak C-346/06, Rechtsanwalt Dr Dirk Rüffert, as the liquidator of the assets of Objekt und Bauregie GmbH & Co KG, v Land Niedersachsen, dom 3. april, 2008 EFD I-1989).

³⁶⁸ Jfr Romakonvensjonen art 1 og utstasjoneringsdirektivet art 1.

nen innebærer at fellesskapsretten, herunder direktivet, skal gå foran der det er motstrid mellom fellesskapsretten og konvensjonen. Direktivet gir imidlertid ikke veiledning om hvordan forholdet mellom direktivet og konvensjonen skal forstås.³⁶⁹ Hva gjelder Roma I, finnes det en uttalelse i preambelen som sier at ”reglen om individuelle arbeidsaftaler ikke [bør] gripe ind i anvendelsen af overordnede præceptive bestemmelser i udstationeringslandet i overensstemmelse med” utstasjoneringdirektivet.³⁷⁰ Ytterligere veiledning foreligger foreløpig ikke. Da denne artikkelen hovedsakelig ikke dreier om Romakonvensjonen/Roma I og utstasjoneringdirektivet, vil forholdet mellom disse ikke bli problematisert i det følgende.³⁷¹

I det videre diskuteres først internasjonal ufravikelighet for plikt-reglene i artikkel 3 nr 1. Deretter vurderes om det samme eventuelt kan gjelde for kan-reglene.

9.1.4 Reglene i artikkel 3 nr 1 – internasjonalt preseptoriske regler?

Når det i artikkel 3 nr 1 heter at visse regler skal anvendes ”uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet”, innebærer dette at partenes lovvalg kan bli satt til side. Dette assosierer til spørsmålet om internasjonalt preseptoriske regler. Konsekvensene av artikkel 3 nr 1 har også store likheter med følgene av Romakonvensjonen artikkel 6 og 7. På tross av at *ordlyden og regelens virkninger* ved første øyekast ser ut til å gjøre visse grupper av regler til internasjonalt tvingende, er det likevel ingen enighet om dette:

I flere *EU-stater legges det til grunn* at direktivets regler anses som tvingende internasjonalt.³⁷² På lovgiverplan har man således i både Danmark og Tyskland klare uttalelser om at reglene i artikkel 3 nr 1 skal anses internasjonalt preseptoriske.

I tysk rett er utstasjoneringdirektivets artikkel 3 nr 1 transformert ved blant annet AEntG³⁷³ §§ 1, 7, ArbZG³⁷⁴ §§ 3, 5 og BUrlG³⁷⁵ § 3. Fra forarbeidene til

³⁶⁹ Liukkunen (2004) s 231-233.

³⁷⁰ Preambelen nr 34.

³⁷¹ Liukkunen (2004) berører en del problemer knyttet til forholdet mellom direktivet og konvensjonen på s 231-233, 247 og 249. Se også Kolehmainen (1998) s 88-92, Kolehmainen (2002) s 85-91.

³⁷² Om gjennomføringen av direktivet i de enkelte landene, se http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/postingofworkers_en.htm.

³⁷³ Arbeitnehmer-Entsendegesetz (arbeidstakerutsendingsloven).

AEntG § 1 og juridisk teori følger at det dreier seg om tvingende regler i EGBGB artikkel 34s forstand.³⁷⁶

Også av danske forarbeider følger at reglene i utstasjoneringdirektivets artikkel 3 nr 1 er internasjonalt preseptoriske. I Bemærkninger til lovforslaget om udstationering af lønmodtagere uttales det om forholdet mellom Roma-konvensjonen og utstasjoneringdirektivet at ”direktivet tilsidesetter ikke Romkonventionen og mulighet for etter denne konventionen at inngå lovvalgsaftaler, men direktivet medfører, at medlemsstaterne er forpliktet til at gjøre visse af deres ansættelsesretlige regler internationalt præceptive ...”.³⁷⁷ Dette er også fulgt opp i den danske litteraturen. *Arnt Nielsen* sier kort og godt at ”art. 3 stk 1 ... således [er] en regel om, at udstationeringsstatens regler på de pågældende områder finder anvendelse, uanset den lovgivning som arbejdsforholdet i øvrig er underlagt. Direktivets regler er derfor internationalt præceptive”.³⁷⁸

I norsk og svensk rett er problemstillingen knyttet til artikkel 3 nr 1 og internasjonal ufravikelighet derimot ikke kommentert.³⁷⁹ Det kan derfor ikke sies å foreligge noe klart grunnlag for at reglene i direktivet skal regnes som internasjonalt tvingende. I de tilfellene der lovgiver har valgt å ta stilling til om direktivets regler er internasjonalt preseptoriske, har imidlertid landene kommet til at reglene *er* det. Landenes fortolkning og gjennomføring av direktivet kan etter dette i det minste ikke tas til inntekt for at reglene *ikke* er internasjonalt tvingende.

³⁷⁴ Arbeitszeitgesetz (arbeidstidsloven)

³⁷⁵ Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz, minsteferie-loven for arbeidstakere).

³⁷⁶ Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, Drucksache 13/2418 s 9, Schönbohm (2007) Randnr 7, Palandt/Heldrich EG 34 (2008) s 2564 Randnr 3b, Staudinger/Magnus (2002) s 405 Randnr 201, Hanau (1995) s 428-429, Schlachter (2006) s 224 Randnr 1-2. Se også om gjennomføringen i tysk rett på EUs hjemmesider, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/2007/posting/germany_en.pdf.

³⁷⁷ Bemærkninger til lovforslag nr L 47, fremsatt den 13. oktober 1999, punkt 4. Bemerkningene er inntatt i Folketingstidende, tillæg A 1999-2000, bind II, s 1218 flg på s 1219.

³⁷⁸ Arnt Nielsen (2006) s 177. Se lignende uttalelse i Arnt Nielsen (1997) s 86 jfr henvisningen til s 525 i note 25.

³⁷⁹ Liukkunen (2004) s 228.

Direktivets *formål* er blant annet å skape klarhet i rettsstilstanden med hensyn til lovvalg i forbindelse med utstasjonering, jfr. blant annet preambelen punkt nr 6.³⁸⁰ Et av formålene er derfor sammenfallende med Romakonvensjonens målsetninger. Direktivets regler kan ses som en bekreftelse på betydningen av Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2, samtidig som det å gi direktivet internasjonal slagvidde bidrar til rettsenhet. Formålet som tolkningsmoment gir imidlertid ingen entydig veiledning. Enkelte har i teorien nemlig argumentert for at artikkel 3 nr 1 heller er forvirrende enn klargjørende i forhold til spørsmålet om internasjonal preseptivitet, noe som kan tilsi at direktivet ikke bør anses som en forlengelse av Romakonvensjonen.³⁸¹ Det er også argumentert med at et hovedformål med direktivet var å verne om statenes nasjonale arbeidsmarkeder, noe som ikke er i overensstemmelse med EF-traktaten. Således tar *Würthner* dette til inntekt for at direktivets regler ikke kan anses som internasjonalt preseptoriske, da fellesskapsretten setter grenser for hva som kan regnes som internasjonalt tvingende.³⁸² *Würthners* synspunkt om direktivets hovedformål kan imidlertid vanskelig opprettholdes etter senere praksis fra EF-domstolen. Her understrekes det at hovedformålet med direktivet er vern av arbeidstaker og ønsket om å lette flyten av tjenester mellom landene.³⁸³

Det var i utgangspunktet ingen bred enighet om innholdet av utstasjoneringsdirektivet ved *direktivets tilblivelse*. Tvert i mot var enkelte land imot hele direktivet.³⁸⁴ Fraværet av konsensus mellom statene om direktivet og dets målsettinger trekker i retning av å ikke anse direktivet som et utslag av et prinsipp om internasjonalt preseptivitet. Det ble heller ikke avgitt noen relevante uttalelser i den retning

³⁸⁰ Se f.eks. Mo og Lolleng (2001) s 131.

³⁸¹ *Würthner* (2003) s 49 flg, særlig s 52-53.

³⁸² *Würthner* (2003) s 63.

³⁸³ Sml direktivets preambel avsnitt 5, og EF-domstolens avgjørelser i *Laval*, *Rüffert* avsnitt 36-38, *Wolff & Müller* (Sak C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix*, dom 12. oktober 2004, Saml. 2004 I-9553) avsnitt 42.

³⁸⁴ Se nærmere om direktivets tilblivelse *Evju* (2009).

ved direktivets vedtagelse.³⁸⁵ I motsatt retning taler likevel at det foreligger flere henvisninger til Romakonvensjonen i direktivets preambel, se dens avsnitt 7–11. Dette kunne indikere at forholdet til konvensjonen har vært vurdert slik at man ønsket å utfylle konvensjonen, snarere enn å fravike den.³⁸⁶

Det kanskje viktigste argument for at reglene i utstasjoneringsdirektivet er internasjonalt preseptoriske, foreligger i form av *Kommisjonens etterfølgende uttalelser* i 2003. Grønnboken om omdannelse av Romakonvensjonen sier uttrykkelig at:

”Direktivet skal således forstås som en forlængelse af artikel 7 i konventionen om ufravigelige regler.”³⁸⁷

Dette standpunktet er også opprettholdt senere, blant annet i uttalelsen fra 2003 om gjennomføringen av utstasjoneringsdirektivet i medlemsstatene. Her uttaler Kommisjonen følgende om direktivet sett i sammenheng med den internasjonale privatrett:

”Direktiv 96/71 fastlægger på fællesskabsplan, hvilke ufravigelige regler i henhold til Rom-konventionens artikel 7 der tillægges virkning i tværnationale udstationeringsforhold. ...

Lovvalsreglerne i Rom-konventionen udgør en generel retlig ramme, medens direktivet specifikt angår udstationerede arbejdstageres forhold og dermed indsnævrer den retlige ramme.

Direktivet tager på ingen måde sigte på at ændre den lovgivning, der finder anvendelse på arbeidskontrakten, men fastlægger et antal ufravigelige regler, som skal overholdes i udstationeringsperioden i værtslandet "uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet".³⁸⁸

Med disse kommentarene tok Kommisjonen standpunkt til forholdet mellom Romakonvensjonen og utstasjoneringsdirektivet, og synes å fastslå at direktivets regler er å anse som internasjonalt preseptoriske regler. Forholdet mellom de to regelsettene er ikke dermed avklart på alle punkter, men Kommisjonens uttalelser gir veiledning i spørsmålet om når internasjonalt ufravigelige regler kan sies å foreligge.

³⁸⁵ Würthner (2003) s 63.

³⁸⁶ Liukkunen (2004) s 231.

³⁸⁷ Grønnboken s 38 i dansk versjon.

³⁸⁸ KOM (2003) 458 endelig, s 6 i dansk versjon.

Det skaper også bedre *sammenheng mellom Romakonvensjonen og utstasjoneringsdirektivet* om man legger til grunn at det er tale om internasjonalt tvingende regler. Hvis man for eksempel må anvende både direktivets artikkel 3 nr 1 og Romakonvensjonen artikkel 6 nr 1, vil i alle tilfelle direktivets regler gå foran i kraft av å være internasjonalt preseptoriske.³⁸⁹

Et ytterligere moment er at det kan oppstå situasjoner der *arbeidstakeren* ikke får ytterligere vern, men tvert imot *fratas rettigheter*. Dette kan være tilfellet der domstollandets internasjonalt preseptoriske regel er en rigid regel heller enn en minimumsstandard, og der domstolen ikke kan anvende en annen gunstigere regel etter Romakonvensjonen artikkel 6. Et annet eksempel er der det er usikkert hva som er den gunstigste regelen for arbeidstakeren. I et slikt tilfelle kan det foreligge en konflikt mellom Romakonvensjonens artikkel 6 nr 1 og artikkel 7 nr 2, og det ville være mest ønskelig for arbeidstakeren om domstolen ikke var tvunget til å anvende egne internasjonalt preseptoriske regler. Alternativet er jo at domstolen må undersøke de aktuelle landenes rett for å finne ut hva som er mest hensiktsmessig for arbeidstakeren, jfr Romakonvensjonen artikkel 6 nr 1. Kort sagt kan det altså tenkes tilfeller der det ikke er gunstig for arbeidstaker at Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2 går foran artikkel 6 nr 1.³⁹⁰

På bakgrunn av de synspunkter som er referert, *konkluderes* det med ulike løsninger i juridisk teori. *Würthner* hevder at reglene i utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 nr 1 *ikke* er internasjonalt tvingende, og åpner ikke for at dette er tvilsomt.³⁹¹ *Liukkunen* mener derimot at reglene *er* internasjonalt ufravikelige, og peker særlig på Kommissjonens uttalelser og de danske og tyske lovgiveruttalelsene.³⁹² De

³⁸⁹ Liukkunen (2004) s 235.

³⁹⁰ Würthner (2003) s 64, Plender og Wilderspin (2001) s 193-194.

³⁹¹ Würthner (2003) s 65. Würthners uttalelser skriver seg imidlertid fra før den siste uttalelsen fra Kommisjonen. Dette kan medføre at hennes synspunkt ikke hadde vært fremmet like sterkt i dag. Se også Plender og Wilderspin (2001) s 180-181.

³⁹² Liukkunen (2004) s 235. Se også Staudinger/Magnus (2002) s 405, Hanau (1995) s 428-429, Palandt/Heldrich EG 34 (2008) s 2564 Randnr 3b om tysk rett.

beste grunner synes i utgangspunktet å tale for at Liukkunens synspunkt legges til grunn. Statenes praksis og Kommisjonens etterfølgende uttalelser tilsier dette. At direktivets minimumsbeskyttelse for en arbeidstaker kan gjøres gjeldende for enhver og ansees grunnleggende i vårt samfunn, samsvar med definisjonen i Romaforordningen. Det kan likevel være usikkert hva som blir rekkevidden av et prinsipp om internasjonal preseptivitet. Dette må i praksis bero på en avveining av de reelle hensyn og de konkrete omstendigheter.

9.1.5 Artikkel 3 nr 1 og nr 10 – ”kan-reglene” og spørsmålet om internasjonal preseptivitet

Fra konklusjonen i forrige avsnitt følger at ”skal-reglene” i direktivets artikkel 3 nr 1 som hovedregel må anses internasjonalt ufravikelige ved arbeid i Norge. Direktivet åpner for at statene i noen utstrekning kan supplere denne listen i artikkel 3 nr 1. Dette følger av artikkel 3 nr 10 som lyder som følger:

“Dette direktiv er ikke til hinder for at medlemsstatene i henhold til traktaten på grunnlag av likebehandling kan pålegge nasjonale foretak og andre staters foretak

- arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden,
- arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt i tariffavtaler eller voldgiftskjennelser i henhold til nr. 8 for annen virksomhet enn den som er nevnt i vedlegget.”

Staten kan altså gi pålegg til arbeidsgivere om å følge arbeids- og ansettelsesvilkår utover det som følger av artikkel 3 nr 1, hvis det er i henhold til traktaten, skjer på basis av likebehandling og følger av visse tariffavtaler, herunder tariffavtaler fastsatt ved voldgift, eller gjelder grunnleggende rettsprinsipper (”bestemmelser om offentlig orden”).

Om statene velger å benytte adgangen til å gi slike regler, får reglene altså anvendelse for utstasjonerte arbeidstakere ”uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet”. Spørsmålet er imidlertid om også slike regler blir internasjonalt preseptoriske. Prinsipielt er det flere grunner til å anta at regler gitt i medhold av artikkel 3 nr 10 undertiden kan anses som dette. Formålet med bestemmelsen er å sikre statene en mulighet for å supplere listen i artikkel 3 nr 1 med regler som i vedkommende stat anses å være av grunnleggende

arbeidsrettslig karakter. Dét sikrer en tilpasningsdyktig lovgivning og sammenheng i regelverket. Nettopp fordi forutsetningen er at det er tale om ordre public-lignende situasjoner,³⁹³ er det nærliggende at bestemmelsene gitt i medhold av artikkel 3 nr 10 også kan være internasjonalt ufravikelige. Selv om regler gitt i medhold av artikkel 3 nr 10 etter dette kan anses internasjonal preseptoriske, må det likevel foretas en konkret helhetsvurdering i den konkrete situasjon. I et gitt tilfelle er det altså denne som blir avgjørende. EF-domstolen har for øvrig gitt uttrykk for at artikkel 3 nr 10 er en unntaksbestemmelse som skal tolkes restriktivt.³⁹⁴ Den praktiske betydning av temaet bør derfor ikke overdrives.

9.1.6 Artikkel 3 nr 10 – ”bestemmelser om offentlig orden”

Adgangen til å utvide området for hvilke regler som skal gjøres gjeldende i forhold til utstasjonerte arbeidstakere, er begrenset blant annet til ”bestemmelser om offentlig orden”. I den danske versjonen er dette oversatt til at bestemmelsene må gjelde ”grundlæggende retsprinsipper (ordre public)”. Spørsmålet er hva som ligger i dette begrepet.

Av EF-traktaten 234 (tidligere artikkel 177) følger at EF-domstolen kan ”treffe forhåndsavgjørelse om ... fortolkningen av rettsakter vedtatt av Fellesskapets organer”. At direktivet er en fellesskapsrettsakt, innebærer imidlertid ikke uten videre at begrepene er fellesskapsrettslige, sml utstasjoneringdirektivet artikkel 2 nr 2. Det beror derfor i utgangspunktet på en tolkning om et konkret begrep er fellesskapsrettslig eller en henvisning til nasjonalrettslige begreper. I forhold til uttrykket ”bestemmelser om offentlig orden” må det imidlertid etter Luxembourg-saken anses avklart at begrepet i utstasjoneringdirektivet er fellesskapsrettslig.³⁹⁵ I denne sammenheng medfører ikke dette annet enn at det er den EU-rettslige metoden som må anvendes ved fastleggelse av begrepets innhold. Ved avgrensning av begrepet ”bestemmelser om offentlig orden” er det derfor naturlig å ta

³⁹³ Jfr den danske språkversjonen.

³⁹⁴ Se Luxembourg (Sak C-319/06, Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg, dom 19 juni 2008, Saml. 2008 s I-4323) avsnitt 26-33, jfr Evju (2008b) og neste kapittel om dette.

³⁹⁵ Luxembourg avsnitt 30.

utgangspunkt i de foreliggende uttalelser fra EF-kommisjonen og EF-domstolen.

Når det først gjelder EF-kommisjonen, er det i deres uttalelse fra 2003 med henvisning til rettspraksis understreket at begrepet skal fortolkes ”snævert”.³⁹⁶ Videre sammenfatter Kommisjonen rettspraksis slik:

”Domstolen konstaterer således, at man kun kan påberåbe sig *ordre public*-begrebet, hvis det er begrundet i tvingende almene hensyn, hvis der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn, og såfremt det sker i overensstemmelse med almene retsprinsipper, bl.a. de grundlæggende rettigheder og ytringsfriheden.

Hva angår den retlige kvalifikasjon af ordens- og sikkerhedsforskrifter, udtalte Domstolen i dommen i de forende sager C-369/96 og C-376/96 [Arblade-saken³⁹⁷] at "dette udtryk må forstås således, at der sigtes til nationale bestemmelser, hvis overholdelse er blevet anset for at være så afgørende for opretholdelsen af den pågældende medlemsstats politiske, sociale og økonomiske struktur, at de kræves overholdt i forhold til enhver person, der befinder sig på denne medlemsstats nationale område, eller i forbindelse med ethvert retsforhold i denne stat".³⁹⁸

Ut over dette nevnes med henvisning til Rådet og Kommisjonens erklæring ved vedtagelsen av direktivet at "udtrykket *ordre public*-bestemmelser skal forstås således, at det dækker de obligatoriske regler, som ikke kan fraviges, og som i kraft af deres art og formål oppfyller nogle ufravigelige krav i almenhedens interesse".³⁹⁹ Det vises også til direktivets målsetning.

Uttalelsen fra Kommisjonen er fra tiden før Luxembourg-saken kom opp for EF-domstolen. Domstolen var i denne saken for så vidt kortfattet med hensyn til hva de sa om tolkningen av uttrykket ”bestemmelser om offentlig orden”. Det tidligere gjengitte sitatet fra Arblade-saken ble likevel gjentatt. Det ble også understreket at ut-

³⁹⁶ KOM (2003) 458 endelig s 13.

³⁹⁷ Se Arblade-saken avsnitt 30.

³⁹⁸ KOM (2003) 458 endelig, s 13. Om rettspraksis, se også Laval-saken avsnitt 82 flg som slår fast at artikkel 3 nr 10 kan utfylle nr 1. Det kan for øvrig ikke utelukkes at rettspraksis på andre områder kan gi impulser, men det vil føre for langt å gå inn på dette her.

³⁹⁹ KOM (2003) 458 endelig, s 13, Evju (2006) s 12-13.

trykket skal fortolkes strengt og at artikkel 3 nr 1 som utgangspunkt må anses uttømmende.⁴⁰⁰

Uttalelsene fra Kommisjonen og EF-domstolen gir en viss veiledning for hvordan uttrykket ”bestemmelser om offentlig orden” skal forstås. Selv om det fremdeles er noe usikkert hva som ligger i begrepet, er i det minste utgangspunktet avklart: Det skal legges til grunn en restriktiv fortolkning av uttrykket ”bestemmelser om offentlig orden”, og uttrykket er fellesskapsrettslig. Dette medfører at det blir nokså begrenset hva slags regler som eventuelt kan være internasjonalt preseptoriske etter utstasjoneringdirektivet artikkel 3 nr 10.⁴⁰¹ I praksis må regelen karakteriseres som en snever unntaksregel, og det skal trolig en god del til før statene vil benytte adgangen til å supplere listen med kjernebestemmelser i artikkel 3 nr 1.⁴⁰² Begrepet ”bestemmelser om offentlig orden” benyttes i de fleste språkversjoner synonymt med ”ordre public”. Det følger imidlertid av sammenhengen at ordre public ikke kan forstås i alminnelig internasjonal privatrettslig forstand. Terminologien kan trekke i retning av at dette i realiteten gjelder internasjonalt preseptoriske regler, altså såkalt positiv ordre public.

9.1.7 Artikkel 3 nr 10 – eksempler

I januar 2003 fremla Kommisjonen ”Report from the Commission services on the implementation of 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”. Rapporten sammenfatter hvordan de ulike landene har benyttet seg av adgangen i artikkel 3 nr 10, og det slås fast at en hel rekke land *ikke* har benyttet seg av denne muligheten. Dette gjelder blant annet Belgia, Tyskland, Danmark, Irland, Italia, Nederland, Portugal og Storbritannia. I Sverige har man derimot benyttet seg av muligheten:

⁴⁰⁰ Luxembourg avsnitt 26-33, Evju (2008b).

⁴⁰¹ De andre vilkårene er at arbeids- og ansettelsesvilkårene må pålegges ”i henhold til traktaten” og ”på grunnlag av likebehandling”, jfr innledningen i art 3 nr 10. Det er likevel ikke tvil om at vilkåret om ”bestemmelser om offentlig orden” er nåløyet i denne sammenhengen.

⁴⁰² Stensvik (2007a) s 91-92.

Det er uttrykkelig gitt ytterligere regler om forenings- og forhandlingsretten og om fredsplikt.⁴⁰³

Det er utstasjoneringsloven⁴⁰⁴ § 7 jfr medbestemmelsesloven⁴⁰⁵ som er hjemmelen i svensk rett for at regler om forenings- og forhandlingsrett samt fredsplikt gjelder ved utstasjonering. *Foreningsretten* defineres som en rett til å være medlem av en arbeidsgiver- eller arbeidstakerorganisasjon, og å utnytte medlemskapet og virke for organisasjonen eller for at en sådan dannes, jfr medbestemmelsesloven § 7. Foreningsrett er således noe annet enn foreningsfrihet, som både i svensk og norsk rett kan defineres som en – for Sveriges del grunnlovsbeskyttet – frihet til å slutte seg sammen med andre for allmenne eller enkelte formål.⁴⁰⁶ Den svenske foreningsretten bør sees i sammenheng med *forhandlingsretten*, slik denne er definert i medbestemmelsesloven § 10. Begrepet er her forklart som at arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene har rett til forhandling med hverandre i spørsmål som gjelder forholdet mellom arbeidstakere og arbeidsgivere. Konsekvensen av en slik forhandlingsrett er at motparten plikter å møte til forhandling og å virke for løsninger innenfor forhandlingstemaet.⁴⁰⁷ Det siste eksempelet som har vært omtalt i svensk rett, er *fredsplikt*. Dette er definert i medbestemmelsesloven § 41 som den plikten partene har i visse nærmere angitte situasjoner til å avstå fra streik, lockout og andre arbeidskampmidler.⁴⁰⁸

Kollektiv arbeidsrett ligger på siden av det som er denne artikkelens hovedfokus. Rekkevidden av de svenske reglene blir derfor ikke behandlet nærmere. Det skal imidlertid nevnes at de svenske forarbeidene til utstasjoneringsloven anser de nevnte reglene som internasjonalt preseptoriske.⁴⁰⁹ Her uttales at:

⁴⁰³ Report from the Commission ... s 14. Om andre land som har gitt regler i medhold av artikkel 3 nr 10, første strekpunkt, se rapportens s 13-14.

⁴⁰⁴ Den loven som gjennomfører utstasjoneringsdirektivet i svensk rett, Lag 1999:678 om utstationering av arbetstagere. Loven omtales heretter som utstasjoneringsloven.

⁴⁰⁵ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, heretter omtalt som medbestemmelsesloven.

⁴⁰⁶ Martinger (1998) s 68, Gisle m.fl. (2002) s 91.

⁴⁰⁷ Melin (2007) s 160.

⁴⁰⁸ Gisle m.fl. (2002) s 104, Martinger (1998) s 64.

⁴⁰⁹ SOU 1998:52 s 116.

”För den utstationerade arbetsgivaren är det också viktig att reglarna, som måste betecknas som internationellt tvingande enligt artikel 7.2 i Romkonventionen, fremgår av lag.”

Dette kan tas til inntekt for at enhver regel gitt i medhold av artikkel 3 nr 10 skal anses som internasjonalt ufravikelig. Alternativt kan man forstå forarbeidenes uttalelse dit hen at reglene i alle tilfelle ble ansett internasjonalt preseptoriske etter Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2. I forhold til norsk rett vil de svenske reglene uansett gi grunnlag for analogislutninger, på lik linje med de andre eksemplene i svensk rett.

I tillegg til de svenske kollektivrettslige eksemplene finnes det også noen eksempler på regler etter artikkel 3 nr 10 i den tidligere nevnte uttalelsen fra Kommissjonen.⁴¹⁰ For det første kan merkes at Kommissjonen nevner ”afskedigelsesregler” som et eksempel på *nasjonale* ordre public-regler, i motsetning til ”ordre public-bestemmelser og ufravigelige regler i *internationale* forhold på den anden side”.⁴¹¹ Etter Kommissjonens syn anses slike regler ”ikke for at være internationale *ordre public*-bestemmelser eller ufravigelige regler efter Rom-konventionens artikkel 7, som ville finde anvendelse, *uanset hvilken lov der finder anvendelse på aftalen*”. Uttrykket ”afskedigelse” på dansk tilsvare det norske begrep ”oppsigelse”. Kommissjonens uttalelse innebærer altså en oppfatning om at materielle stillingsvernet ikke kan anses internasjonalt preseptorisk.

Standpunktet er interessant, siden nettopp stillingsvernet er fremhevet som eksempel på en internasjonalt tvingende regel i andre rettskilder. Norsk teori og rettspraksis, det norske lovutkastet, svensk rettspraksis, og også tysk rett, hevder på dette punkt en annen oppfatning. Kommissjonens begrunnelse er at kontraktsbrudd som regel er underlagt bakgrunnsrettens lov (*lex causae*). I utstasjoneringstilfeller vil dette som regel være hjemstaten, det vil si den staten arbeidstakeren er utsendt fra. Kommissjonens syn er derfor at vertslandets rett – den rett som gjelder der arbeidstakeren er utstasjonert – ikke kan anvendes på forholdet i strid med lovvalgsavtale.⁴¹²

⁴¹⁰ KOM (2003) 458 endelig.

⁴¹¹ KOM (2003) 458 endelig s 13-14, hvilke ord som er kursivert, er endret i sitatet.

⁴¹² Liukkunen (2004) s 236.

Liukkunen kritiserer både Kommisjonens begrunnelse og dens standpunkt. Etter hennes syn kan oppsigelsesregler både sees under synsvinkelen sanksjonsregler ved kontraktsbrudd, og som sosiale verneregler for den svakere kontraktspart. Kommisjonens synes utelukkende å ha vurdert spørsmål under en kontraktsrettslig synsvinkel, noe som må være for snevert. Det er etter hennes syn ingen prinsipiell grunn til at ikke oppsigelsesreglene kan anses internasjonalt preseptoriske, tvert imot er det tungveiende sosiale beskyttelseshensyn som trekke i motsatt retning.⁴¹³

Kommisjonen henviser videre til ekspertgruppen som forberedte gjennomføringen av direktivet. Denne gruppen nevnte en del eksempler på ”bestemmelser om offentlig orden” i forhold til artikkel 3 nr 10. Det uttales at uttrykket favner om grunnleggende rettigheter og friheter. Dette omfatter retten til å danne fagforeninger, retten til kollektiv forhandling, forbud mot tvangsarbeid, forbud mot forskjellsbehandling, avskaffelse av barnearbeid når dette innebærer utnyttelse, beskyttelse av personopplysninger og respekt for privatlivets fred.⁴¹⁴

Denne oppregningen tilsvarer i stor grad ILOs sentrale menneskerettighetskonvensjoner. Dette er åtte konvensjoner som anses så grunnleggende at landene er pålagt rapporteringsplikt om de forhold konvensjonene regulerer, selv om konvensjonene ikke er ratifisert.⁴¹⁵ De åtte konvensjonene kan deles inn i fire hovedgrupper:

- Forbud mot barnearbeid (Konvensjon nr. 138 om minstealder for adgang til sysselsetting, Konvensjon nr. 182 om forbud mot og umiddelbare tiltak for å avskaffe de verste former for barnearbeid.)
- Organisasjonsfrihet (Konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten, Konvensjon nr. 98 om retten til å organisere seg til å føre kollektive forhandlinger.)
- Forbud mot diskriminering (Konvensjon nr. 100 om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidere for arbeid av lik verdi, Konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke.)
- Forbud mot tvangsarbeid (Konvensjon nr. 29 om tvangsarbeid, Konvensjon nr. 105 om avskaffelse av tvangsarbeid.)

⁴¹³ For nærmere om Liukkunens argumentasjon om dette, se Liukkunen (2004) s 235-237.

⁴¹⁴ KOM (2003) 458 endelig s 14.

⁴¹⁵ For mer om dette, se http://www.fn.no/ilo_informasjon/fakta_om_ilo/ilos_prinsipperklaering og http://www.fn.no/ilo_informasjon/konvensjoner.

Når det gjelder regler om forskjellsbehandling og barnearbeid, må dette etter mitt syn kunne sies å være dekket av skal-reglene i utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 nr 1.

Retten til å danne fagforeninger og retten til kollektiv forhandling er også kjente eksempler på internasjonalt preseptoriske regler, jfr den tidligere lovfestingen i svensk rett. Analogier fra svensk rett var på dette punktet allerede mulig, men Sverige stod tidligere alene om oppfatningen. Når Kommisjonen kom med sine uttalelser i 2003, ble det tatt standpunkt på et mer generelt plan, og uttalelsene har derfor betydning selv om synspunktet som sådan ikke innebar noe nytt.

Tilbake står en da med reglene om forbud mot tvangsarbeid, beskyttelse av personopplysninger og respekt for privatlivets fred. Dette er regler man ikke finner noe annet sted, og som potensielt kan være internasjonalt preseptoriske regler i medhold av artikkel 3 nr 10. Det er likevel avslutningsvis grunn til å understreke at eksemplene fra ekspertgruppen kun gjelder hva som omfattes av uttrykket ”bestemmelser om offentlig orden”. For at reglene skal bli internasjonalt preseptoriske etter art 3 nr 10, må i tillegg de andre vilkårene i art 3 nr 10 oppfylles.

9.2 Arbeidsmiljøloven § 1-7 og forskriften om utsendte arbeidstakere

9.2.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis i kapitel 9.1 er utstasjoneringsdirektivet gjennomført i norsk rett som forskrift i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7 fjerde ledd.⁴¹⁶ De sentrale reglene i utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 nr 1 gjenfinnes i forskriftens § 2 første ledd, som lyder:

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

- a) lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) kapittel 4, 10, 11, 13, § 12-1 til § 12-9, § 14-5, § 14-6, § 14-8, § 14-12 til § 14-14 og § 15-9
- b) lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)
- c) lov 16. juni 1972 nr. 43 om ferie for fiskere § 2, § 4 til § 6, § 9 og § 10,
- d) lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) § 27

⁴¹⁶ Forskrift om utsendte arbeidstakere av 16. desember 2005 nr 1566.

- e) lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) § 3 til § 6.”

Ved vurderingen av om disse bestemmelsene skal anses internasjonalt preseptoriske, må det tas utgangspunkt i konklusjonen i forrige delkapittel. Ved at reglene omtalt i direktivet artikkel 3 nr 1 kan anses internasjonalt preseptoriske for arbeid i Norge, kan de norske bestemmelsene som gjennomfører direktivet undertiden også anses internasjonalt tvingende. Norske regler som eventuelt går ut over de rettigheter som er listet opp i artikkel 3 nr 1, står muligens i en annen stilling. Direktivet anviser på hvilke områder statene må fastsette regler, men det er gjennomføringen av dem i norsk rett som blir avgjørende for om de skal anses som internasjonalt ufravikelige. Dette kan sammenlignes med at det i forhold til Romakonvensjonen hører til den nasjonale retten å avklare hva som anses som internasjonalt tvingende etter konvensjonens artikkel 7.

Spørsmålet blir etter dette hvordan direktivet er innlemmet i norsk rett, og om gjennomføringen er i overensstemmelse med direktivet.

9.2.2 Gjennomføringen av de aktuelle bestemmelsene i utstasjoneringsdirektivet i norsk rett

Hvis man sammenholder utstasjoneringsdirektivets artikkel 3 nr 1 og forskriften om utsendte arbeidstakere § 2, vil det fremgå at de fleste reglene er gjennomført i tråd med direktivet. Dette gjelder eksempelvis litra g) i artikkel 3 nr 1 om ”likebehandling av kvinner og menn og andre bestemmelser om likebehandling”. Denne er gjennomført i norsk rett ved arbeidsmiljøloven kapittel 13 om diskriminering, samt likestillingsloven,⁴¹⁷ og er dekkende for hva direktivet legger opp til. Et annet eksempel som illustrerer det samme, er litra e) om ”helse, sikkerhet og hygiene på arbeidsplassen” som er gjennomført ved arbeidsmiljøloven kapittel 4.

På to punkter har imidlertid gjennomføringen av direktivet i norsk rett vært gjenstand for kritikk. Litra f) om ”vernetiltak med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår for gravide kvinner eller kvinner som nylig har født, for barn og for ungdom” er gjennomført ved

⁴¹⁷ Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr 45.

arbeidsmiljøloven kapittel 11, §§ 12-1 til 12-9 og § 15-9. Bestemmelsene nevnt i kapittel 11 og 12 er for så vidt i overensstemmelse med direktivet. Om § 15-9 har imidlertid *Liukkunen* hevdet om den tilsvarende regelen i 1977-lovens § 65 at⁴¹⁸:

”Section 65 could be regarded as involving protective measures referred to in Article 3(1)(f) of the PWD [the Posted Workers Directive]. But since the Section concerns dismissal, it needs to be regarded as a provision that is outside the ‘hard core’ list in Article 3(1) of the PWD.”⁴¹⁹

Bestemmelsen i § 15-9 har tittelen ”oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon”. Bestemmelsen er ment å tilsvare direktivets litra f) om ”vernetiltak med hensyn til arbeids- og ansettelsesvilkår for gravide kvinner eller kvinner som nylig har født, for barn og for ungdom”. Etter en ordlydsfortolkning synes *Liukkunen* å ha rett i at ”arbeids- og ansettelsesvilkår” ikke omfatter slikt oppsigelsesvern. Det er imidlertid vanlig å tolke dette uttrykket noe utvidende i forhold til ordlyden, slik at blant annet oppsigelsesregler kan omfattes.⁴²⁰ Dette taler for at man ikke har gått utover direktivet fra norsk hold. Det må derfor kunne legges til grunn at de norske reglene på dette punktet er innenfor det direktivet legger opp til, eller i det minste innenfor den tillatte skjønnsmarginen for hva som må aksepteres etter artikkel 3 nr 1.

Det andre forholdet angående den norske direktivgjennomføringen som har utløst kritikk, er imidlertid vanskeligere å forsvare. Etter forskriften skal reglene i arbeidsmiljøloven §§ 14-5, 14-6 og 14-8 gjelde for utstasjonerte arbeidstakere. Reglene omhandler krav om skriftlig arbeidsavtale, minstekrav til arbeidsavtalen og endringer i arbeidsforholdet, og er relativt klart utenfor den harde kjernen av regler i artikkel 3. Ikke på noe punkt i utstasjoneringsdirektivet er det lagt opp til at man skal gjennomføre regler om dette i nasjonal rett, og det er også vanskelig å hevde at reglene befinner seg innenfor skjønnsmarginen for hva litra a - g i direktivet omfatter. Et ytterligere moment

⁴¹⁸ Fougner og Holo (2006) s 816, note 1.

⁴¹⁹ *Liukkunen* (2004) s 206, se også *Evju* (2006) s 2.

⁴²⁰ Se eksempelvis praksis knyttet til det lignende uttrykket ”arbeids- og lønnsvilkår” i arbeidstvistloven (lov av 5. mai 1927 nr 1) § 1 nr 8, jfr kommentarer i note 12 til paragrafen på www.rechtsdata.no.

er avgjørelsen i Luxembourg-saken, som har direkte overføringsverdi til norsk rett. Denne saken gjaldt hvordan utstasjoneringsdirektivet ble gjennomført i nasjonal lovgivning i Luxembourg. Gjennomføringsloven inneholdt flere detaljerte bestemmelser som EF-kommisjonen hevdet lå utenfor det det er adgang til etter utstasjoneringsdirektivet artikkel 3. En av de reglene domstolen satte til side, var de nasjonale reglene om ”skriftlig arbeidsavtale”. Trolig er det samlet sett grunn til å anse kritikken fremmet mot Norge, både hva gjelder §§ 14-5, 14-6 og 14-8, som berettiget.⁴²¹ I det minste må det kunne konkluderes med at regelen i § 14-5 ”ikke [kan] opprettholdes” for utstasjonerte arbeidstakere.⁴²²

Spørsmålet blir så hvilken betydning dette har. Når norske myndigheter har gått utenfor direktivets kjerneområde, er det grunn til å se hen til hva som eventuelt er fremkommet som begrunnelse for dette. Da direktivet ble inkorporert i arbeidsmiljøloven av 1977 kapittel XII B, var det § 73 M, første ledd, som gjennomførte direktivets artikkel 3 nr 1. I forarbeidene til denne bestemmelsen ble det uttalt:

”Opplistinga er særleg grunnlagt i informasjonsomsyn. Siktemålet er ikkje å gi noka uttømmende oversikt eller å gjere nokon endringar eller avgrensingar i høve til dei reglane som elles gjeld for arbeid eller arbeidsforhold i Norge. ... Departementet har etter forslag frå LO valt å la opplistinga også omfatte reglane om skriftleg arbeidsavtale. Dette vil vere eit viktig verkemiddel for arbeidstakarane for å gjere gjeldande retten til arbeids- og tilsetjingsvilkår.”⁴²³

Man har altså ikke tilsiktet å anvende kompetansen til å gi ytterligere regler i medhold av artikkel 3 nr 10. Det er snarere informasjons-hensyn som har ført til at listen av regler i artikkel 3 nr 1 ble utvidet.⁴²⁴ Når man ikke har sett behovet for uttrykkelig å anvende artikkel 3 nr 10, har dette sammenheng med at myndighetene mente flere av reglene i alle tilfelle måtte gjelde for alle som utførte sitt

⁴²¹ Liukkunen (2004) s 206, Jakhelln (2006) s 734, note 811, Evju (2006) s 2, Evju (2008a) s 13, se i motsatt retning Mo og Lolleng (2001) s 138 om den tilsvarende reguleringen i 1977-loven.

⁴²² Evju (2008b).

⁴²³ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 29.

⁴²⁴ Se også Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 7.

arbeid i Norge, da reglene er av offentligrettslig art.⁴²⁵ Tanken er at de reglene som gjelder offentlig orden, skal håndheves av norske myndigheter,⁴²⁶ og at skillet mellom offentligrettslige og privatrettslige regler ikke alltid er klart.⁴²⁷ På tross av at myndighetene formodentlig kunne benyttet seg av kompetansen i artikkel 3 nr 10, ble denne hjemmelen altså ikke påberopt.⁴²⁸ Dette kunne vært forståelig i forhold til oppsigelsesvernet for gravide i lovens § 15-9. I forhold til §§ 14-5, 14-6 og 14-8 er det imidlertid bemerkelsesverdig at departementet ikke har berørt rekkevidden av artikkel 3 nr 1 eller forholdet til artikkel 3 nr 10.⁴²⁹

En nasjonal utvidelse av reglene i artikkel 3 nr 1 slik de norske myndighetene her har gjort, er ikke uproblematisk. *Evju* nevner som eksempel at krav om skriftlig informasjon om ansettelsesvilkår allerede er regulert i direktiv 91/533/EØF.⁴³⁰ Når norske myndigheter gir ytterligere regler om dette, medfører det dobbeltregulering, og det strider mot proporsjonalitetsprinsippet å kreve at utenlandske arbeidsgivere i tillegg til direktivet også må etterleve de norske særreglene.⁴³¹ Det kan også vises til den allerede omtalte Luxembourg-dommen der EF-domstolen tilsidesetter en regel tilsvarende den arbeidsmiljøloven § 14-5. At det finnes regler i Norge som klart vil bli satt til side hvis en sak kommer opp for EF-domstolen, er uheldig.

Konsekvensen av at artikkel 3 nr 1 er overskredet uten at man har benyttet seg av artikkel 3 nr 10, må rettslig sett bli at reglene ikke kan gjøres gjeldende i forhold til utstasjonerte arbeidstakere. Dette følger av at direktivets artikkel 3 nr 1 ikke gir rom for å vedta regler om at arbeidsavtalen skal underlegges reguleringer som i lovens §§ 14-5, 14-6 og 14-8. Foran er det forutsatt at artikkel 3 nr 10 kunne være en alternativ hjemmel, og etter alminnelige forvaltningsrettslige prin-

⁴²⁵ Se også Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 11.

⁴²⁶ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 25, se også Mo og Lolleng (2001) s 139.

⁴²⁷ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 20. Se også artikkelens kapittel 2.3 om dette.

⁴²⁸ Sml Liukkunen (2004) s 207.

⁴²⁹ Sml *Evju* (2006) s 2 som sier at bestemmelsene ”klart” faller utenfor.

⁴³⁰ Rådsdirektiv 91/533/EØF av 14. oktober 1991 om arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i avtalen eller arbeidsforholdet.

⁴³¹ *Evju* (2008a) s 13-14.

sipper er det ikke en automatisk ugyldighetsgrunn om et myndighetsorgan har henvist til en uholdbar hjemmel, hvis det samtidig eksisterte et alternativt tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag. Men i dette tilfelle er det klart at artikkel 3 nr 10 *ikke* kan benyttes som hjemmelsgrunnlag; det følger nå utvetydig av EF-domstolens dom i Luxembourg-saken (jfr også Evju 2008b).

9.3 Sammenfatning om utstasjoneringdirektivet og norsk rett

Fremstillingen har vist at utstasjoneringdirektivets regler i artikkel 3 nr 1 kan være internasjonalt preseptoriske for arbeid utført i Norge. Dette medfører at de tilsvarende norske reglene i forskrift i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7 også kan anses internasjonalt tvingende så langt de samsvarer med direktivet. Det innebærer at reglene opplistet i forskriften § 2 er av en karakter som tilsier at norske domstoler etter omstendighetene kan tenkes å legge dem til grunn, selv om saksforholdet ligger utenfor forskriftens virkeområde og partene har avtalt fremmed rett.

Det er ikke klart om også de regler landene frivillig måtte vedta i medhold av artikkel 3 nr 10, faller inn under gruppen av internasjonalt ufravikelige regler. Sammenhengen i regelverket, reglenes tilpasningsdyktighet og reelle hensyn kan tilsi det. Enkelte av reglene omhandlet i direktivets artikkel 3 nr 1 må ansees som offentligrettslige. Disse reglene kommer således etter alminnelige interlegale regler i alle tilfelle til anvendelse på arbeidsforhold i Norge. Dette omfatter blant annet reglene i litra a om lengste arbeidstid og korteste hviletid, litra e om helse, sikkerhet og hygiene og delvis litra f om vernetiltak for gravide kvinner eller kvinner som nylig har født, for barn og for ungdom. Når det gjelder de reglene det er adgang til å gi, er også regler om vilkår for utleie av arbeidstakere i litra d regnet som offentligrettslige.⁴³²

Tilbake står man da med litra b) som gjelder ferietid og litra g) om likestilling mellom kjønnene. Regler om ferie er tradisjonelt regnet som privatrettslige,⁴³³ mens det er mer usikkert hvordan man skal bedømme likestillingsreglene. På den ene side gjelder likestilling for-

⁴³² Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 11-13.

⁴³³ Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) s 12.

holdet mellom private parter, men likestilling er også et offentlig anliggende.⁴³⁴ Reglene om likestilling håndheves av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda som er offentlige forvaltningsorganer.⁴³⁵ Ombudet kan handle ex officio,⁴³⁶ og avgjørelsene kan klages inn for nemnda.⁴³⁷ Det offentliges håndhevelse av regler som er straffbelagt, taler sterkt for at likebehandlingsreglene anses som offentligrettslige. Likebehandling er også regnet som ”en grunnleggende menneskerett”, uten at dette i seg selv gir entydig veiledning.⁴³⁸ Likestillingsreglene må ansees å være i gråsonen for hva som kan ansees internasjonalt ufravikelig.

Innenfor det typisk privatrettslige området er det særlig de grunnleggende regler om ferie som kan være internasjonalt ufravikelige etter utstasjoneringsdirektivet artikkel 3 nr 1. Men også de mer offentligrettslige regler som er listet opp i artikkel 3 nr 1 vil kunne få anvendelse på tvers av partenes lovvalg når arbeidet er utført i Norge. I tillegg er det grunn til å minne om at det formodentlig finnes internasjonalt preseptoriske regler i norsk arbeidsrett utenfor utstasjoneringsdirektivets område, typisk stillingsvernsreglene. Direktivet kan åpenbart ikke tolkes som noen innskrenkning av ellers gjeldende prinsipper om internasjonalt tvingende regler og dermed som en begrensning av nasjonal rett.⁴³⁹

⁴³⁴ Om straffereglene se arbeidsmiljøloven kapittel 19, lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) av 10 juni 2005 nr 40 § 13, Jakhelln (2006) s 70.

⁴³⁵ Diskrimineringsombudsloven §§ 2, 5.

⁴³⁶ Diskrimineringsombudsloven § 3.

⁴³⁷ Om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda, se de respektive hjemmesidene <http://www.ldo.no/no/> og <http://www.diskrimineringsnemnda.no/>, og Jakhelln (2006) s 68 flg.

⁴³⁸ Jakhelln (2006) s 64.

⁴³⁹ En annen ting er at generell EU- og EØS-rett setter grenser, som f.eks. reglene fri flyt av tjenester i EF-traktaten art 49. Det faller utenfor rammen av denne artikkelen å gå inn på dette spørsmålet her. Det kan imidlertid vises til Stensvik (2007a), Stensvik (2007b), Hjelmeng og Kolstad, Evju (2008a), Liukkunen (2006). At regler om dette kan sette grenser, illustreres indirekte i EF-domstolens avgjørelser i Laval- og Rüffert-sakene, se Laval avsnitt 65-68, 78-81, 109, Rüffert avsnitt 30—33.

10 Sammenfatning om internasjonalt preseptoriske regler

10.1 Innledning

Fremstillingen så langt har bestått av en rettskildemessig analyse av grunnlaget for internasjonalt preseptoriske regler på arbeidsrettens område. Mens rettskildene hittil stort sett er blitt beskrevet og kommentert enkeltvis, er fokus i denne delen av artikkelen på det samlede rettskildebildet. Målet er å vurdere hva rettskildebildet samlet sett tilsier, samt å drøfte om visse grupper av bestemmelser og enkeltregler kan anses internasjonalt ufravikelige.

10.2 Utgangspunktene for vurderingen av om en regel må anses som internasjonalt preseptorisk

Startpunktet for vurderingen av hvorvidt en regel må anses internasjonalt preseptorisk, er ved *regelens formål*. Dette legges til grunn i både norsk, dansk, svensk og tysk rett. Det er også internasjonal enighet om at internasjonalt preseptoriske regler må utgjøre et relativt *snevert unntak* fra partsautonomien ved lovvalg. Det råder tilsvarende enighet for så vidt gjelder vektleggingen av reglens karakter som *offentlig-rettslige eller privatrettslige*. Det vil være et moment for å anse en regel som internasjonalt tvingende i et land hvis den anses som offentligrettslig i vedkommende land. Man kan derimot ikke utlede noe sikkert av at man står overfor typisk privatrettslige regler. Sondringen mellom offentligrettslige og privatrettslige regler er ellers ikke nødvendigvis sammenfallende med hvorvidt reglene ivaretar *offentlige eller private interesser*. Dette er et annet moment som kan vektlegges ved vurderingen. Det er imidlertid ikke entydig hvilken betydning det har om man eventuelt kommer til at en regel bygger på offentlige interesser. Etter norsk rett blir dette per i dag kun å regne som et moment som kan tilsi at regelen får internasjonal slagvidde. Når Roma I trer i kraft vil trolig momentet få langt større betydning. Det er ikke overraskende om den offentlige interessen av en regel fra da av vil bli sentral, for å ikke å si avgjørende ved vurderingen av om en regel anses internasjonalt preseptorisk.

10.3 Mulige internasjonalt preseptoriske arbeidsrettslige regler

10.3.1 Stillingsvernsreglene

Ved vurderingen av hvilke regler som potensielt kan være internasjonalt ufravikelige, er det først og fremst stillingsvernsreglene som har skilt seg ut. Om slike bestemmelser kan være tvingende på et internasjonalt plan, har vært berørt i flere rettskilder.

Stillingsvernet er et grunnelement i norsk arbeidsrett. De nærmere regler om stillingsvern omfatter uensartede bestemmelser av både materiell og prosessuell art og finnes i arbeidsmiljøloven kapittel 15-17. Disse inkluderer blant annet regler om vern mot å miste arbeidet, om rett til å stå i stillingen i tilfelle tvist og om rett til å kreve forhandlinger. Andre eksempler er formkrav ved oppsigelse og avskjed, prosessuelle regler om søksmålsfrister og rettens sammensetning ved tvistebehandling, med mer.

Innledningsvis er det grunn til å påpeke at det vanskelig kan være slik at *alle* regler i tilknytning til stillingsvernet kan anses internasjonalt preseptoriske. De internasjonalt tvingende reglene er som nevnt en snever unntaksregel. Det er derfor grunn til å foreta en vurdering av hvilke av reglene som kan høre til denne kategorien. Begrepet ”internasjonalt preseptorisk” er også relativt på den måte at det kan variere fra ett tilfelle til et annet om en stillingsvernsregel får slik status eller ikke. Følgelig er det grunn til å si noe om hva som kan gjøre utslag i enkelttilfeller. I det videre vil det redegjøres for disse forholdene i denne rekkefølgen.

Ved vurderingen av om stillingsvernsregler *kan* anses internasjonalt preseptoriske, må det som nevnt tas utgangspunkt i *reglenes formål*. Formålet bak stillingsvernsreglene er først og fremst å verne arbeidstakers grunnleggende rett til fortsatt arbeid og inntekt. Reglene sikrer fundamentale sosiale rettigheter av betydning for alle arbeidstakere. Dette veier tungt som begrunnelse for at materielle bestemmelser om oppsigelse og avskjed kan anses internasjonalt ufravikelige.

Det er i forbindelse med reglenes formål grunnlag for å skille mellom de typisk materielle rettighetene i stillingsvernsreglene og de mer prosessuelle reglene. Bakgrunnen for dette er at det i første rekke er de materielle reglene som ivaretar det fundamentale sosiale beskyttelsesbehov. Det er således grunn til å tro at når stillingsverns-

reglene er blitt diskutert på generelt grunnlag i de ulike rettskildene, er det de materielle rettighetene det siktes til.

De grunnleggende *materielle* rettighetene i stillingsvernet er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 15-7 om saklig grunn for oppsigelse og § 15-14 om vesentlig mislighold av arbeidsavtalen som vilkår for avskjed. I den arbeidsrettslige litteraturen fremholdes at saklighetskravet ved arbeidsgivers ensidige terminering av arbeidsforholdet er ”den *mest sentrale* bestemmelse” innen oppsigelsesvernet (min kursivering).⁴⁴⁰ Prinsippet ble lovfestet i arbeidervernloven av 1936 § 33⁴⁴¹ og har således lang tradisjon i norsk rett. Vernet mot uberettiget avskjed har enda lengre fartstid, det ble fastsatt allerede i fabrikkarbeidstilsynsloven fra 1892.⁴⁴² Regelen bygget da på alminnelig kontraktsrett og ble også anvendt i forhold til arbeidere utenfor lovens anvendelsesområde. Deres lange tradisjoner i norsk rett vitner om reglens betydning og kan tale for at arbeidsmiljøloven §§ 15-7 om saklig grunn for oppsigelse og 15-14 om avskjed skal anses internasjonalt tvingende. Et annet moment som taler for det samme, er at reglene ligger til grunn for mer spesielle utslag av prinsippet i situasjoner hvor det underliggende beskyttelsesbehov kan være særlig fremtredende. Eksempler på dette er blant annet §§ 15-8 til 15-10 om oppsigelse ved sykdom, svangerskap, militærtjeneste med mer. Disse reglene kan sees som spesialreguleringer av grunnregelen. Der en syk arbeidstaker sies opp i strid med regelen i arbeidsmiljøloven § 15-8, kan oppsigelsen dermed også sies å være i strid med saklighetskravet i § 15-7.

Spørsmålet om *prosessrettslige* utslag av stillingsvernprinsippet har internasjonal rekkevidde har vært berørt i teorien. *Krüger* har tatt til orde for at enkelte regler, blant annet ”stedlige regler om form”, ikke skal anses internasjonalt tvingende.⁴⁴³ Dette harmonerer med den

⁴⁴⁰ Jakhelln (2006) s 416.

⁴⁴¹ Lov om arbeidervern av 19. juni 1936 nr 8. Jakhelln (2006) s 416, Fougner og Holo (2006) s 781, Evju (1991) s 12. Se nærmere om arbeidervernloven § 33 i Rømcke (1936) s 97 flg.

⁴⁴² Se Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m. v. av 27. juni 1892 nr 1 §§ 31 og 41.

⁴⁴³ Krüger (1989) s 894 jfr kapittel 4.3 om norsk teori.

tidligere anførsel om at reglens formål først og fremst taler for at materielle regler anses internasjonalt preseptoriske.

Etter Krügers resonnement kan bestemmelsene i arbeidsmiljøloven §§ 15-4 og 15-5 om formkrav til oppsigelse og avskjed, og om virkninger av formfeil, ikke anses å være av internasjonalt preseptorisk karakter. I motsatt retning taler riktignok at svensk rettspraksis har lagt til grunn at formkrav ved oppsigelse kan være en internasjonalt ufravikelig regel, jfr kapittel 8.4.3. Dette kan etter mitt syn ikke være avgjørende i forhold til norsk rett. Formkrav med mer kan neppe anses som så ”avgjørende for beskyttelsen af [et lands] offentlige interesser, som f.eks. dets politiske, sociale og økonomiske struktur”, at de må anses internasjonalt ufravikelige.⁴⁴⁴

Som det fremgår taler reglens formål for at det primært er den materielle kjernen av stillingsvernsreglene som anses internasjonalt preseptoriske. I det videre er det derfor hovedsakelig dette som vil behandles.

Et annet moment i helhetsvurderingen – sontringen mellom *offentligrettslige og privatrettslige* regler – gir mindre veiledning i denne sammenheng. Stillingsvernsreglene er tradisjonelt ansett som typisk privatrettslige regler. Reglens karakter taler dermed verken *for* at reglene anvendes der arbeidet utføres i Norge, eller *mot* at reglene anvendes ved arbeid i utlandet.

Sontringen mellom offentligrettslige og privatrettslige regler kan likevel ha en betydning i forhold til de mer prosessuelle utslagene av stillingsvernprinsippet. Disse reglene er det imidlertid allerede avgrenset mot på grunnlag av reglens formål. Dette utdypes derfor ikke i det videre.

I norsk rett er det for øvrig først og fremst *juridisk teori og lovutkastet om interlegale lovvalgsregler* som tilsier at stillingsvernsreglene kan være internasjonalt preseptoriske. Disse kildene fremhevet nettopp stillingsvernsreglene som et konkret eksempel på slike regler. Det konkretiseres imidlertid ikke hvilke slike regler dette kan omfatte, ut over at det øyensynlig er det materielle stillingsvernet det siktes til. Disse kildene taler derfor kun for at det eksisterer utslag av stillingsvernprinsippet som undertiden kan anses internasjonalt tvingende. I

⁴⁴⁴ Sml kapittel 6 om Romaforordningen artikkel 9 nr 1.

forhold til enkeltregler i arbeidsmiljøloven er det således liten veiledning å få fra disse kildene.

Svensk rettspraksis (AD 2001 nr 110) bekrefter at det er stillingsvernets materielle innhold som kan ansees internasjonalt ufravikelig. En uttalelse fra Kommisjonen og tysk rettspraksis danner imidlertid en motpol til dette standpunktet. I *uttalelsen fra Kommisjonen*⁴⁴⁵ heter det at stillingsvernregler ikke har noen forbindelseslinje til Romakonvensjonen artikkel 7 nr 2. Kommisjonens utsagn er imidlertid blitt kritisert, først og fremst for å bygge på en for snever forståelse av stillingsvernet.⁴⁴⁶ Også *tysk rettspraksis*⁴⁴⁷ har vært kritisk til å anse de materielle stillingsvernsregler som internasjonalt preseptoriske på et generelt plan. Bakgrunnen for resultatet i de tidligere omtalte saker var at de generelle stillingsvernsreglene etter rettens syn ikke bygde på *offentlige interesser*.⁴⁴⁸ Dette står i motsetning til de mer spesielle stillingsvernsreglene, som for eksempel oppsigelse av handikappede og gravide.

Det avgjørende i norsk rett er *de lege ferenda* en avveining av de *reelle hensyn*, samt *formålet* med reglene. Det vernet arbeidstakere har mot den ubegrunnede personlige ulykke som tap av stilling ofte kan innebære,⁴⁴⁹ må gå foran de hensyn til *forutsigbarhet og innrettelse* som lovvalgsavtaler prøver å fremme. Oppsigelse og avskjed er dramatisk for dem som rammes når dette skjer uten tilstrekkelig tungtveiende grunner, og vern mot dette må anses som et grunnleggende samfunnsmessig hensyn. Vernet mot usaklig oppsigelse og avskjed er, som fremholdt i teorien, ”blant de grunnleggende regler innen arbeidsretten” generelt.⁴⁵⁰ Om arbeidsrettslige regler i det hele tatt skal anses som internasjonalt tvingende, bør derfor dette omfatte kjerneområdet for det materielle stillingsvernet.

⁴⁴⁵ KOM (2003) 458 s 13-14 jfr kapittel 9.1.7.

⁴⁴⁶ Se kapittel 9.1.7, Liukkunen (2004) s 236-237, Evju (2007b), Evju (2001).

⁴⁴⁷ BAG dom 24.08.1989 – 2 AZR 3/89, BAG dom 29.10.1992 – 2 AZR 267/92 jfr kapittel 8.5.3.

⁴⁴⁸ Se kapittel 8.5.3.

⁴⁴⁹ Jakhelln (2006) s 416.

⁴⁵⁰ Jakhelln (2006) s 416.

På tross av at stillingsvernet hører til de internasjonalt tvingende reglenes harde kjerne, er det likevel uvisst om reglene vil anses internasjonalt ufravikelige i ulike konkrete situasjoner. Det er neppe grunnlag for å hevde at prinsippet i § 15-7 kan anses internasjonalt tvingende i enhver sammenheng. Også i denne relasjon må stillingsvernet formodentlig relativiseres. Et hovedsynspunkt vil være *hvor arbeidet utføres*. Der arbeidet utføres i Norge, vil saksforholdet ha en vesentlig tilknytning til Norge og norsk rett. Det vil da sannsynligvis bli lettere å konkludere med at norske materielle stillingsvernregler skal slå igjennom partenes lovvalgsavtale. At sentrale regler i norsk arbeidsrett bør gjelde for arbeid utført i Norge, er i tråd med den grunnleggende tanke i utstasjoneringsdirektivet. Pollard og Hampkjennelsen (Rt. 1985.1319), som kun gjorde unntak for "rent kortvarig oppdrag" her i landet, bygger også på en slik tankegang.

Motsetningen er der arbeidsforholdet har sin sterkeste tilknytning til utlandet, typisk fordi arbeidet helt ut eller i det vesentlige er utført utenlands. For utsendt norsk personell som omfattes av utstasjoneringsdirektivet, vil vertslandets regler få anvendelse. Utenfor direktivets geografiske og saklige virkeområde er det mer usikkert om norske domstoler vil anvende norske materielle stillingsvernsregler på tvers av partenes lovvalg. Det forhold at arbeidet utføres i utlandet, er i seg selv ikke til hinder for at norske domstoler kan skjære igjennom en lovvalgsavtale og legge norsk rett til grunn. Hvis arbeidstakeren gjennom lovvalget i praksis blir nektet rettigheter som etter norsk rett anses som grunnleggende, vil dette trekke i retning av slik gjennomskjæring. Selv om partene har avtalt utenlandsk rett, og selv om arbeidet har vært utført i utlandet, er det således grunn til å anta at norske domstoler som hovedregel vil legge til grunn det fundamentale saklighetskravet. Avledede rettigheter, som retten til å stå stillingen i tilfelle tvist, m.v., omfattes ikke nødvendigvis i denne sammenheng.

Stillingens karakter er et annet moment ved spørsmålet om reglenes internasjonale preseptivitet. Det kan for eksempel være grunn til å reservere seg mot prinsippet internasjonale rekkevidde i forhold til ledende ansatte. Dette kan gjelde en administrerende direktør som i norsk arbeidsrett, i motsetning til i mange andre land, anses omfattes av stillingsvernsreglene. Ansatte i slike posisjoner kan ikke alltid gjøre gjeldende det norske stillingsvernet i strid med det som følger av det

lands lov som er avtalt. Underordnede ansatte som sies opp av grunner som ut fra tradisjon i norsk rett anses klart usaklige, vil derimot lettere anses vernet. Denne sontringen har sin naturlige begrunnelse i at det sosiale beskyttelsesbehov ikke gjør seg gjeldende i samme grad for ledende ansatte. At stillingens karakter kan være et moment ved en konkret helhetsvurdering, er for øvrig lagt til grunn i dansk teori.

Det kan også være grunn til å nyansere i forhold til selve *arbeidstakerbegrepet*, jfr arbeidsmiljølovens § 1-8. En selvstendig oppdrags-taker har i utgangspunktet ikke annet vern mot oppsigelse enn det som måtte følge av kontraktsforholdet. Er arbeidsforholdet rettslig sett i grenselandet mot et oppdragsforhold, er dette et moment som undertiden kan bli vektlagt ved vurderingen av om stillingsvernet skal anses internasjonalt ufravikelig.

Også andre momenter kan tenkes relevante for avgrensingen av prinsippet om et internasjonalt preseptorisk stillingsvern. Et eksempel er *arbeidsgivers begrunnelsestyper*, eller rettere sagt: fravær av begrunnelser. Stillingsvernets karakter som internasjonalt tvingende står muligens sterkere når en usaklig oppsigelse eller urettmessig avskjed reelt er relatert til arbeidstakers forhold, sammenlignet med en grunnløs oppsigelse motivert av arbeidsgivers eget forhold. Dette gjelder imidlertid ikke alltid. For eksempel kan en ubegrunnet nedleggelse av virksomheten etter omstendighetene ramme arbeidstaker like hardt, og det sosiale behov for beskyttelse kan være tilsvarende stort i slikt tilfelle.

De konkrete omstendigheter for oppsigelsen eller avskjeden vil i praksis alltid stå sentralt. Hvor graverende forholdet er, eller eventuelt ikke er, vil således være et moment ved vurderingen av om stillingsvernsreglene anses internasjonalt tvingende. Domstolene vil i denne sammenheng nok ikke være upåvirket av styrken av eventuelle påberopte grunner, eller fravær av grunner. Det er for øvrig et spørsmål om domstolen overhode vil ta opp til drøftelse om stillingsvernsreglene er internasjonalt preseptoriske i et gitt tilfelle, dersom den mener arbeidstakeren kunne vært oppsagt/avskjediget etter norsk rett.

Det fremgår at en eventuell anvendelse av stillingsvernsreglene som internasjonalt preseptoriske regler beror på en konkret helhetsvurdering. Rettskildebildet er imidlertid for skrint til å kunne antyde mer konkrete løsninger enn det som her er presentert.

10.3.2 Feriereglene

Et annet regelsett som har vært berørt i den rettskildemessige analyse, er ferielovgivningen.

Formålet med feriereglene er å sikre en grunnleggende sosial beskyttelse av arbeidstakere. Det er norsk samfunnssyn at arbeidstakere har krav på perioder med fritid som sikrer mulighet for rekreasjon og livskvalitet. Ferie skaper i tillegg overskudd til hverdagen for å kunne utføre arbeidet på best mulig måte. Slik sett er det også i arbeidsgiveres interesse å sørge for at de ansatte har fritid i form av ferie. Spørsmålet er om hensynene bak reglene er så tungtveiende at reglene bør anses internasjonalt preseptoriske.

På samme måte som oppsigelsesreglene er feriereglene tradisjonelt klassifisert som *privatrettslige* etter norsk rett. Dette gir i seg selv ingen sikker indikasjon på at reglene skal anses tvingende for alt arbeid som utføres i Norge. Samtidig er ikke reglenes karakter et avgjørende argument for at reglene ikke gis anvendelse for norske arbeidstakere i utlandet.

Hvorvidt reglene er gitt i *privates eller det offentliges interesse*, kan generelt være et moment, men heller ikke dette gir noen sikker veiledning. Reglene om ferie må trolig anses å være i både det offentliges og privates interesse.

Det er først og fremst diskusjonen i tilknytning til *utstasjoneringsdirektivet* som har indikert at feriereglene kan være tvingende på et internasjonalt plan.⁴⁵¹ Som påpekt er det flere momenter som kan tale for at de reglene som er nevnt i direktivets artikkel 3 nr 1, er internasjonalt preseptoriske ved arbeid i Norge. Rett til feriefritid med lønn er omfattet av minimumsrettighetene etter utstasjoneringsdirektivet. Norge er som vertsland forpliktet til å sikre slike rettigheter for utenlandsk personell som er utstasjonert her i landet. Siden rett til ferie er en grunnleggende sosial rettighet, er det ikke overraskende om domstolene vil anvende minimumsregler i ferieloven for alle arbeidstakere som utfører sitt arbeid i Norge, uten hensyn til partenes lovvalg. På samme måte som for oppsigelsesreglene må det

⁴⁵¹ Jfr kapittel 9.

likevel gjøres et unntak for personell med et rent kortvarig oppdrag i Norge.

For arbeid som utføres i utlandet, blir vurderingen mer usikker. Varigheten av oppholdet, arbeidets art, stillingens karakter og andre omstendigheter vil spille inn i vurderingen av om norske domstoler skal tilsidesette en lovvalgsklausul som innebærer mindre gunstige regler for arbeidstaker.

Samlet sett er det etter mitt syn mer usikkert om feriereglene er internasjonalt preseptoriske enn tilfellet er for stillingsvernsreglene. Reglernes formål, utstasjoneringsdirektivet og dansk rett tilsier at reglene kan ha internasjonal slagvidde, i hvert fall der arbeidet utføres i Norge. Reglernes formål – som er utgangspunkt for vurderingen – og reelle hensyn taler imidlertid ikke like entydig for internasjonal preseptivitet som ved stillingsvernet. Det rettskildemessige belegget er også svakere for å kunne legge til grunn at norske ferieregler går foran det som måtte følge av partenes lovvalg. Det er derfor ikke like sikkert at hensynet til arbeidstakeren må gå foran hensynet til forutberegnelighet og innrettelse på dette området.

Ferieloven er også av nokså positivrettslig karakter. Dette kan tale mot at bestemmelsene gis anvendelse internasjonalt i strid med partenes lovvalg. Regelen om internasjonal preseptivitet må normalt forbeholdes generelle og fundamentale prinsipper. Selv om det er noe mer usikkert, bør konklusjonen likevel være at kjerneprinsippene om ferie i norsk rett – kravet arbeidstaker har på praktisk og økonomisk tilretteleggelse av ferie, jfr ferieloven § 1 – må anses internasjonalt ufravikelige. Det kan derfor antas at norske domstoler vil legge dette til grunn for arbeid som utføres i Norge. Spørsmålet må anses mer åpent i de tilfelle der arbeidet foregår i utlandet.

10.3.3 Annet

I tillegg til oppsigelsesregler og ferieregler har blant annet visse prinsipper fra den kollektive arbeidsrett, om forenings- og forhandlingsplikt, samt fredsplikt, vært et tema i relasjon til spørsmålet om internasjonal preseptivitet. Også regler i arbeidsforhold som har karakter av menneskerettigheter, er blitt nevnt. Her kan nevnes forbud mot forskjellsbehandling, barnarbeid og tvangsarbeid, beskyttelse av

personopplysninger og respekt for privatlivets fred.⁴⁵² Kollektiv arbeidsrett og menneskerettigheter er imidlertid ikke tema i for denne fremstillingen og blir derfor ikke berørt videre. I forhold til menneskerettighetene er det likevel generelt sett neppe tvil om at slike fundamentale regler i norsk rett kan tenkes å få gjennomslagskraft i internasjonale forhold. Dette gjelder uavhengig av om disse har en konvensjonsmessig forankring i for eksempel Den Europeiske Menneskerettskonvensjon eller ILO-konvensjoner, eller ikke.

Utstasjoneringsdirektivet lister opp i artikkel 3 nr 1 en rekke internasjonalt preseptoriske regler som vertslandet plikter å anvende i forhold til utstasjonert personell. Disse sikres dermed samme rettigheter som landets egne arbeidstakere. Tidligere i artikkelen er det antatt at alle rettighetene som hovedregel kan tenkes å få anvendelse, selv om det motsatt skulle følge av partenes lovvalgsavtale.

10.4 Momenter i tvilstilfeller ut over utgangspunktene for vurderingen

Som presisert er det noen få grunnprinsipper som kan kategoriseres som internasjonalt preseptoriske. Spørsmålet er sammenfatningsvis hvordan man skal bedømme de tilfellene der det er usikkert om en bestemmelse har denne status.

I mangel av håndfaste rettskilder vil reelle hensyn stå sentralt ved vurderingen av om en regel må anses internasjonalt preseptorisk. Svaret må bero på en helhetsvurdering der *reglenes art og formål* danner utgangspunktet. Hensynet til *forutberegnelighet og innrettelshensyn* må veies mot hensynet til *vern av arbeidstakeren*.

Ut over dette har Romakonvensjonen artikkel 7 nr 1 fremhevet at de *konkrete konsekvenser* av at reglene brukes eller ikke brukes, kan vektlegges. Det samme gjelder det *allmenne håndhevelsesbehovet i internasjonal sammenheng*. Ønsket om internasjonalt *harmonisering* tilsier at det i seg selv er ønskelig at ulike land har felles regler, det vil si at det bør legges vekt på innholdet av andre lands rett. Avvikende materielle regler vil ellers kunne lede til forum shopping.

I tillegg til disse generelle reelle hensynene må tvilstilfeller avgjøres ut fra sakens *konkrete omstendigheter*. *Arten av rettigheter* i norsk rett som det eventuelt er aktuelt å fravike, står også sentralt.

⁴⁵² Jfr kapittel 9.1.7.

Likeledes må det legges vekt på *stillingens og arbeidets karakter*. I tillegg kan en rekke andre konkrete omstendigheter få betydning. Ut over dette må dommeren søke å finne en løsning som harmonerer med de alminnelige rettsgrunnsetninger i norsk rett. Målet må være å komme til et *godt resultat* i den enkelte sak som også kan danne utgangspunkt for en god regel.⁴⁵³

11 Konklusjon og sluttbemerkninger

Eksistensen av internasjonalt preseptoriske regler i norsk rett er alminnelig erkjent. Det er også en utbredt oppfatning at arbeidsretten kan fremby eksempler på slike regler. Denne fremstillingen har imidlertid vist at det "ikke alltid er indlysende" hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske, for å sitere Grønnboken om omdannelse av Romakonvensjonen.⁴⁵⁴ Dette er gammelt nytt, og det må sies å være en betydelig underdrivelse. Allerede på *Savignys* tid ble avgrensningen omtalt som "die schwerste Aufgabe" (den vanskeligste oppgave).⁴⁵⁵ Situasjonen har ikke endret seg til i dag: Det finnes generelt meget få rettskilder å ta utgangspunkt i – både lov, forarbeider, rettspraksis og teori gir lite. Rettskildesituasjonen bedres heller ikke nevneverdig om man griper til andre og i utgangspunktet mer perifere rettskilder, noe som er lite tilfredsstillende både fra et arbeidstaker- og et arbeidsgiversynspunkt.

Når problemet må anses såpass velkjent, kan det settes spørsmålstegn ved hvorfor man ikke har søkt å få mer klarhet i forholdet. Svaret er nok til en viss grad at problemstillingen sjelden kommer på spissen, og at det krever mye arbeid å lage et klarere regelverk på området. I en viss utstrekning er det også hensiktsmessig å ikke være for presis.⁴⁵⁶ Først og fremst slipper man å lage til dels omfattende regler på et område som i utgangspunktet er komplisert og sammensatt. Fordelen med å overlate anvendelsen av reglene til domstolene, er også at man er sikret en konkret helhetsvurdering av de

⁴⁵³ Sml Gaarder og Bruzelius (1998) s 834.

⁴⁵⁴ Grønbok s 35.

⁴⁵⁵ Eichenhofer (1996) s 68 som henviser til Savignys bok fra 1849 i note 32.

⁴⁵⁶ Grønnboken s 18.

enkelte forholdene. Slik sett blir rettsanvendelsen mer fleksibel og tilpasningsdyktig enn om man skulle hatt en mer mekanisk anvendelse av regler. I forhold til Romakonvensjonen og Roma I-forordningen er det heller ikke til å komme unna at visse kompromisser må inngås når man søker å lage en konvensjon/forordning med et så stort anvendelsesområde.⁴⁵⁷ Det samme blir forholdet hvis det med tiden blir gitt regler tilsvarende disse i Norge. Prisen man betaler for fleksibilitet og tilpasningsdyktighet, er den rettsusikkerheten som kan oppstå i de konkrete situasjoner.⁴⁵⁸

I forhold til det som har vært problemstillingen for denne artikkelen – hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske i arbeidsretten – må det erkjennes at det ikke finnes noe sikkert svar. Det er likevel gode grunner for å konkludere med at oppsigelsesreglene, og da særlig reglene om vern mot usaklig oppsigelse og uberettiget avskjed, er internasjonalt ufravikelige. I tillegg kan det settes spørsmålstejn ved om enkelte ferieregler også kan være internasjonalt tvingende, i hvert fall ved arbeid i Norge. Hva gjelder offentligrettslige regler, må det kunne legges til grunn at slike jevnt over kommer til anvendelse der en utenlandsk arbeidstaker arbeider i Norge. Der en norsk arbeidstaker jobber i utlandet, må konklusjonen derimot stort sett bli at de norske offentligrettslige reglene ikke vil slå igjennom lovvalgsavtalen.

Uavhengig av disse konklusjonene er det viktig å huske på at en regel som gis status som internasjonalt preseptorisk, ikke nødvendigvis vil være dette i ethvert tilfelle.⁴⁵⁹ De konkrete omstendigheter i saker vil alltid være forskjellige, og i tillegg vil resultatet variere med tid og sted i og med at det er en rettslig standard. Anvendelsen av en internasjonalt preseptorisk regel er altså ikke noe som skjer automatisk, tvert imot forutsetter det en analyse av en rekke momenter.⁴⁶⁰ Vurderingen vil i praksis fort bli preget av rimelighetssynspunkter ut fra sakens konkrete omstendigheter. På denne måten er problemstillingen beslektet med den avtalesensur som domstolene foretar med

⁴⁵⁷ Sml Motiver 2 spalte 146.

⁴⁵⁸ Sml Philip (1994) s 180, Svénné Schmidt (2000) s 240-241.

⁴⁵⁹ Svénné Schmidt (2000) s 242 jfr Motiver 2 spalte 175.

⁴⁶⁰ Moss (1999) s 87.

grunnlag i avtaleloven § 36, som adgang til å tilsidesette eller tillempe innholdet av en avtale.

Konsekvensen av at regelen er dynamisk istedenfor statisk, blir at det ikke kan lages noen uttømmende liste over hvilke regler som anses internasjonalt ufravikelige.⁴⁶¹ Tvert imot blir det umulig å avgjøre på forhånd en gang for alle hvilke regler som er internasjonalt preseptoriske.⁴⁶² I forhold til fremtidsutsikter er virkningen av dette at med mindre det skjer omfattende reformer på området, vil “den usikkerhet det [er] i dag om hvor langt avtalefriheten går når det gjelder arbeidsavtaler, trolig ... komme til å fortsette”.⁴⁶³

Referanser

Litteratur

- Aftenposten (2008) Notis: ”14 000 polakker til Norge”, i: *Aftenposten*, morgen, 9. mai 2008, s 11.
- Arnt Nielsen (1997) Peter Arnt Nielsen: *International privat- og procesret*. København, 1997.
- Arnt Nielsen (1998) Peter Arnt Nielsen: *International privat- og procesret. Love og konventioner*. København, 1998.
- Arnt Nielsen (1999) Peter Arnt Nielsen: *International erhvervsret. Privat- og procesret*. København, 1999.
- Arnt Nielsen (2006) Peter Arnt Nielsen: *Internasjonal handelsret*. København, 2006.
- Baumbach, Hopt/Hopt (2008) Klaus Hopt: ”2. Teil, Handelsrechtliche Nebengesetze” i: Klaus J. Hopt og Hanno Merkt (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*. 33. utg. München, 2008.
- Berge m.fl. (2007) Christoffer Berge, Helge Næsheim, Inge Aukrust, Ahmed Mohamed og Birgit Østvedt: ”Sysselsatte og registrerte arbeidsledige på korttidsopphold i Norge”, Oslo, mai 2007, http://www.ssb.no/emner/06/01/rapp_sysarb kort/rapp_200719.pdf, sitert 22.05.2008.
- Berulfsen og Gundersen (2001) Bjarne Berulfsen og Dag Gundersen: *Fremmedord, blå ordbok*. 16. utg. Oslo, 2001.

⁴⁶¹ Moss (1999) s 109, Moss (2002) s 468.

⁴⁶² Moss (1999) s 109, Thue (2002) s 205.

⁴⁶³ Høringsnotat til lovutkast s 26.

- Blok (1981) Peter Blok: ”Replik vedrørende EF-konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser”, *Juristen og økonomen*. 1981, s 119-132.
- Blume (2006) Peter Blume: *Juridisk metodelære. En indføring i rettens og juraens verden*. 4. utg. København, 2006.
- Bogdan (1979) Michael Bogdan: ”Den svenska internationella arbetsrättens grunder”, *Svensk Juristtidning*. 1979, s 81-121.
- Bogdan (2004) Michael Bogdan: *Svensk internationell privat- och processrätt*. 6. utg. Stockholm, 2004.
- Bogdan (2006a) Michael Bogdan: *Internationellt privaträttsliga rättsfall*. 3. utg. Lund, 2006.
- Bogdan (2006b) Michael Bogdan: ”Svensk rättspraxis: internationell privat- och processrätt 2001-2005”, *Svensk Juristtidning*. 2006, s 601-644.
- Bogdan (2008) Michael Bogdan: ”Den nya Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelse”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 s 442-465.
- Bull (2002) Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital. Import av finansielle tjenester*. Oslo, 2002.
- Bygg.no (2008) Bygg.no: ”Byggeplass stengt på grunn av uverdige arbeidsforhold”, 07.03.2008, <http://www.bygg.no/id/30089>, sitert 22.05.2008.
- Cordes og Stenseng (1996) Jørg Cordes og Laila Stenseng: *Studier i internasjonal-privatrettslige lovkonflikter*. Særavhandling ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 1996.
- Cordes og Stenseng (1999) Jørg Cordes og Laila Stenseng: *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*. Oslo, 1999.
- Dahle (2001) Dag Yngve Dahle: ”Flere jobber utlenlands”, 17.11.2001, <http://www.dinside.no/php/art.php?id=27642&versjon=utskrift>, sitert 22.05.2008.
- Dicey m.fl. (2006) Albert Venn Dicey, J.H.C. Morris og Lawrence Collins: *The conflict of laws*. 14. utg. Volume 2, London, 2006.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001.
- Eichenhofer (1996) Eberhard Eichenhofer: ”Arbeitsbedingungen bei Entsendung von Arbeitnehmern”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*. 1996, s 55-82.
- Eklund (2005) Ronnie Eklund m.fl: *Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen under redaktion av Ronnie Eklund*. 2. utg. Stockholm, 2005.
- Evju (1979) Stein Evju: ”Om kontraktsvern, arbeidstilsyn og straff”, i: Stein Evju og Henning Jakhelln m.fl. (red), *Arbeidsrettslige emner*. Oslo, 1979.
- Evju (1991) Stein Evju: ”Aspects of Norwegian Labour Law. Reports and Annotations 1981-1991”, *Institutt for offentlig retts skriftserie*. 1991 nr 8.
- Evju (2001) Stein Evju: ”The European Social Charter”, i: R. Blanpain (ed.), *The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst Century*. (39 Bulletin of Comparative Labour Relations). The Hague/London/Boston. 2001, s 19-32.
- Evju (2003) Stein Evju: ”Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind I, 2003, s 3-32.

- Evju (2006) Stein Evju: *Evaluering av almengjøringsordningen – høring*. Høringsuttalelse, brev av 13. januar 2006 fra Stein Evju til Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Nettpublisert [16.01.2006] på regjeringens hjemmeside: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/dok/hoeringer/hoeringsdok/2005/Horing-Evaluering-av-allmenngjoringsordningen-/2.html?id=97478>.
- Evju (2007a) Stein Evju: "Arbeidskamp og skip – verneting og rettsvalg", *Arbeidsrett*. 2007, s 75-102.
- Evju (2007b) Stein Evju: "The European Social Charter – Instruments and Procedures", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, 2007, s 58-64.
- Evju (2008a) Stein Evju: "Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv", *Arbeidsrett*. 2008, s 1-20.
- Evju (2008b) Stein Evju: "Utstasjonering, vertstatens reguleringsadgang, "ordre public" – EF-domstolens dom 19. juni 2008, sak C-319/06 EF-Kommisjonens mot Luxembourg", *Nytt i privatretten*. 2008 nr 3.
- Evju (2009) Stein Evju, *Posting Past and Present : The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*. FORMULA Working Paper No. 8 (2009), 4-11 (www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/formula-publications/papers/2009/may/index.html).
- Ferrari og Leible (2009) Franco Ferrari og Stefan Leible: *Rome I regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, München, 2009.
- Fleischer (2005) Carl August Fleischer: *Folkerett*. 8. utg, Oslo, 2005.
- Fougner og Holo (2006) Jan Fougner og Lars Holo: *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*. Oslo, 2006.
- Frantzen (2002) Torstein Frantzen: "Omgåelselæren i internasjonal privatrett", i: Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002*. Bergen 2002, s 521-531.
- Franzen (2003) Martin Franzen: "Vertragsstatut und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht (zu BAG, 12. 12. 2001 – 5 AZR 255/00, unten S. 258, Nr. 15)", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. 2003, s 239-243.
- Freitag (2009) Robert Freitag: "Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. 2009 s 109-116.
- Frisch (1985) Wolfgang Frisch: "Das Internationale Schuldrecht der nordischen Länder im Vergleich zu dem europäischen Übereinkommen über das auf Schuldverträge anwendbare Recht", *Europäische Hochschulschriften*. Frankfurt am Main, 1985, s 1-291.
- Gaarder og Bruzelius (1998) Karsten Gaarder og Karin M. Bruzelius: "Internasjonal privat- og prosessrett", i: Kåre Lilleholt (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*. 11. utg. Oslo, 1998, s. 832-840.
- Gaarder og Lundgaard (2000) Karsten Gaarder og Hans Petter Lundgaard: *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. 3. utg. Oslo, 2000.
- Gisle m.fl. (2002) Jon Gisle, Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dordi Gjønnnes, Magnus Matningsdal og Magnus Aarbakke: *Jusleksikon*. 2. utg. Oslo, 2002.

- Glavå (2001) Mats Glavå: *Arbetsrätt*. Lund, 2001.
- Gustafsson (1977) Stig Gustafsson: *Trygghet i anställningen. Lagen om anställningsskydd*. 2. utg. Lund, 1977.
- Hanau (1995) Peter Hanau: "Lohnunterbietung ("Sozialdumping") durch Europarecht", i: Ole Due, Marcus Lutter og Jürgen Schwarze (Herg.), *Festschrift für Ulrich Everling*. Bind I, Baden-Baden, 1995, s 415-431.
- Hannikainen (1988) Lauri Hannikainen: *Peremptory norms (Jus Cogens) in international law. Historical development, criteria, present status*. Helsinki, 1988.
- Hambro (1957) Edvard Hambro: *Jurisdiksjonsvalg og lovvalg i norsk internasjonal kontraktsrett*. Oslo, 1957.
- Hasselbalch (2005) Ole Hasselbalch: *Arbejdsret med tilknyttede dele af arbejdsmiljøretten, socialretten og skatteretten*. 9. utg. København, 2005.
- Hatzidaki-Dahlström (2007) Lea Hatzidaki-Dahlström: "Lex loci laboris – Från gårdagens brist till dagens labyrint", i: Boel Flodgren, Lars Gorton, Birgitta Nyström og Per Samuelsen (red.), *Vänbok till Axel Adlercreutz*. Lund, 2007, s 133-145.
- Hellner (1994) Jan Hellner: *Rättsteori. En introduktion*. 2. utg. Stockholm, 1994.
- Henriksen m.fl. (2008) Øyvind Henriksen, Jon Herland, Johann D. Sundberg, Aleksander Holand Nordahl: "Byggeplass-skandalen: Stordalen-løfte til 16 millioner", 21.05.08, <http://e24.no/lov-og-rett/article2437176-ece>, sitert 22.05.2008.
- Hjelmeng og Kolstad (2006) Erling Hjelmeng og Olav Kolstad: "Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger", *Arbeidsrett*. 2006, s 1-41.
- Holo (2006) Lars Holo: *Ferieloven av 29. april 1988 nr. 21 med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 2006.
- Hoppe (1998) Jeannine Hoppe: "Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland. Kollisionsrechtliche Probleme und internationale Zuständigkeit. Eine Untersuchung anhand praktischer Vertragsgestaltungen", *Schriften zum Internationalen Recht*. Band 105, Berlin, 1998.
- Houwerzijl (2005) Mijke Houwerzijl: "The Posting of Workers Directive: About the Background, Content and Implementation of Directive 96/71/EC", i: *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*. Engelsk sammendrag, Deventer, 2005, s 377-402.
- Høgtun (1955) Gustav Høgtun: *Partenes autonomi og innføring av ensartet internasjonal privatrett*. Oslo, 1955.
- Jakhelln (2006) Henning Jakhelln: *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006.
- Jänträ-Jareborg (1995) Maarit Jänträ-Jareborg: "Internasjonelt tvingande civilrättsregler, fastighetsförmedling och konsumenter – några reflexioner", *Svensk Juristtidning*. 1995, s 374-384.
- Jauernig (2007) Othmar Jauernig: *Zivilprozessrecht*. 29. utg, München, 2007.
- Junker (1992) Abbo Junker: *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*. Tübingen, 1992.

- Junker (1995) Abbo Junker: "Arbeitsrecht im grenzüberschreitenden Konzern – Die kollisionsrechtliche problematik", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*. 1995, s 564-587.
- Junker (1998) Abbo Junker: *Internationales Privatrecht*. München, 1998.
- Junker (2001) Abbo Junker: "Internationales Arbeitsrecht in der Praxis im Blickpunkt: Zwanzig Entscheidungen der Jahre 1994-2000", *Recht der Internationalen Wirtschaft*. 2001, s 94-107.
- Kaasin (2005) Janne Kaasin: *Statens forpliktelser etter EMK artikkel 3 og 8 når privatpersoner utøver seksuell vold mot kvinner*. Spesialoppgave ved Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet, høst 2005. Oppgaven ligger elektronisk på: <http://wo.uio.no/as/WebObjects/theses.woa/wa/these?WORKID=32543>.
- Kolehmainen (1998) Eeva Kolehmainen: "The directive concerning the posting of workers: Synchronization of the functions of national legal systems", *Comparative labor law & policy journal*. Volume 20, 1998, s 71-104.
- Kolehmainen (2002) Eeva Kolehmainen: *The Posted Workers Directive: European Reinforcement of National Labour Protection*. Florence, 2002. Upublisert doktoravhandling.
- Krebber (2000) Sebastian Krebber: "Conflict of laws in employment in Europe", *Comparative labor law & policy journal*. Volume 21, 2000, s 501-541.
- Kristiansen (2001) Jens Kristiansen: *Grundlæggende arbejdsret*. København, 2001.
- Kropholler (2001) Jan Kropholler: *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internaitonalen Zivilverfahrensrechts*. 4. utg. Tübingen, 2001.
- Krüger (1989) Kai Krüger: *Norsk kontraktsrett*. Bergen, 1989.
- Kvalheim og Aale (2008) Berit Kvalheim og Per Kristian Aale: "Polakker i legevaktø", 25.03.2008, <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/-article2325160.ece>, sitert 22.05.2008.
- Lando (1979) Ole Lando: "Arbejdsforhold og international privatret. En rettsammenlignende undersøgelse", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1979 s 1-46.
- Lando (1981) Ole Lando: *Kontraktstatuttet. Udenrigshandelsret II. Danske og fremmede lovvalgsregler om kontrakter*. 3. utg. København, 1981.
- Larenz og Canaris (1995) Karl Larenz og Claus-Wilhelm Canaris: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. utg. Berlin, 1995.
- Liukkunen (2004) Ulla Liukkunen: *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law. A Comparative Study in the Conflict of Laws*. Helsinki, 2004.
- Liukkunen (2005) Ulla Liukkunen: "Norwegian International Labour Law and the European Integration – Some Observations", *Arbeidsrett*. 2005, s 211-217.
- Liukkunen (2006) Ulla Liukkunen: "Cross-Border Services and Choice of Law. A Comparative Study of the European Approach" i: Ulrich Magnus (Hrsg.), *Internationalrechtliche Studien. Beiträge zum Internationalen Privatrecht, zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung*. Band 45, Frankfurt am Main, 2006, s 5-290.

- Lookofsky (2004) Joseph Lookofsky: *International Privatret på formuerettens område*. 3. utg. København, 2004.
- Lønnå (2008) Eline Lønnå: ”Døde på jobb i Norge”, 31.01.2008, <http://www.fri-fagbevegelse.no/loaktuelt/article3319206.ece>, sitert 22.05.2008.
- Magnus og Mankowski (2010) Ulrich Magnus og Peter Mankowski: *Rome I regulation*, Sellier, 2010.
- Mankowski (1994) Peter Mankowski: ”Wichtige Klärungen im Internationalen Arbeitsrecht (zu BAG, 29. 10. 1992 – 2 AZR 267/92, unten S. 123, Nr 12)”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*. 1994, s 88-98.
- Markovska (2007) Violeta Markovska: ”Zwingende Bestimmungen als Schranken der Rechtswahl im Arbeitskollisionsrecht”, *Recht der Arbeit*. 2007, s 352-359.
- Martinger (1998) Sven Martinger: *Norstedts Juridiska Ordbok. Juridik från A till Ö*. 4. utg. Stockholm, 1998.
- Martiny (2006) Dieter Martiny: ”EGBGB Art. 34”, i: Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 4. utg. München, 2006. Finnes online på http://rsw.beck.de/bib/?vpath=%2Fbibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_5_Band1%2FBuch%2Fcont%2FMuekoBGB%2Ehtm.
- Melin (2007) Stefan Melin: *Juridikens begrepp*. 3. utg. Uppsala, 2007.
- Mo (1995) Einar Mo: ”Grunnriss av den norske internasjonale arbeidsretten”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*. 1995, s 924-972.
- Mo og Lolleng (2001) Einar Mo og Geir Lolleng: *Internasjonale arbeidsforhold. Om internasjonal privat- og prosessrett på arbeidsrettens område*. Oslo, 2001.
- Moss (1999) Giuditta Cordero Moss: *International commercial arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules*. Oslo, 1999.
- Moss (2000) Giuditta Cordero Moss: ”Lovvalg i kontraktsforhold – norsk retts Askepott slår tilbake?”, *Jussens Venner*. 2000, s 132-152.
- Moss (2001) Giuditta Cordero Moss: ”Bokanmeldelse – Hovedlinjer Internasjonal privatrett. Cappelen Akademisk Forlag. Oslo 1999, 366 s./ Gaarders innføring i internasjonal privatrett. Universitetforlaget. Oslo 2000, 304 s”, *Lov og Rett*. 2001, s 119-127.
- Moss (2002) Giuditta Cordero Moss: ”Erstatningsrett, kontraktsrett og internasjonalt preseptoriske regler illustrert ved skadelidtes direkte krav mot forsikringselskapet”, i: Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm, Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*. Oslo, 2002, s 461-474.
- Moss (2007) Giuditta Cordero Moss: ”Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 2007, s 679-717.
- Moss (2009) Giuditta Cordero Moss: ”Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett”, *Lov og rett*, 2009 s 67-83.
- Müller (2005) Carsten Müller: *International zwingende Normen des deutschen Arbeitsrechts*. Tübingen, 2005.

- Neergaard og Nielsen (2005) Ulla Neergaard og Ruth Nielsen: *EU Ret*. 4. utg. København, 2005.
- Nergård (1991) Gry Nergård: *Lovvalgskonflikter i kontraktsretten: Romakonvensjonen om hvilken lov som skal anvendes på kontraktsrettslige forpliktelser av 19. juni 1980: Særlig om nærhetsprinsippet*. Særavhandling ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 1991.
- Nielsen (1997) Ruth Nielsen: "International privatret og udstationering af arbejdstagere" i: Lennart Lyngge Andersen, Jens Fejø og Ruth Nielsen (red.), *Festskrift til Ole Lando – Papers dedicated to Ole Lando*. Den 2. september 1997. København, 1997, s 237-257.
- Nielsen (2001) Henrik Karl Nielsen: *Funktionærloven*. 2. utg. København, 2001.
- Nielsen (2006) Ruth Nielsen: *EU-arbejdsret*. 4. utg. København, 2006.
- Philip (1976) Allan Philip: *Dansk international privat- og procesret*. 3. utg. København, 1976.
- Philip (1982) Allan Philip: *EF-IP. 1. Lovvalget i kontraktforhold*. København, 1982.
- Philip (1984) Allan Philip: "EF Konventionen om lovalget i kontraktforhold. En replikk", *Ugeskrift for Retsvæsen*. 1984, s 115-117.
- Philip (1994) Allan Philip: *EU-IP. Europæisk International Privat- og Procesret*. 2. utg. København, 1994.
- Palandt/Heldrich EG 34 (2008) Andreas Heldrich: "EG 34", i: Otto Palandt (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Artikel 1)*. 67. utg. München, 2008, s 2563-2565.
- Palandt/Heinrichs Einleitung (2008) Helmut Heinrichs: "Einleitung", Otto Palandt (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Artikel 1)*. 67. utg. München, 2008, s 1-9.
- Plender og Wilderspin (2001) Richard Plender og Michael Wilderspin: *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law of Contracts*. London, 2001.
- Pryser Libell (2007) Henrik Pryser Libell: "EUs justissamarbeid. En snøball som har begynt å rulle", *Juristkontakt*. Nr 9, 2007, s 16-23.
- Rognlien (1993) Stein Rognlien: *Luganokonvensjonen. Kommentartutgave. Inngrensning av domsmyndighet i sivile saker*. Oslo, 1993.
- Ruud m.fl. (1997) Morten Ruud, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald: *Utvalgte emner i folkerett. Metode – miljø – havrett – handel*. Oslo, 1997.
- Rømcke (1936) Ferdinand Rømcke: *Lov om arbeidervern av 19. juni 1936. Utgitt med anmerkninger og henvisninger*. Oslo, 1936.

- Sannes (1998) Knut Anders Sannes: *Kompendium i internasjonal privatrett*. Oslo, 1998.
- Schaub (2002) Günter Schaub: ”§ 6. Internationales Arbeitsrecht”, i: Günter Schaub, Ulrich Koch, Rüdiger Linck (Hrsg.), *Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*. 10. utg. München, 2002.
- Schlachter (2006) Monika Schlachter: ”Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG)”, i: Thomas Dieterich, Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Günter Schaub (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. 6. utg. München, 2006, s 210-225.
- Schönbohm (2007) Christiane Schönbohm: ”EGBGB Art. 34”, i: Christian Rolfs, Richard Giesen, Ralf Kreikebohm, Peter Udsching (Hrsg.) *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*. 5. utg. München, 2007. Online: <http://rsw.beck.de/bib/default.asp?vpath=%2Fbibdata%2Fkomm%2Fbeckok%2Fcont%2FBeckok%2Ehtm>, 01.09.2007.
- Schricker/Katzenberger (2006) Paul Katzenberger: ”Kommentarer til UrhG § 32b”, i: Gerhard Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht. Kommentar*. 3. utg. München, 2006, s 718-731.
- Sejersted m.fl. (2004) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad: *EØS-rett*. 2. utg. Oslo, 2004.
- Siesby (1983a) Erik Siesby: ”EF-konventionen om lovvalget i kontraktsforhold. Bemærkninger til bemærkninger til lovforslaget af 6. oktober 1983 om gennemførelse af konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, m.v.”, *Ugeskrift for Retsvæsen*. 1983 B, s 429-433.
- Siesby (1983b) Erik Siesby: *Lærebog i international privatret. Almindelig del og formueret*. København, 1983.
- Siesby (1984) Erik Siesby: ”Art. 7 i EF-konventionen om lovvalget i kontraktsforhold. Et svar til Allan Philip.” *Ugeskrift for Retsvæsen*. 1984 B, s 230-232.
- Siesby (1989) Erik Siesby: *Lærebog i international privatret. Almindelig del og formueret*. 2. utg. København, 1989.
- Skaar (2006) Tor Erik Skaar: ”Norge, et arbeids paradisi!”, *Dialog*. 2006 nr 2, <http://www.nordvux.net/page/286/norgeetarbeidsparadis.htm>, sitert 22.05.2008.
- Statistisk sentralbyrå (2008) Statistisk sentralbyrå: ”Framskrivning av innvandrerbefolkningen, 2008-2060. Sterk vekst i innvandrerbefolkningen”, 08.05.2008, <http://www.ssb.no/innvfram/>, sitert 22.05.2008.
- Staudinger/Magnus (2002) Ulrich Magnus: ”Art 30 EGBGB”, Christian Armbrüster, Werner F. Ebke, Rainer Hausmann og Ulrich Magnus (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin, 2002, s 355-423.
- Stensvik (2007a) Kjetil Stensvik: ”Arbeidstakeres mobilitet under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester. Nasjonal regulering av lønns- og arbeidsvilkår ved grenseoverskridende tjenestevirksomhet – særlig om sosial dumping”, *IUSEF*. 2007 nr 51, s 1-145.

- Stensvik (2007b) Kjetil Stensvik: ”Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester”, *Arbeidsrett*. 2007, s 1-42.
- Sundby (1974) Nils Kristian sundby: *Om normer*. Oslo, 1974.
- Svenné Schmidt (2000) Torben Svenné Schmidt: *International formueret*. 2. utg. København, 2000.
- Svensbraaten (ukjent publiseringsdato) Alf Erik Svensbraaten: ”Arbeidstillatelse i Norge. Noen utviklingstrekk 1998 til 2004” [u.å.&s.] http://www.udi.no/upload/Arrangementer/Usortert/Seminar/Arbeidstillatelse%2098_04.pdf, sitert 22.05.2008.
- Sæther (2008) Jens Marius Sæther: ”Vil ikke være andrerangs borgere”, 02.05.2008, <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article346805.ece>, sitert 22.05.2008.
- Thorn (2007) Karsten Thorn: ”Eingriffsnormen”, i: Franco Ferrari og Stefan Leible (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa – Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*. Jena, 2007.
- Thue (1965) Helge Johan Thue: ”Irma-Mignon-formelen. En konfliktskapende regel”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1965 s 587-610.
- Thue (2000) Helge Johan Thue: ”Norwegian Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?”, i: Symeon C. Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, XVth International Congress of Comparative Law, Hague/London/Boston, 2000.
- Thue (2002a) Helge J. Thue: *Internasjonal privatrett. Personrett, familierett og arverett. Alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer*. Oslo, 2002.
- Thue (2002b) Helge Johan Thue: ”Rettsomgåelse i internasjonale saksforhold: Fraus legis”, i: Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm, Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup 70 år*. Oslo, 2002, s 715-728.
- Torvund (2008) Solfrid Torvund: ”Jobb viktigere enn hjemsted”, 11.03.2008, <http://www.bt.no/innenriks/article526174.ece>, sitert 22.05.2008.
- Utlendingsdirektoratet (2008) Utlendingsdirektoratet: ”UDI 20 år: Rekordmange utlendinger med arbeidstillatelse”, 19.05.2008, <http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=9279>, sitert 22.05.2008.
- Utlendingsdirektoratet (2009) Utlendingsdirektoratet: ”Svakere nedgang i gitte arbeidstillatelse”, 17.03.2009, <http://udi.no/templates/Page.aspx?id=9830>, sitert 09.06.2009.
- Wandtke, Bullinger/v. Welser (2006) Marcus von Welser: ”UrhG § 32b”, i: Artur-Axel Wandtke og Winfried Bullinger (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. 2. utg. München, 2006, s 468-472.
- Würthner (2003) Annette Norup Würthner: ”Are the rules of the posted workers directive 96/71/EC internationally mandatory? A study of the posted workers directive 96/71/EC in the light of private international law”, *Skrifter*. 2003 nr 52, s 1-71.

- Zarate-Perez og Guerrieri (2008) Anibal Zarate-Perez og Sophie Guerrieri: "Le nouveau règlement "Rome I", la loi applicable aux obligations contractuelles", 24.09.2008, http://larevue.hammonds.fr/Le-nouveau-reglement-Rome-I,-la-loi-applicable-aux-obligations-contractuelles-_a721.html.
- Zippelius (2006) Reinhold Zippelius: *Juridische Methodenlehre*. 10. utg. München, 2006.

Lovgivning

Norske lover

- Agenturloven Lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56.
- Allmenngjøringsloven Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. av 4. juni 1993 nr 58.
- Arbeidervernloven Lov om arbeidervern av 19. juni 1936 nr 8.
- Arbeidsmiljøloven (1977) Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr 4.
- Arbeidsmiljøloven (2005) Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr 62.
- Arbeidstvistloven Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr 1.
- Diskrimineringsombudsloven Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemda av 10. juni 2005 nr 40.
- Diskrimineringsloven Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. av 3. juni 2005 nr 33.
- Endringslov til arbeidsmiljøloven Lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr 4. om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven) av 7. januar 2000 nr 3.
- Fabrikkarbeidstilsynsloven Lov om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m. v. av 27. juni 1892 nr 1.
- Ferieloven Lov om ferie av 29. april 1988 nr 21.
- Forbrukerkjøpsloven Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr 34
- Forsikringslovvalgsloven Lov om lovvalg i forsikring av 27. november 1992 nr 111.
- Finansavtaleloven Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999 nr 46.
- Grunnloven Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
- Internasjonalt skipsregisterloven (NIS) Lov om norsk internasjonalt skipsregister av 12. juni 1987 nr 48.
- Inntekt og utbyttestopp Lov om inntekt og utbyttestopp av 7. mars 1988 nr 10.
- Inntekt og utbytteregulering Lov om inntekt- og utbytteregulering av 22. april 1988 nr 16.
- Kjøpslovvalgsloven Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp av 3. april 1964 nr 1.
- Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) Lov av 15. april 1687.

- Likestillingsloven Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr 45.
- Luganokonvensjonsloven Lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker av 8. januar 1993 nr 21.
- Menneskerettighetsloven Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr 30.
- Sjøloven Lov om sjøfarten av 20. juli 1983 nr 1 (opphevet).
- Sjømannsloven Lov av 30. mai 1975 nr 18.
- Tvistemålsloven Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr 6.

Danske lover

- Betalingskortloven Bekendtgørelse af lov om betalingskort m.v. av 12. september 1994 nr 811.
- Ferieloven Bekendtgørelse af Ferielov av 28. mai 2004 nr 407.
- Funktionærloven Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer av 21. januar 2005 nr 68.
- Handelsagentloven Lov om handelsagenter og handelsrejsende av 02. mai 1990 nr 272.
- Romkonventionsloven Lov om gennemførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, m.v. av 9. mai 1984 nr 188.
- Søloven Bekendtgørelse af søloven af 15. juni 2004 nr 538.

Svenske lover

- Lag om tillämplig lag för vissa försäkringsavtal Lag (1993:645).
- Lag om tillämplig lag för avtalsförpliktelser Lag (1998:167).
- LAS 1974 Lag om anställningsskydd av 9. januar 1974 (opphevet).
- LAS 1982 Lag (1982:80) om anställningsskydd.
- Medbestemmelsesloven Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.
- Utstasjoneringensloven Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagere.
- Sjölagen Sjölag (1994:1009).

Tyske lover

- Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen av 26.02.1996, BGBI. I s 227, sist endret 12.08.2005, BGBI. I s 2354.
- Arbeitszeitgesetz (ArbZG) Lov av 06.06.1994, BGBI. I s 1170, sist endret ved lov av 24.12.2003, BGBI. I s 3002.
- Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer av 08.01.1963, BGBI. I s 2, sist endret ved lov av 07.05.2002, BGBI. I a 1529.

- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Lov av 18.08.1896, RGBl. s 195
- i den formen den hadde etter Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz av 25.09.1996, 25.09.1996, BGBI. I s 1476.
 - i den formen den hadde etter siste kunngjøring 02.01.2002, BGBI. I s 42 og BGBI. I 2003 s. 738, sist endret ved das 2. Justizmodernisierungsgesetz av 22.12.2006 BGBI. I s 3416.
- Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) Kunngjort 21.09.1994, BGBI. I 2494, sist endret 26.05.2005, BGBI. I s 1425.
- Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch (EGHGB) Lov av 10.05.1987, Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4101-1, sist endret ved art 5 G av 23.11.2007 I 2631.
- Kündigungsschutzgesetz (KSchG) I den form den hadde ved bekjentgjørelse av 25. august 1969 (BGBI. I s 1317), sist endret ved lov av 19. november 2004 (BGBI. I s 2902).
- Urheberrechtsgesetz (UrhG) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte av 09.09.1965, BGBI. I s. 1273, sist endret ved artikkel 12 nr 4 ved lov av 13. desember 2007, BGBI. I s. 2897.

Sveitsiske lover

Bundesgesetz über das International Privatrecht (IPRG). Lov av 18. desember 1987

Forarbeider

Norske forarbeider

- Høringsbrev "Høring – Grønnebok om mulige endringer i Romakonvensjonen av 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område", brev fra Justisdepartementet til høringsinstansene, 200206128 EP HCH/IHO/bj, 13. juni 2003.
- Høringsnotat "Høringsnotat – Utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område", brev fra Justisdepartementet til høringsinstansene, Jnr 1450/85 E BN/uwg, 20. mai 1985.
- Lovutkast Utkast til lov om interlegale lovvalgsregler på formuerettens område, 20. mai 1985, Jnr 1450/85 E BN/uwg. Justisdepartementet.
- Ot.prp. nr. 72 (1991-1992) Om lov om lovvalg i forsikringsavtaler
- Ot.prp. nr. 49 (1991-1992) Om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven).
- Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

Danske forarbeider

- Til betalingskortloven Forarbeid til den tidligere betalingskortloven (lov nr 811 av 12. september 1994): Tillægg A til Folketingstidende. Fremsatte lovforslag m.v. (undtagen finans- og tillægsbevillingslovforslag), folketingsåret 1983-84, 2. samling, København 1985.

Lovforslag L 47	Lovforslag nr L. 47 til lov om udstationering af lønmodtagere, fremsatt 13. oktober 1999. Inntatt i tillæg A til Folketingstidende, folketingsåret 1999-2000, 151. årgang, bind II, side 801-1456, København, 2001, s 1216 flg.
Motiver 1	Motiver til lovforslaget om gjennomførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes kontraktlige forpligtelser m.v. i Folketingstidende 1983-84, 1. samling, tillæg A.
Motiver 2	Motiver til lovforslaget om gjennomførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes kontraktlige forpligtelser m.v. i Folketingstidende 1983-84, 2. samling, tillæg A.
Oversigt 1	Oversigt 1983-84, 1. samling Forslag til lov om gjennomførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, m.v. Lov nr 188 af 9. mai 1984.
Oversigt 2	Oversigt 1983-84, 2. samling Lov om gjennomførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpliktelser m.v. Lov nr 188 af 9. mai 1984.

Svenske forarbeider

Prop. 1973:129	Proposition 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd.
Prop. 1992/93:222	Proposition 1992/93:222 om ändringar i svensk försäkringsavtalsrätt med anledning av EES-avtalet.
Prop. 1997/98:14	Proposition 1997/98:14 om Romakonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelse
SOU 1998:52	Statens offentliga utredningar 1998:52 om utstationering av arbetstagere, mars 1998.

Tyske forarbeider

Til Arbeitsnehmerentsendegesetz	Regierungsbegründung, Bundestags-Drucksache 13/2418, Deutscher Bundestag, 13. Wahlperiode, 22. 09. 95.
Til Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche	Bundestags-Drucksache 10/504, Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, 20. 10. 83.

Rettspraksis

Norsk rettspraksis	Rt. 1934.152
Norsk Retstidene	Rt. 1937.888
Rt. 1923 II s 58	Rt. 1939.205
Rt. 1927.663	Rt. 1953.1132
Rt. 1927.794	Rt. 1953 II.59
Rt. 1931.1185	Rt. 1955.403
	Rt. 1969.664

Rt. 1985.1319

Rt. 1989.231

Rt. 2002.180

Rt. 2006.1008

Norsk Arbeidsrettslig Domssamling

NAD 1984-85 s 782 (Høyesteretts

kjæremålsutvalg)

NAD 1987 s 1051, (Stavanger byrett)

Dommer og kjennelser av Arbeidsretten

ARD 1988.240

ARD 1989. 80

Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender

ND 1985 s 158

Utrykte avgjørelser

LB-2006-59524

LA-2007-17477 (RG 2007-1489)

Gulating lagmannsrett, kjennelse av 4. september 1985, sak nr 85/1985.

Dansk rettspraksis

Ugeskrift for Retsvæsen

UfR 2000.1099 H

UfR 1963.342 SH

Svensk rettspraksis

Arbetsdomstolens domar

AD 2001 nr 110.

AD 2004 nr 45.

Tysk rettspraksis

Bundesarbeitsgericht

BAG dom 12.12.2001 – 5 AZR 255/00

BAG dom 31.10.1992 – 2 AZR 267/92

BAG dom 24.08.1989 – 2 AZR 3/89

Landesarbeitsgericht

LAG Hessen dom 16.11.1999 – 4 Sa

463/99, NZA-PR 2000 s. 401

EF-domstolens praksis

Arblade Forente saker C-369/96 og C-376/96, Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL og Barnard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL, Saml. 1999 s I-8453.

Ingmar Sak C-381/98, Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc., Saml. 2000 s I-9305.

Laval Sak C-341/05, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdeling 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet, Saml. 2007 s I-11767.

Luxembourg Sak C-319/06, Commission of the European Communities mot Grand Duchy of Luxembourg, Saml. 2008 I-4323.

Rüffert Sak C-346/06, Dirk Rüffert som bobestyrer for konkursboet etter Objekt und Bauregie GmbH & Co KG mot Land Niedersachsen, 2008, Saml. 2008 s I-1989.

Wolff & Müller Sak C-60/03, Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix, Saml. 2004 s I-9553.

Uttalelser fra Kommisjonen for Det europeiske fællesskap

Erklæring 227/96 fra Rådet og Kommisjonen, "Rådsnoten".

KOM (2002) 654 endelig: Grønbog om omdannelse af Rom-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpliktelse, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser av Kommissionen for de europæiske fællesskaber, Brussel, 14.01.2003, "Grønnbok".

Report from the Commission services on the implementation of 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, januar 2003

KOM (2003) 458 endelig: Gennemførelse af direktive 96/71/EF i medlemsstaterne, 25. juli 2003.

KOM (2003) 548 endelig: Udtalelse fra Kommissionen i henhold til artikel 48 i traktaten om Den Europæiske Union om afholdelse af en konference mellem repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer med henblik på ændring af traktaterne, Brussel, 17. september 2003.

KOM (2005) 650 endelig: Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelse (Rom I), Brussel, 15. desember 2005, 2005/0261 (COD), "Roma I".

KOM (2006) 159 endelig: Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, Brussel, 4. april 2006.

Commission recommendation of 3. april 2008 on enhanced administrative cooperation in the context of the posting of workers in the framework of the provision of services, 2008/C 85/01, Official Journal 85/1-4 jfr Corrigendum, Official Journal C 89/18, 10. april 2008.

Diverse

Giuliano og Lagarde-rapporten

Forarbejder til Romakonvensjonen, skrevet av Mario Giuliano og Paul Lagarde. Journal officiel n° C 282 du 31/10/1980 p. 1 – 50. Forarbeidene er tilgjengelige på www.rome-convention.org.

Haagkonferansens statutter

Statute of the Hague Conference on private international law av 31. oktober 1951. Statuttene finnes på Haagkonferansens hjemmeside: <http://www.hcch.net>.