

Tarifflike vilkår som EØS-rettslig restriksjon

ILO-konvensjon nr. 94 og tjenestefriheten i EU/EØS*

Av Joakim Augeli Karlsen⁺ og Stein Evju⁺⁺

1	Emnet	3
1.1	Introduksjon.....	3
1.2	Bakgrunn, internasjonalt og nasjonalt	4
1.21	EU/EØS-rettslige utgangspunkter	4
1.22	ILO-konvensjon nr. 94 – en introduksjon	6
1.23	Norge og konvensjon nr. 94	7
1.3	Problemstillinger og opplegg	8
1.4	Avgrensninger	9
1.5	Noen metodiske bemerkninger.....	10
2	ILO-konvensjon nr. 94, Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949	14
2.1	Introduksjon – ILO i et glimt.....	14
2.2	Konvensjons bakgrunn, formål og sammenheng	18
2.3	Nærmere om hvilke kontrakter som omfattes av konvensjonen	20
2.31	Offentlige sentrale myndigheter.....	21
2.32	Utbetaling av offentlige midler og sysselsetting av arbeidstakere	22
2.33	Tjeneste- og byggekontrakter.....	23
2.34	Underentreprenører og kontraktsmedhjelpere.....	24
2.35	Unntak.....	25
2.36	Oppsummering.....	25
2.4	Arbeidsklausulenes ufravikelige innhold.....	26
2.41	Innledning, kravet om klausuler.....	26
2.42	Hvilke typer lønns- og arbeidsvilkår skal gjøres gjeldende (tematiske begrensninger)	27
2.43	Hvilke nasjonale kilder er bestemmende for klausulenes innhold?.....	28
2.44	Nærmere om beskyttelsesnivået konvensjonen foreskriver	30
2.45	Hva hvis tariffavtale mangler.....	32
2.5	Oppfølging og andre forpliktelser etter konvensjonen	33
2.6	Sammenfatning	34
3	Norge og ILO-konvensjon nr. 94	35
3.1	Innledning.....	35
3.2	ILO-konvensjon nr. 94 i eldre forarbeider (1950-1988)	36
3.3	Allmenngjøringslov og ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 (1990-1996).....	38
4	Handlingsplan mot sosial dumping og tarifflik lønn ved kommunale anskaffelser	45
4.1	Innledning og problemstilling	45
4.2	Gjennomføring av konvensjonen i anskaffelsesloven § 11 a	46
4.3	Foreslåtte forskriftsendringer.....	49

(forts. s. 2)

* Artikkelen bygger på Joakim Augeli Karlsens masteravhandling, skrevet som vitenskapelig assistent ved Arbeidsrettsgruppen, Institutt for privatrett, 2008–2009. Fremstillingen er i etterhånd bearbeidet av Evju i samarbeid med Karlsen.

⁺ Joakim Augeli Karlsen (f. 1982) er Master i rettsvitenskap 2008 (UiO). Han var første-konsulent i Arbeidsdepartementet 2009/2010, og er advokatfullmektig i Advokatfirma et Selmer DA fra 2010.

⁺⁺ Stein Evju (f. 1946) er professor i arbeidsrett (UiO) og bl.a. leder for Arbeidsrettegruppen ved Institutt for privatrett.

5	EF/EØS-rettens begrensninger for anvendelse av nasjonale arbeidsrettslige reguleringer	50
5.1	<i>Innledning og problemstillinger</i>	50
5.2	<i>Felleskapsrettslige utgangspunkter og innpassing av utsending</i>	51
5.3	<i>Utstasjonering og lønnskurransen under restriksjonsforbudet</i>	53
5.4	<i>Anvendelse av nasjonale reguleringer under restriksjonsforbudet</i>	54
5.5	<i>Rettferdiggjøring av ikke-diskriminerende restriksjoner</i>	56
5.51	<i>Innledning</i>	56
5.52	<i>Tvingende allmenne hensyn</i>	56
5.53	<i>Fordelskravet</i>	58
5.54	<i>Proporsjonalitet</i>	60
5.55	<i>Sammenfatning og betraktninger</i>	62
6	Utstasjoneringdirektivet og nyere rettspraksis om utsending	64
6.1	<i>Innledning og problemstillinger</i>	64
6.2	<i>Hovedpunkter om utsendingsdirektivet</i>	65
6.21	<i>Direktivets fremvekst og rettslige grunnlag</i>	65
6.22	<i>Anvendelsesområde og hovedregel</i>	66
6.23	<i>Forholdet til anskaffelsesreglene</i>	69
6.24	<i>Direktivets lovvalgs karakter og internasjonal privatrett</i>	71
6.3	<i>Kort om problemstillingene og domstolens metode i Laval, Rüffert og Luxembourg</i>	73
6.4	<i>Hvilke typer nasjonale reguleringer kan anvendes ved utsending</i>	74
6.41	<i>Problemstillingen</i>	74
6.42	<i>Kjernevilkårene i art. 3(1) og forholdet til læren om rettferdiggjøring</i>	74
6.43	<i>Reguleringer utenfor kjernevilkårene</i>	77
6.44	<i>Sammenfatning og betraktninger</i>	83
6.5	<i>Reguleringsmåter for anvendelse av vertsstatsreguleringer</i>	85
6.51	<i>Problemstillingen</i>	85
6.52	<i>Reguleringsformer og rekkevidde</i>	85
6.53	<i>Rettspraksis om metoder for fastsettelse av vertsstatsreguleringer</i>	88
6.54	<i>Særlig om tariffavtaler som gjelder generelt</i>	92
6.55	<i>Sammenfatning og betraktninger</i>	96
6.6	<i>Nivåmessige begrensninger – særlig om minstelønn</i>	97
6.61	<i>Introduksjon og problemstilling</i>	97
6.62	<i>Utsendingsdirektivets minstelønnsbegrep</i>	98
a)	<i>Nivåspørsmålet</i>	98
b)	<i>Minstelønnens omfang</i>	102
6.63	<i>Hvilke(t) allmenne hensyn kan begrunne krav om anvendelse av minstelønn?</i>	105
6.64	<i>Hvilken lønn gir fair konkurranse og beskyttelse av arbeidstakerne?</i>	108
7	Normkonflikt mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EØS-retten?.....	109
7.1	<i>Innledning og problemstillinger</i>	109
7.2	<i>Konflikt mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EUs tjenestefrihetsregler?</i>	110
7.2	<i>Den EU-rettslige situasjon for medlemsstater som har ratifisert</i>	112
7.4	<i>EØS-rettslig oppsigelsesplikt?</i>	116
	Referanser.....	1188
	<i>Litteratur</i>	1188
	<i>Offentlige dokumenter</i>	124
	<i>Diverse dokumenter</i>	125
	<i>Utenlandske forarbeider og betenknninger</i>	125
	<i>ILO-dokumenter</i>	125
	<i>Domsregister</i>	126
	<i>Norges Høyesterett</i>	126
	<i>Rettspraksis fra EF-domstolen</i>	126
	<i>Rettspraksis fra EFTA-domstolen</i>	128
	<i>Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol</i>	128

1 Emnet

1.1 Introduksjon

EØS-retten setter grenser for hvilke krav vi kan pålegge en grensekryssende tjenesteyter å overholde overfor sine arbeidstakere når de er i Norge. ILO-konvensjon nr. 94 om «arbeidsklausuler» i offentlige kontrakter¹ krever på sin side at visse standarder skal gjøres gjeldende. De to regelsettene har delvis overlappende anvendelsesområder. I det ligger et potensiale for konflikt. Det er ikke enestående.

Vi har allerede sett hvordan EU-retten og grunnleggende folkerettslige arbeidslivsstandarder i ILO-konvensjoner har støtt sammen i konflikt på et beslektet område. EF-domstolens avgjørelser i det som ofte kalles «Laval-kvartetten», *Viking Line*,² *Laval*,³ *Rüffert*⁴ og *Kommisjonen mot Luxembourg*,⁵ har alle til felles at resultatet prioriterer fri bevegelse fremfor vern av etablerte virkemidler for å motvirke press på arbeidstakeres rettigheter. Særlig *Viking* og *Laval* har aktualisert spørsmål om fellesskapsrettens begrensninger for adgangen til arbeidskamp er uforenlig med retten til å danne, slutte seg til og utøve fagforeningsrettigheter slik disse er sikret blant annet i ILO-konvensjonene nr. 87,⁶ 98⁷ og 154⁸ samt Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 11.⁹ Disse avgjørelsene har siden vært gjenstand

¹ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949.

² Sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti* [2007] EFD I-10779.

³ Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet* [2007] EFD I-11767.

⁴ Sak C-346/06 *Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen* [2008] EFD I-1989.

⁵ Sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxembourg* [2008] EFD I-4323.

⁶ Convention No. 87, Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948.

⁷ Convention No. 98, Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949.

⁸ Convention No. 154, Convention concerning the Promotion of Collective Bargaining, 1981.

⁹ Se til dette f.eks. Evju 2011.

for stor oppmerksomhet, både blant myndigheter og arbeidsmarkedsparter på europeisk og nasjonale plan og i rettslitteraturen. Litteraturen om dommene er nærmest overveldende. Det er imidlertid ikke dette temaet i seg selv som er emnet for denne artikkelen. Men samlet sett viser avgjørelsene at internasjonale forpliktelser utenfor ikke uten videre lar seg innpasse i EU-retten.

Det potensialet for konflikt som vi har pekt på helt innledningsvis, er i høy grad aktuelt. Det har en særlig aktualitet for Norge, idet EFTA Surveillance Authority, ESA, gjør gjeldende at den norske reguleringen som skal gjennomføre ILO-konvensjon nr. 94, i forskriftene til lov om offentlige anskaffelser¹⁰, ikke er forenlig med EØS-rettens tjenestefrihetsregler. Men problemstillingen, og de spørsmålene som tas opp i denne artikkelen, har relevans også utenfor Norge. I alt ti av dagens EU-stater har ratifisert og derved bundet seg til å anvende ILO-konvensjonen.¹¹

Det er ikke den konkrete saken med Norge, men den bakenforliggende problemstillingen, som er hovedperspektivet for den følgende fremstillingen. Temaet er da hvordan rettsstilstanden etter «Lavalkvartetten» står i forhold til andre internasjonale reguleringer, først og fremst ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige kontrakter.

1.2 Bakgrunn, internasjonalt og nasjonalt

1.2.1 EU/EØS-rettslige utgangspunkter

Den europeiske integrasjonen har medført større mobilitet på arbeidsmarkedet. Avgivelse av nasjonalt selvstyre i bytte mot økonomisk samkvem ved grensekryssende handel har på den annen side satt nasjonale arbeidsrettslige reguleringer og tariffavtalte ordninger under press. Når utenlandske tjenesteytere bringer med seg sine arbeidstakere for å utføre tjenesteoppdrag i en annen stat enn den virksomheten er etablert i, oppstår det mange og ulike rettslige spørsmål.

¹⁰ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, jfr. forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

¹¹ Belgia, Bulgaria, Danmark, Finland, Frankrike, Italia, Kypros, Nederland, Spania og Østerrike.

Siktemålet er ikke å behandle alle slike spørsmål. Utgangspunktet for denne artikkelen knytter seg til regulering av *lønns- og arbeidsvilkår*.

Det er et grunnleggende trekk ved EU-retten på andre områder at markedsaktørene kan utnytte etableringslandets konkurransefortrinn, herunder lønnsnivå, ved konkurranse om oppdrag i andre EØS-stater. Men der utføring av tjenester forutsetter at arbeidstakere forflytter seg over grensene til den stat der tjenesten skal ytes, gjelder ikke dette utgangspunktet uten unntak. Her gjelder det en særskilt, sekundærrettslig, regulering med *utstasjoneringsdirektivet*.¹² Direktivet krever at vertsstaten, etter nærmere angitte regler, skal sikre utstasjonerte arbeidstakere på sitt territorium visse minstestandarder, en «kjerne» av lønns- og arbeidsvilkår.¹³

Utstasjoneringsdirektivets regler gjelder ikke spesielt for, men kan også omfatte, offentlige anbudskontrakter. Særskilte avtaler som innebærer at tilreisende arbeidstakere skal tilbys de samme lønns- og arbeidsvilkår som lokalt etablerte arbeidstakere, bidrar til å løfte lønnskostnader ut av konkurransen ved anbudsprosesser. Det kan være problematisk hensett til utgangspunktet om at alle EØS-stater skal konkurrere på alle parametre som ikke er underlagt EU-rettslig lovgivning. Lønnsnivået i EU er som kjent ikke harmonisert, og lønnsforskjellene er store.¹⁴

EU-domstolens rettspraksis viser at utstasjoneringsdirektivet også medfører *begrensninger* for hvilke lønns- og arbeidsvilkår arbeidsstaten (vertsstaten) kan gjøre gjeldende. Anlegges det en markedsrettet tolkning av direktivet og EF-traktaten – fra 1. desember 2009 Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsmåte (TFEU)¹⁵ – kan det stilles spørsmål om fellesskapsrettens tjenesteregler står i konflikt med

¹² Europaparlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere som ledd i utveksling av tjenesteytelse.

¹³ Det er unødvendig å gå inn på enkelthetene her. Litteraturen om direktivet og utstasjonering er omfattende. Vi nøyer oss med å vise til noen hjemlige fremstillinger, Evju 2008a, 2008b, 2009b.

¹⁴ Lovfestet minstelønn (måned) i EU per annet kvartal 2011 varierte fra 122,70 € i Bulgaria til 1 757,60 € i Luxembourg. (Kilde: Eurostat, http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=earn_mw_cur&lang=en.)

¹⁵ Jf. Konsoliderte utgaver av traktaten om den Europeiske Union og traktaten om den Europeiske Unions funksjonsmåte, EU-Tidende 9.5.2008 C 115/1.

ILO-konvensjon nr. 94. Som nevnt i 1.1 er nettopp den problemstillingen aktualisert i EFTA-pillaren.

1.22 ILO-konvensjon nr. 94 – en introduksjon

ILOs konvensjon nr. 94 er titulert «Labour Clauses (Public Contracts) Convention», konvensjonen om «arbeidsklausuler» i offentlige kontrakter. Betegnelsen «arbeidsklausuler» er kanskje ikke umiddelbart lett å forstå. På norsk vil det være mer betegnende å snakke om «klausuler om lønns- og arbeidsvilkår». Det er dette som er kjernepunktet i konvensjonen. Da ILOs arbeidskonferanse vedtok konvensjonen i 1949, var formålet å sikre at statlig markedsrett skal anvendes for å unngå press på lokalt opparbeidede arbeidstakerrettigheter. Konvensjonens hovedregel i artikkel 2 fastsetter at ratifiserende stater skal sørge for (med visse unntak) at det tas inn klausuler i offentlige kontrakter som pålegger tjenesteytere å tilby lønns- og arbeidsvilkår til ansatte som ikke er dårligere enn det etablerte nivå for tilsvarende arbeid:

«Article 2

1. Contracts to which this Convention applies shall include clauses ensuring to the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on--

(a) by collective agreement or other recognised machinery of negotiation between organisations of employers and workers representative respectively of substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned; or

(b) by arbitration award; or

(c) by national laws or regulations.»

Formålet er at det offentlige skal opptre som en modelloppdragsgiver med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår ved å respektere tariffavtalte vilkår og dermed unnta lønnskostnader fra konkurransegrunnlaget for offentlige kontrakter, også for at etablerte standarder, tariffavtaler og organisasjoner ikke skal undergraves. Dette innebærer normalt at lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere sysselsatt under disse kontrakter skal tilsvare det tariffavtalte nivå.

ILO-konvensjon nr. 94 er blant de konvensjoner som er klassifisert som et «up-to-date instrument» som ILO oppfordrer medlemsstatene til å ratifisere.¹⁶

1.23 Norge og konvensjon nr. 94

Norge ratifiserte konvensjon nr. 94 først 12. februar 1996.¹⁷ Spørsmålet om ratifikasjon var tatt opp tidligere i forbindelse med EØS-prosessen, blant annet av LO, og tilsvarende krav var innført for sentrale statsinstitusjoner fem år tidligere.¹⁸ For andre offentlige organer, særlig kommuner, gjaldt derimot ikke slike regler. Temaet ble tatt opp i Regjeringen Stoltenberg IIs politiske plattform og dens arbeid med «handlingsplaner mot sosial dumping» fra tiltredelsen høsten i 2005.¹⁹ Etter en lengre prosess førte det til en ny forskrift til anskaffelsesloven i 2008, forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Den omfatter såvel statlige som kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer (§ 3). Bestemmelsene om lønns og arbeidsvilkår, som ofte omtales som «antikontraktørklausulen», finnes i § 5, som lyder:

¹⁶ Klassifikasjonen «up-to-date instrument» bygger på en gjennomgåelse av konvensjoner mht. om de er avløst av andre, har et aktuelt innhold i dagens samfunn, har et tilstrekkelig antall ratifikasjoner, osv. Den er vesentlig i ILOs standardsettende arbeid nettopp fordi klassifikasjonen er basis for arbeid med å få medlemsstatene til å ratifisere.

¹⁷ Jf. St.prp. nr. 62 (1994-95) Samtykke til ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 og tiltreding til ILO-rekommandasjon nr. 84 om arbeidarklausular i offentlege arbeidskontraktar, vedtekne på Arbeidskonferansen i Genève 1949 (Brundtland III), Innst. S. nr. 28 (1995-96), vedtak om samtykke til ratifikasjon ble truffet i Stortinget 7. november 1995; ratifikasjonsdatoen finnes på ILOLEX.

¹⁸ Daværende Næringsdepartementet fastsatte første gang «antikontraktørklausulen» med virkning fra desember 1991. I november 1992 ble det fastsatt en ny klausul til erstatning av den foregående. Jfr. Ot.prp. nr. (1997-98), avsnitt 11.5.

¹⁹ Jf. «Soria Moria-erklæringen», Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-09, s. 36, St.meld. nr. 9 (2005-2006) Om overgangsordningane for arbeidstakarar frå dei nye EØS-landa mv. s 14, St. meld. nr. 2 (2005-2006) Revidert nasjonalbudsjett 2006 s. 64, og for en oversikt Alsos m.fl. 2008.

«§ 5 Krav til kontraktsklausul om lønns- og arbeidsvilkår

Oppdragsgiver skal i sine kontrakter stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Dette gjelder også for arbeid som skal utføres i utlandet.

Oppdragsgiver skal kreve at leverandøren og eventuelle underleverandører på forespørsel må dokumentere lønns- og arbeidsvilkårene til ansatte som medvirker til å oppfylle kontrakten.

Oppdragsgiver skal forbeholde seg retten til å gjennomføre nødvendige sanksjoner, dersom leverandøren eller eventuelle underleverandører ikke etterlever kontraktsklausulen om lønns- og arbeidsvilkår. Sanksjonen skal være egnet til å påvirke leverandøren eller underleverandøren til å oppfylle kontraktsklausulen.»

1.3 Problemstillinger og opplegg

Den overordnede problemstillingen for denne fremstillingen er, som allerede antydnet, hvorvidt det er konflikt mellom de forpliktelsene som påhviler en ratifiserende stat etter ILO-konvensjon nr. 94, og de forpliktelsene – skrankene – som følger av EU/EØS-retten. Her er det flere delproblemstillinger.

- For det første må det undersøkes hva ILO-konvensjon nr. 94 gir anvisning på med hensyn til hvilke *typer* av reguleringer – det vil her si hvilke typer av lønns- og arbeidsvilkår – en vertsstat kan eller skal gjøres gjeldende overfor utenlandske arbeidstakere.
- Det samme må gjøres for TFEU artikkel 56 og 57/EØS-avtalens artikkel 36.
- Et neste spørsmål er hvilke *rettslige instrumenter* og metoder vertsstaten og dens aktører på arbeidsmarkedet kan eller må anvende dersom vertsstatsreguleringer skal gis anvendelse for utenlandske arbeidstakere som oppfyller tjenestekontrakter.
- Dessuten er et sentralt spørsmål hvilket *nivå* vertsstatens arbeidsrettslige reguleringer kan eller skal angi etter henholdsvis fellesskapsretten og konvensjonen.

Fremstillingen videre er likevel ikke disponert ut fra en slik inndeling av problemstillingene. Det ville bety å behandle mye på en gang og ville derved lett kunne bli uoversiktlig og vanskelig tilgjengelig. I stedet følger vi en «horisontal» tilnærming. Først behandler vi ILO-kon-

vensjon nr. 94 og den norske gjennomføringen av konvensjonen (avsnitt 2, 3 og 4). Dernest går vi nærmere inn på de EU/EØS-rettslige problemstillingen (avsnitt 5–7). Avslutningsvis drøfter vi så hovedproblemstillingen, hvorvidt det foreligger motstrid mellom ILO-konvensjonen og EØS-retten, og ser dessuten på hvordan en eventuell konflikt løses etter norsk rett (avsnitt 8).

1.4 Avgrensninger

I det følgende gjør vi ikke rede for ILO-systemet generelt, og andre ILO-normeringer enn konvensjon nr. 94 faller utenfor rammen.

Vurderinger av forholdet mellom EU-retten og ILO-konvensjoner reiser en rekke problemstillinger; ikke minst når det gjelder streikeretten, som nevnt i 1.1 foran. Det ligger utenfor rammen av denne artikkelen å gå inn på dommene i *Viking* og *Laval* og EU-rettens begrensninger for arbeidskampretten. Spørsmålene er vel dekket i litteraturen.²⁰

Denne avgrensningen innebærer imidlertid ikke at konvensjon nr. 94 sees isolert fra andre ILO-normeringer. Et sentralt poeng er nettopp at denne konvensjonen bygger på ILOs prinsipper om hvordan lønns- og arbeidsvilkår bør komme i stand.

Allmenngjøringsloven²¹ og EØS-rettens skranker for Tariffnemndas kompetanse til å treffe allmenngjøringsvedtak faller også utenfor rammen av denne artikkelen. Også disse problemstillingene er godt dekket i hjemlig litteratur.²² Her hører det dessuten med at ESA i en klagesak om loven som sådan har konkludert med at loven ikke er i strid med tjenestereglene.²³

Ordningen med allmenngjøring henger imidlertid nært sammen med de forpliktelsene som følger av ILO-konvensjon nr. 94, og de begrensningene som følger av EØS-retten med hensyn til å anvende

²⁰ Se særlig Reich 2008, Orlandini 2008, Malmberg og Sigeman 2008, Evju 2011.

²¹ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

²² Hjelmeng og Kolstad 2006, Evju 2006, 2009b, Stensvik 2007, Kolstad 2008, Graver 2008.

²³ Jfr.. EFTA Surveillance Authority decision of 15 July 2009 (Case 63724, Dec. No. 320/09/COL).

nasjonale reguleringer, gjør seg selvsagt også gjeldende for hvordan allmenngjøringsloven kan anvendes.

EUs vikarbyrådirektiv²⁴ ble vedtatt 19. juni 2008 med implementeringsfrist 5. desember 2011. Direktivets formål er å bedre innleide arbeidstakeres arbeidsvilkår og direktivet fastsetter et likebehandlingsprinsipp som innebærer at innleid arbeidstaker skal få arbeidsvilkår som han eller hun var ansatt direkte av innleier. Direktivet går inn på, og berører utsendingsdirektivets anvendelsesområde. Hittil er det ikke vedtatt noen rettsakt om gjennomføring av direktivet i norsk rett. I Arbeidsdepartementets høringsbrev om direktivet²⁵ (med endringsforslag til arbeidsmiljøloven²⁶ og tjenestemannsloven²⁷) er det lagt til grunn at vikarbyrådirektivets likebehandlingsprinsipp vil komme til anvendelse der vikarbyråansatte sendes til Norge for å utføre arbeid under ledelse og instruksjon fra innleier. Der utenlandske tjenesteytere bringer med seg arbeidstakere under tjenesteyterens ledelse og instruksjon for å utføre tjenester, vil det fortsatt være utsendingsdirektivet som oppstiller de EU/EØS-rettslige rammer. Hvordan vikarbyrådirektivet vil bli gjennomført i Norge, er ennå uavklart. Det som synes klart, er at utsendte arbeidstakere som sendes fra vikarbyråer, vil ha rett på mer fordelaktige vilkår enn alminnelige utsendte som underlegges arbeidsgivers ledelse og instruksjon i vertsstaten. Direktivet og dets antatte virkninger behandles ikke i det følgende.²⁸

1.5 Noen metodiske bemerkninger

Internasjonale rettslige instrumenter har en helt sentral i fremstillingen. Dette er instrumenter som ikke er utformet i norsk språkdrakt. Verken ILO-konvensjoner eller fellesskapsrettens lovgivning eller rettspraksiser finnes i autentiske versjoner på norsk. ILOs konvensjoner, inklusive konvensjon nr. nr. 94, er kun autentiske på engelsk og fransk. I EU-retten er alle medlemsstaters språk er likestilt når det gjelder rettsakter (primær- og sekundærlovgivning). I EU-domstolen er arbeidsspråket fransk, som derved inntar en spesiell posisjon selv

²⁴ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid.

²⁵ Høring om konsekvenser av vikarbyrådirektivet, Arbeidsdepartementet 10. september 2010.

²⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

²⁷ Lov 4. mars 1983 nr. 3 Lov om statens tjenestemenn m.m. [tjenestemannsloven].

²⁸ Se inngående om vikarbyrådirektivet fra såvel EØS- som nasjonalrettslig synsvinkel Heuvel 2011.

om prosesspråket veksler fra sak til sak. På begge felter er en følge at feil og uklarheter kan oppstå gjennom oversettelser. Det kan ofte se ut til at man på norsk hold støtter seg spesielt til danske tekstversjoner. De er imidlertid ikke alltid like treffende, og det er viktig å ha *in mente* at fortolkning av regelverkstekster ifølge EU-domstolens praksis må skje på basis av alle språkversjoner. Derfor er det også i rettsvitenskapelig arbeid nødvendig å ta flere språkversjoner i betraktning. Dette har vi lagt til grunn for den videre fremstillingen.

Derfor gir vi ikke sitater fra EU-domstolens praksis i dansk språkdrakt, slik det ellers ofte gjøres. Vi har oversatt de relevante avsnittene av dommer til norsk med utgangspunkt i både den danske og den engelskspråklige tekstversjonen, i nødvendig utstrekning også kontrollert mot tysk og/eller fransk.

Fellesskapsretten er i høy grad gjenstand for «autoritativ tolkning» gjennom EU-domstolens praksis, og domstolens avgjørelser har en betydelig rettskildemessig vekt i fellesskapsretten. Likeledes er det utvilsomt at EU-domstolens rettspraksis er en svært tungtveiende rettskildefaktor også for EFTA-domstolen, jf. f.eks. den såkalte *Red-ken*-saken (rådgivende uttalelse 2008).²⁹ I avsnitt 27 uttaler EFTA-domstolen:

«EØS-avtalens hovedformål er å opprette et ensartet EØS, jf. blant annet art. 1 nr. 1 og fortalens fjerde og femte betraktning. Ensartet tolkning og anvendelse av felles regler er en grunnforutsetning for at det indre marked i EØS skal fungere effektivt. Homogenitetsprinsippet leder derfor til en presumpsjon for at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EF-retten, skal fortolkes på samme måte. Imidlertid kan forskjeller i virkeområde og formål under særlige omstendigheter lede til tolkningsforskjeller mellom EØS-retten og EF-retten.»

Ettersom EFTA-domstolen så langt bare har en høyst begrenset praksis om utstasjoneringdirektivet,³⁰ blir EU-domstolens rettspraksis uansett den sentrale rettskilde ved siden av lovgivning.³¹

²⁹ Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal Norge AS v Aarskog Per AS and Others and Smart Club Norge*, EFTA Court Report 2008, s. 259.

³⁰ ESA har imidlertid brakt Islands regler for utstasjonerte inn for EFTA-domstolen, i sak E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland*. Saken gjaldt begrepet «minimum rates of pay» i utstasjoneringdirektivets artikkel 3(1) og islandske regler om lønn under sykdom. EFTA domstolen ga

Da rettspraksis alt overveiende er knyttet til EF-traktatens regler (nå TFEU), viser vi i det vesentlige til TFEUs bestemmelser og ikke til EØS-avtalens bestemmelser og nummerering. Like fullt er det naturligvis EØS-retten og ikke EU-retten som må holdes opp mot Norges folkerettslige forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 94 og vår implementering av denne.

Når det gjelder ILO-konvensjoner, er derimot mangel på autoritative tolkninger en rettskildemessig utfordring. ILO har ingen egen domstol, og muligheten til å forelegge tolkningsspørsmål for den internasjonale domstol i Haag anvendes i praksis ikke.³² Konvensjonene er tiltenkt et globalt virkeområde, og ordlyden tar derfor i betraktning at det gjør seg gjeldende ulike rettstradisjoner, flere og mer forskjellige enn det er tale om på europeisk plan. Dette gjør ofte ordlyden uklar. Ganske særlig gjør dette seg gjeldende ved ILO-konvensjon nr. 94, ved at den ikke garanterer minimumsrettigheter, men skal sikre visse arbeidstakere like god beskyttelse etter nasjonal rett som andre tilsvarende arbeidstakere.

I praksis er det ILOs to fagkomiteer som har oppgaven med å tolke konvensjonenes innhold og rekkevidde. Etter prosedyrene for medlemsstatenes rapportering og for tilsyn avgir Ekspertkomiteen årlig en rekke uttalelser om forståelsen av ILO-konvensjoner og oppfølgingen av disse nasjonalt. Ekspertkomiteen er et konstitusjonsbestemt organ med betydelig prestisje. Komiteen for organisasjonsfrihet (CAF) har ikke noen mindre prestisje, men er en annen type komité. Den er oppnevnt av og rapporterer til ILOs styre, og komiteen behandler klager fra stater og arbeidslivsparter knyttet til ILOs kon-

sin råd givende uttalelse (Judgment) 28. juni 2011 og underkjente den islandske ordningen på det grunnlag at det ikke var tale om «*minimum rates*».

Fra norsk side verserer den såkalte *verftssaken* vedrørende forskrift av 6. oktober 2008 nr. 1137 om delvis allmenngjøring i skips- og verftsindustrien, der Borgarting lagmannsrett har forelagt spørsmål til uttalelse; jfr. EFTA-domstolens sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS m.fl. v Staten v/Tariffnemnda*.

³¹ Jf. fra andre EU/EØS-relaterte temafelter Rt. 2006 s. 71 (SAS Braathens), Rt. 2010 s. 202 (Nye Kystlink), Rt. 2011 s. 689 (SAS-pilotene), og Høyesteretts dom 29. juni 2011 (HR-2011-01291-A) (Gjensidige).

³² Jf. ILO-Statuttene art. 37, og Uggerud 1997, s. 601.

stusjon konvensjoner om organisasjonsfrihet og forhandlingsrett, herunder streikerett og arbeidskamp for øvrig. Konvensjon nr. 94 faller utenfor CAFs virkefelt.

ILO-konvensjon nr. 94 var et av spesialtemaene på ILOs årlige arbeidskonferanse i 2008, og Ekspertkomiteens redegjørelse for konvensjonen i General Survey 2008 gir et viktig kildemateriale.³³ Fordi Ekspertkomiteen ellers har avgitt få tolkningsuttalelser om konvensjonen, får ordlyden større vekt. ILO-konvensjoner tolkes med utgangspunkt i de alminnelige tolkningsprinsipper for traktater, ut fra ordlyden og den alminnelige språklige forståelse, lest i sammenheng og i lys av traktatens formål, jf. Wienkonvensjonen art. 31 (1).³⁴ Ved tolkning av ILO-konvensjon nr. 94 kan det være grunn til å legge vektlegge formålet slik det kommer til uttrykk i forarbeider i noe større grad enn Wienkonvensjonen art. 32 anviser. På området for sosiale-, humanitære- og rettighetspregede internasjonale forpliktelser blir det gjerne lagt større vekt på formålsbetraktninger enn ved andre internasjonale normeringer.³⁵

I den senere tid har ILO-konvensjoner på organisasjonsfrihetsområdet blitt tillagt større vekt ved fastleggelsen av innholdet i andre internasjonale normeringer. I dommene i *Demir og Baykara*³⁶ og *Enerji Yapi-Yol Sen*³⁷ la Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) stor vekt på ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 om organisasjonsfrihet, retten til organisering og retten til kollektive forhandlinger, samt på uttalelser fra ILOs Ekspertkomité, ved fortolkningen av EMK art. 11.

Spørsmålet om ILO-konvensjoners rettskildemessige vekt i intern rett er sammensatt. Her må det skilles mellom det alminnelige presumpsjonsprinsippet om gjennomslagskraft for folkerettslige forpliktelser med grunnlag i ordlyden, og på den annen side Ekspertkomiteens eller

³³ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III.

³⁴ Wienkonvensjonen om traktatretten, 1969. Dens prinsipper anses å ha anvendelse, selv om en rekke (eldre) ILO-konvensjoner formelt sett ikke omfattes. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett, jf. Ruud og Ulfstein 2002, s. 62.

³⁵ Fitzmaurice 1951, i Dixon & McCorquodale 2003, s. 84.

³⁶ EMDs dom 12. november 2008, *Demir and Baykara v. Tyrkia* (appl. No. 34503/97).

³⁷ EMDs dom 21. april 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Tyrkia* (appl. no. 68959/01).

CAFs rådgivende uttalelser.³⁸ På tross av at komitéuttalelser ikke har rettsvirkninger som dommer for den aktuelle stat, viser Rt. 2001 s. 248 (Olderdalen Ambulanse) et eksempel på at Høyesterett legger vekt på, og tolker norske bestemmelser i lys av, konvensjon nr. 98 hvis innhold i det vesentlige er fastlagt på bakgrunn av uttalelser fra CAF. En tilsvarende tilnærming ser vi i Rt. 2008 s. 1789³⁹ og på et annet felt i Rt. 2008 s. 1601 (Tariffavgift). Den nokså avvisende tilnærmingen Høyesterett viste i Rt. 1997 s. 580 (OFS), må dermed anses fraveket i senere praksis.⁴⁰

Det bør likevel bemerkes at praksis etter ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 ikke nødvendigvis har stor overføringsverdi til konvensjon nr. 94 og dens rettskildemessige vekt. Konvensjon nr. 94 har på ingen måte vært gjenstand for en tilsvarende tolkningsutvikling som konvensjonene nr. 87 og 98, og Ekspertkomiteens tolkninger av konvensjon nr. 94 er i større grad knyttet til konvensjonsteksten. Siden Stortinget gav samtykke til å ratifisere konvensjon nr. 94 i november 1995, har Ekspertkomiteen ikke skiftet kurs i sin tolkning av konvensjonen, men har holdt fast ved ordlyden.

2 ILO-konvensjon nr. 94, Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949

2.1 Introduksjon – ILO i et glimt

Den internasjonale arbeidsorganisasjon, ILO, ble stiftet i 1919 som en del av Versailles-traktaten som avsluttet Første verdenskrig. ILOs konstitusjon ble fastsatt i traktatens Del XII, og ILO inngikk som en særorganisasjon under Folkeforbundet.⁴¹ Alt i slutten av 1800-tallet var det tatt til orde for å skape en internasjonal organisasjon for

³⁸ Graver 2003 s. 477.

³⁹ Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om ILO-konvensjon nr. 169 om urbefolkninger og stammefolk medførte straffrihet for slakting av rein i strid med dyreverneloven som tjener til å gjennomføre Rådskdirektiv 93/119/EF om vern av dyr på tidspunktet for slakting eller avliving.

⁴⁰ Se nærmere Uggerud 1997, s. 593-597, EMD-1990-16130 *Sigurjónsson mot Island*, og EMD *Demir & Baykara mot Tyrkia*.

⁴¹ Se Versailles-traktatens Del XIII.

arbeidslivs- og arbeidsrettsspørsmål, og ILOs konstitusjon tok opp i seg idéer som var testet i the International Association for Labour Legislation som ble stiftet i Basel i 1901. Stiftelsen av ILO resulterte i en folkerettslig sett unik organisasjon med *trepartsrepresentasjon*, organisasjonen er den eneste i sitt slag som samler representanter for både regjeringer, arbeidsgivere og arbeidstakere i organisasjonens styrende og utøvende organer. Siden 1946 er ILO De forente nasjoners, FNs, særorganisasjon for arbeidslivs- og sosialpolitiske spørsmål.⁴²

Organisasjonen har sitt rettslige grunnlag i *konstitusjonen* fra 1919 (med senere endringer) – Constitution of the International Labour Organisation⁴³ – og *Philadelphia-erklæringen* fra 1944. Philadelphia-erklæringen inngår som en del av ILOs konstitusjon og er Charteret om organisasjonens formål og målsettinger. Der inngår den kjente devisen ”labour is not a commodity” som det første grunnleggende prinsipp.⁴⁴ Den er en reformulering av det som ble nedfelt som et grunnprinsipp allerede i Versailles traktaten.

I Philadelphia-erklæringens I om grunnleggende prinsipper heter det:

”The Conference reaffirms the fundamental principles on which the Organization is based and, in particular, that:

(a) labour is not a commodity;

(b) freedom of expression and of association are essential to sustained progress;

(c) poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere;

(d) the war against want requires to be carried on with unrelenting vigour within each nation, and by continuous and concerted international effort in which the representatives of workers and employers, enjoying equal status with those of governments, join with them in free discussion and democratic decision with a view to the promotion of the common welfare.

I Versailles-traktaten Artikkel 427 er organisasjonens grunnleggende formål og oppgaver formulert slik:

⁴² Jf. FN-pakten art. 57 (se f.eks. <http://www.fn.no/FN-informasjon/Konvensjoner-og-erklæringer/FN-pakten>). Av verdens stater er 193 medlemmer av FN, av disse er 183 medlemmer i ILO (2011; se <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>, sett 31.07.2011).

⁴³ Se <http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>.

⁴⁴ Devisen har et langt eldre, og kanhende delt, opphav. Se Schings 1873, s. 6, og Brentano 1877, s. 182–87, Witte 1917, s. 133–39, O’Higgins 1997.

“The High Contracting Parties, ... holding as they do, that labour should not be regarded merely as an article of commerce, they think that there are methods and principles for regulating labour conditions which all industrial communities should endeavour to apply, so far as their special circumstances will permit.

Among these methods and principles, the following seem to the High Contracting Parties to be of special and urgent importance:

First. The guiding principle above enunciated that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce.

Second. The right of association for all lawful purposes by the employed as well as by the employers.

...”

En vesentlig side av ILOs virksomhet er utarbeidelsen av konvensjoner med internasjonale standarder for arbeidslivsforhold. Siden opprettelsen i 1919 har ILO vedtatt en lang rekke slike konvensjoner, fra Konvensjon nr. 1 om åttetimersdag (48 timers uke) i industrien til Konvensjon nr. 189 om arbeidstagere i private hushold (C 189 Domestic Workers Convention, 2011). Enhver medlemsstat er forpliktet til innen et år å legge en ny konvensjon frem for den hjemlige myndighet som har kompetanse til å avgjøre om en eventuell ratifikasjon. Ved siden av konvensjoner vedtas det ofte rekommandasjoner, som gir utfyllende og mer konkrete anvisninger knyttet til bestemmelsene i konvensjonen. Rekommandasjoner er ikke gjenstand for ratifikasjon og er derfor ikke folkerettslig forpliktende på samme måte som en (ratifisert) konvensjon, men de inngår som en del av grunnlaget for statenes rapportering.⁴⁵

Oversikter over norske ratifikasjoner finnes i en (ikke helt à jourført) fortegnelse på Arbeidsdepartementets nettsider, Oversikt over ILO-konvensjoner og norske ratifikasjoner. Oversikten inkluderer dessuten de rekommandasjoner som Norge har tiltrådt. ILOs informasjonssystem ILOLEX gir dessuten mulighet til å se (mer oppdaterte) oversikter over ratifikasjoner for hvert enkelt medlemsland, da også for Norge. Tallene i de to oversiktene stemmer ikke helt overens, hvilket skyldes tellemåter i forhold til bortfalte konvensjoner. Alt i alt har Norge (pr. juli 2011) ratifisert 109 konvensjoner, men bare 85 av ratifikasjonene er ”operative”. For 24 har en konvensjon blitt avløst av en ny, erklært uaktuell, eller en ratifikasjon er sagt opp.

⁴⁵ Se til dette ILOs konstitusjon art. 19.

Siden 1998 har ILO hatt et særlig fokus på grunnleggende rettigheter i arbeidslivet. Da vedtok Arbeidskonferansen "the ILO Declaration on fundamental principles and rights at work".⁴⁶ Der slås det fast at alle medlemsstater plikter å respektere, fremme og virkeliggjøre (respect, promote, and realize) de grunnleggende prinsippene som uttrykkes i fire punkter:

- "(a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
- (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;
- (c) the effective abolition of child labour; and
- (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation."

Disse fire punktene korresponderer med konvensjoner som, heter det i erklæringen, er anerkjent både i og utenfor ILO som å gjelde grunnleggende rettigheter, og de er forankret i ILOs konstitusjon. De anses derfor forpliktende for enhver medlemsstat uansett om staten har ratifisert den enkelte konvensjon eller ei. I vår sammenheng er det grunn til å peke på at de konvensjonene som er knyttet til pkt. a i erklæringen, er konvensjon nr. 87 om organisasjonsfrihet (Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948) og nr. 98 om organisasjonsrett og kollektive forhandlinger (Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949).⁴⁷

Hoveddelen av ILOs tilsyns- og kontrollvirksomhet er basert på nasjonal rapportering. Rapportering skjer årlig, men på noen utvalgte konvensjoner hvert år. I tillegg kommer direkte henvendelser og klageprosedyrene. Det grunnlagsmaterialet som foreligger, behandles i første instans av Ekspertkomiteen (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations), som gir uttalelser

⁴⁶ Erklæringen finnes på ILOLEX, http://www.ilo.org/ilolex/english/index_frame.htm. Materiale om oppfølgingen av erklæringen m.v. finnes på <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>.

⁴⁷ De øvrige seks konvensjonene er b) C29 Forced Labour Convention, 1930 og C105 Abolition of Forced Labour Convention, 1957, c) C138 Minimum Age Convention, 1973 og C182 Worst Forms of Child Labour Convention, 1999, og d) C100 Equal Remuneration Convention, 1951 og C111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958

om status og eventuelle brudd på en konvensjon for en stats vedkommende. Komiteen avgir en årlig rapport som legges frem for ILOs årlige Arbeidskonferanse. Der behandles Ekspertkomiteens rapport av en særskilt komité, the Conference Committee on the Application of Standards, som likesom Ekspertkomiteen er trepartssammensatt. I de sakene den finner grunn til det, vedtar Conference Committee konklusjoner om statenes forhold, i graverende tilfeller kan det skje per ”spesiell paragraf” (special paragraph, særskilt avsnitt), som er systemets krasseste form for kritikk av konvensjonsbrudd.

En medlemsstat kan si opp konvensjoner etter et tiårssystem fra konvensjonen trådte i kraft eller staten ratifiserte. Om en stat ikke sier opp en konvensjon i løpet av det tiende året etter ratifikasjon, kan den først sies opp etter en påfølgende tiårsperiode.

Standardutformingen av oppsigelsesklausulen i konvensjonene er:

“1. A Member which has ratified this Convention may denounce it after the expiration of ten years from the date on which the Convention first comes into force, by an act communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration. Such denunciation shall not take effect until one year after the date on which it is registered.

2. Each Member which has ratified this Convention and which does not, within the year following the expiration of the period of ten years mentioned in the preceding paragraph, exercise the right of denunciation provided for in this Article, will be bound for another period of ten years and, thereafter, may denounce this Convention at the expiration of each period of ten years under the terms provided for in this Article.”

Se f.eks. konvensjon nr. 87 art. 16, konvensjon nr. 94 art. 14, konvensjon nr. 98 art. 11.

2.2 *Konvensjonens bakgrunn, formål og sammenheng*

ILO-konvensjon nr. 94 ble, slik det har fremgått foran, vedtatt på ILOs arbeidskonferanse i 1949. Samme dag vedtok arbeidskonferansen Rekommandasjon nr. 84, Labour Clauses (Public Contracts) Recommendation. Sammen utgjør de to instrumentene ILOs rettslige rammeverk for hvilke av arbeidsrettslige reguleringer som skal ha anvendelse ved oppfyllelse av tjenestekontrakter med det offentlige. I utgangspunktet skal konvensjonen gis anvendelse for alle kontrakter som inngås av sentrale statlige myndigheter – ”central authority of a Member of the” ILO (art. 1(1)(d)). For andre offentlige instanser er ratifiser-

ende stater gitt en valgrett med hensyn til om slike skal omfattes.⁴⁸ Konvensjonens materielle hovedregel er art. 2(1), som krever at ratifiserende stater skal sørge for at det i de aktuelle offentlige kontrakter tas inn klausuler som pålegger tjenesteytere å tilby lønns- og arbeidsvilkår til ansatte som ikke er dårligere enn det etablerte nivå for tilsvarende arbeid. Bestemmelsen er gjengitt i punkt 1.22 foran. ILO-konvensjon nr. 94 og dens tilblivelse er nært knyttet til forholdene etter annen verdenskrig. Arbeidet med – blant annet – en slik konvensjon ble tatt opp allerede ved Philadelphia-konferansen i 1944 – der Philadelphia-erklæringen ble vedtatt (jf. i 2.1 foran). Temaet ”arbeidsklausuler” var ett av flere i rapporten ”Future policy, programme and status of the International Labour Organization”, som ble lagt frem på konferansen. På det tidspunktet anså man utfallet av verdenskrigen som klart, og på ILO-konferansen ble det ansett som en viktig oppgave å sikre skikkelige arbeidsforhold i den omfattende gjenoppbyggingsfasen man sto foran – ”fair labour practices in funding the gigantic efforts of rebuilding devastated countries and restructuring ruined economies”.⁴⁹ Konvensjonen ble til i en tid uten globalisering og regionale organisasjoner som EF/EU, og den retter seg ikke primært mot internasjonale forhold.

Hovedformålet med konvensjonen var å sikre stedlige lønns- og arbeidsvilkår under gjenoppbyggingen etter krigen og å bevisstgjøre offentlige myndigheter på at anskaffelsesprosesser kan friste anbydere til å senke lønns- og arbeidsvilkår for å få tildelt kontrakter.⁵⁰ Grunn tanken er altså at myndighetene i en markedsøkonomisk stat ikke legger seg opp i kontrakter private i mellom, men der det er det offentlige, og primært staten selv, som står som oppdragsgiver, påhviler det denne et moralsk og rettslig ansvar for å sikre at lønns- og arbeidsvilkår samsvarer med det som er tariffestet eller alminnelig i vedkommende bransje der arbeidet utføres.⁵¹ Arbeidsklausulene skal mot-

⁴⁸ Art. 1 (2): “The competent authority shall determine the extent to which and the manner in which the Convention shall be applied to contracts awarded by authorities other than central authorities.”

⁴⁹ Humblet m.fl. 2001, s. 282.

⁵⁰ Humblet m.fl. 2001, s. 281.

⁵¹ *Ibid*, s. 1.

virke press på etablerte lønns- og arbeidsvilkår ved offentlige anskaffelser, og derved tilstrebes formålet om at alle anbudsgivere som et minimum respekterer nærmere angitte lokale lønns- og arbeidsvilkår. På denne måten unngås også at offentlige myndigheter bidrar til press på opparbeidede faglige rettigheter.⁵²

Konvensjon nr. 94 må sees i sammenheng med de øvrige ILO-standarder, særlig de som også ble vedtatt i årene rett etter annen verdenskrig. De som står mest sentralt, er konvensjon nr. 87 (1948) om organisasjonsfrihet og konvensjon nr. 98 (1949) om retten til kollektive forhandlinger. Nr. 87 ble altså vedtatt året før, og konvensjon nr. 98 ble vedtatt på arbeidskonferansen i 1949 bare fem dager etter vedtagelsen av konvensjon nr. 94. Den iboende sammenhengen mellom konvensjonene er at konvensjon nr. 94 eliminerer eventuelle lønnsforskjeller mellom lokal og mobil arbeidskraft ved at (minst) det lokalt gjeldende nivået skal anvendes. Det gjelder uavhengig av om arbeidstakerne er omfattet av noen tariffavtale. På den måten respekteres rettigheter som er forhandlet frem, uten at den offentlige myndighet griper inn i arbeidsmarkedspartenes frihet til å forhandle, og uten at det offentlige som kontraktsaktør medvirker til press på faglige rettigheter.

Mottakelsen av konvensjonen i det internasjonale samfunn var ikke overveldende. Mange stater ratifiserte de første årene etter dens tilblivelse, men bare et fåtall har gjennomført konvensjonen på en måte ILOs ekspertkomité finner tilfredsstillende.⁵³ Konvensjonen har imidlertid fått større tilslutning etter hvert. Konvensjon nr. 94 er nå ratifisert av 61 av ILOs 183 medlemsstater.⁵⁴ Som nevnt foran er ti av dagens EU-medlemsstater er blant de som har ratifisert, og Norge ratifiserte i 1996.

2.3 Nærmere om hvilke kontrakter som omfattes av konvensjonen

Konvensjonens anvendelsesområde er regulert i dens art. 1. Etter denne bestemmelsen skal det inntas arbeidsklausuler i kontrakter som oppfyller følgende vilkår:

⁵² *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. xiii.

⁵³ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 101.

⁵⁴ Kilde: ILOLEX (per 26.07.2011).

- ”(a) that one at least of the parties to the contract is a public authority;
 (b) that the execution of the contract involves—
 (i) the expenditure of funds by a public authority; and
 (ii) the employment of workers by the other party to the contract;
 (c) that the contract is a contract for –
 (i) the construction, alteration, repair or demolition of public works;
 (ii) the manufacture, assembly, handling or shipment of materials,
 supplies or equipment; or
 (iii) the performance or supply of services; and
 (d) that the contract is awarded by a central authority of a Member of the
 International Labour Organisation for which the Convention is in force.”

Som nevnt er det opp til den nasjonale lovgiver å avgjøre om kontrakter inngått av andre offentlige instanser enn sentrale myndigheter skal omfattes (art. 1(2)), og etter art. 1(3) kommer konvensjonen også til anvendelse for underentreprenører og kontraktsmedhjelpere.

2.31 Offentlige sentrale myndigheter

Et første vilkår er at minst en av partene i kontrakten er en ”public authority” jf. art. 1(1)(a). Dette innebærer at reglene også kommer til anvendelse ved kontrakter mellom to offentlige myndigheter.⁵⁵ Konvensjonen presiserer ikke hva som menes med ”public authority”, og av forarbeidene går det fram at man unnlot å ta inn noen definisjon av hensyn til statenes skjønnsmargin ved gjennomføringen av reglene.⁵⁶ Det synes dermed klart at konvensjonen ikke krever at klausuler skal inntas i kontrakter inngått av foretak organisert eksempelvis gjennom offentlig-privat samarbeid. Det tilsynelatende brede utgangspunktet om ”public authority” begrenses i art. 1(2), som bare gjør arbeidsklausuler obligatorisk i kontrakter der den offentlige part er en ”central authority”. Konvensjonen gir heller ikke noen definisjon av ”central authority”. I en ”informal opinion” har International Labour Office (Arbeidsbyrået, ILOs ”sekretariat”) imidlertid lagt til grunn:

”Thus while the Convention has to be applied to departments and agencies under the direct control of the central governments, its application to local authorities and to autonomous public bodies and institutions would be a

⁵⁵ Krüger m.fl. 1998, s 217.

⁵⁶ ILC, 31st Session, San Francisco, 1948, Report VI (b)(2), s. 41.

matter for determination by the Government under the discretion granted by Article 1, paragraph 2.”⁵⁷

Dermed omfattes departementer og andre myndigheter underlagt regjeringens instruksjonsmyndighet, men derimot ikke lokale myndigheter. Som påpekt av Krüger m.fl. innebærer dette at konvensjonens anvendelsesområde blir nokså begrenset under dagens forhold, ”most important public contracts nowadays can be said to be made by local or regional authorities”.⁵⁸ Det er dermed opp til de ratifiserende staters myndigheter hvorvidt majoriteten av relevante anskaffelseskontrakter skal omfattes av konvensjonens krav.⁵⁹

2.32 Utbetaling av offentlige midler og sysselsetting av arbeidstakere
For at en offentlig kontrakt skal omfattes, må kontrakten innebære anvendelse av offentlige midler og sysselsetting av arbeidskraft hos den offentliges medkontrahent. Selvstendig næringsdrivende organisert for eksempel som enkeltmannsforetak faller dermed utenfor. Sammenhengen mellom vilkårene innebærer at disse er kumulative.⁶⁰ Verken konvensjonsteksten eller forarbeidene klargjør hvor nær årsakssammenheng som kreves mellom overføring av offentlige midler og utførelse av arbeid, og årets rapport om konvensjonen nøyer seg med å konstatere at vilkårene oppstiller en symmetri.⁶¹ Et annet spørsmål, som antagelig er mer relevant i dag enn ved vedtakelsen av konvensjonen, er om en finansiell investering foretatt av offentlig myndighet i samarbeid med private faller inn under traktattekstens ”expenditure”.⁶² Ekspertkomiteen har ikke trukket noen konklusjon på dette punkt, men formålsbetraktninger tilsier at slike kontrakter omfattes, selv om det kan hevdes at det er tale om investeringer og ikke forbruk. Konvensjonens formål er å sikre stedlige lønns- og arbeidsvilkår. Hvordan finansieringen er kommet i stand, bør være underordnet. Det

⁵⁷ Brev til Fiji, gjengitt i SOU 2006:26, s. 340.

⁵⁸ Krüger m.fl. 1998, s. 219.

⁵⁹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 26.

⁶⁰ Krüger m.fl. 1998, s. 218.

⁶¹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 23

⁶² *Ibid.*

avgjørende skulle dermed være hvorvidt en av partene anses som en sentral offentlig myndighet, jf. punkt 2.31 foran.

2.33 Tjeneste- og byggekontrakter

Konvensjonens art. 1(1)(c) stiller i tillegg krav til kontrakten med hensyn til *hva som skal ytes*. Begrensningene når det gjelder kontraktens gjenstand bør sees i sammenheng med at arbeidsklausulenes innhold også skal komme til anvendelse nedover i kontraktskjeden, og med at konvensjonens formål er å sikre det etablerte nivå. Kontrakter som omfattes, er slike som gjerne oppfylles ved mobil arbeidskraft. Konvensjonens forarbeider presiserer imidlertid ikke nærmere hvilke kontrakter som omfattes.⁶³ Ordlyden omfatter bare tjenstekontrakter; anskaffelser av varer faller utenfor med mindre det er tale om varer tilvirket spesielt for den offentlige myndighet, jf. formuleringen ”the manufacture, assembly ...”.⁶⁴ For varer produsert spesielt for den offentlige myndighet i utlandet skal det etter ordlyden innsettes arbeidsklausuler der det avgjørende for hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal gjelde, er det etablerte nivå på det utenlandske arbeidssted. Krüger m.fl. legger tilsynelatende det motsatte til grunn, at konvensjonen ikke kommer til anvendelse der arbeidstakere ikke er flyttet fra sitt hjemland. Begrunnelsen er at det må gjøres en distinksjon mellom kontrakter som nødvendiggjør import av arbeidskraft, og forsyningskontrakter som implisitt bør reguleres av retten der arbeidstakerne er ansatt.⁶⁵ *Ekspertkomiteen* legger derimot til grunn at ordlyden ikke gir holdepunkter for at konvensjonen ikke skal anvendes ved arbeid i andre land enn den ratifiserende staten.⁶⁶ For eksempel kan det forekomme at moduler til bygninger som ledd i en entreprisekontrakt produseres i utlandet. Her følger den private parts forpliktelser av kontrakten og ikke av konvensjonen, som har staten som pliktsubjekt. Et særlig spørsmål kan oppstå der en tjenestetilbyder som en del av kontrakten produserer varer etter det offentliges spesifikasjoner som dels skal gå inn i lagerbeholdning, og dels er produsert for oppfyllelse av

⁶³ Nielsen og Rehof 1998, s. 263.

⁶⁴ Nielsen 1995, s. 95.

⁶⁵ Krüger m.fl. 1998, s. 226.

⁶⁶ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 98

den konkrete offentlige tjenestekontrakt.⁶⁷ Det vil i slike tilfeller være svært vanskelig å avgjøre hvilke arbeidstakere som er beskjeftiget med oppfyllelse av den offentlige kontrakten, og hvem som produserer for lager. Ekspertkomiteen har ikke gått inn i spørsmålet, men det må antas at konvensjonen ikke omfatter arbeid der det ikke er mulig å identifisere hvem som faktisk er beskjeftiget med oppfyllelse av den offentlige kontrakten. Dette stemmer best overens med utgangspunktet om at tilvirkning av generiske varer ikke er dekket, men at tilvirkning av varer for oppfyllelse av offentlig kontrakt etter nærmere spesifikasjoner i kontrakten er omfattet. Som Ekspertkomiteen bemerker vil det avgjørende ofte vil være hvor langt ned i kontraktskjeden en kan tale om underleverandører og kontraktsmedhjelpere.⁶⁸ Et annet spørsmål er hvor langt en kan nå i håndhevelsen av klausulene ved arbeid i utlandet.

2.34 Underentreprenører og kontraktsmedhjelpere

Konvensjonens art. 1(3) tar i betraktning at tjenestekontrakter gjerne består av lange kontraktskjeder der bare det første leddet står i kontraktsforhold med offentlig myndighet.

Derfor kommer konvensjonen også til anvendelse på arbeid utført av underentreprenører og kontraktsmedhjelpere. Etter ordlyden tilligger det statene å sikre anvendelse av arbeidsklausuler nedover i kontraktskjeden med passende midler, jf. art. 4. Det innebærer at konvensjonsstatene både har frihet til selv å definere hvor langt ned i kontraktskjeden arbeidsklausuler skal inntas, og hvordan dette skal håndheves.⁶⁹ På tross av at utgangspunktet er at statene selv definerer hvem som anses som kontraktsmedhjelpere, har Ekspertkomiteen i General Survey 2008 presisert at konvensjonens formål er å påvirke forholdene for arbeidstakere som er involvert i utførelsen av en offentlig kontrakt. I forhold til hvilke ytelser som omfattes, begrenses dermed konvensjonen til virksomheter som tilvirker produkter spesifisert til et ferdig produkt etter offentlig kontrakt.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 24.

⁶⁸ *Ibid.*, s. 98.

⁶⁹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 27.

2.35 Unntak

Art.1 nr. 4 og 5 oppstiller visse unntak fra forpliktelsen til å innta arbeidsklausuler. Art. 1 nr. 4 åpner for *beløpsgrenser* for hvilke kontrakter som skal være underlagt regelverket, og gir de tilsluttede stater en vid skjønnsmargin ved fastsettelse av terskelverdier. Beløpsterskelen skal imidlertid fastsettes av rett myndighet *i samråd* med organisasjoner for vedkommende arbeidsgivere og arbeidere.⁷⁰ Bakgrunnen var å muliggjøre bredest mulig tilslutning.⁷¹

Artikkel 1 nr. 5 gjør unntak for personer som er i ledende stillinger eller utfører arbeid av

”technical, professional or scientific character whose conditions of employment are not regulated by national laws or regulations, collective agreement or arbitration award and who do not ordinarily perform manual work”.

Ved utformingen av konvensjonen var tanken bak unntaket at den beskyttelse arbeidsklausulene gir, ikke var nødvendig for ansatte i slike stillinger.⁷² Bestemmelsen etterlater stort rom for tolkning, men det sentrale er at arbeidstakere som ikke behøver den tilleggsbeskyttelse arbeidsklausulene tilbyr, ikke er dekket. Dagens spesialisering av arbeidsoppgaver gjør at det kan være vanskelig å operere med en distinksjon mellom manuelt arbeid der klausuler er nødvendig, og mer teknisk eller fagmessig arbeid der det ikke er nødvendig med slike garantier.

2.36 Oppsummering

Samlet sett etterlater konvensjonens nokså vage kriterier for hvilke kontrakter som omfattes, en betydelig skjønnsfrihet for ratifiserende stater. I prinsippet dekkes alle offentlige tjenestekontrakter, men statenes frihet til selv å avgjøre hvorvidt andre offentlige myndigheter enn de sentrale skal innta arbeidsklausuler i tjenestekontrakter, gjør klausulene obligatoriske bare i et fåtall offentlige kontrakter. Også andre spørsmål står uløst med hensyn til konvensjonens anvendelsesområde. Den nærmere avgrensningen av hvilke typer kontrakter som omfattes,

⁷⁰ Norsk oversettelse er inntatt i St.prp. nr. 63 (1950), s. 38.

⁷¹ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 30.

⁷² ILC, 31st Session, San Francisco, 1948, Report VI (b) (2), s. 32

ble ikke drøftet i forarbeidene og er sparsomt behandlet både av ILOs organer og i litteraturen. Som Rekommandasjon nr. 84 viser, hviler det dermed et stort ansvar på de ratifiserende stater for å sikre at konvensjonens når sitt formål.

2.4 *Arbeidsklausulenes ufravikelige innhold*

2.4.1 Innledning, kravet om klausuler

Den materielle hovedregelen i konvensjon nr. 94 er art. 2(1), som lyder:

”Contracts to which this Convention applies shall include clauses ensuring the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on.”

De arbeidsklausulene art. 2 krever inntatt, skal altså pålegge private parter en kontraktsrettslig forpliktelse til å by sine ansatte lønns- og arbeidsvilkår tilsvarende det som øvrige arbeidstakere i samme bransje på samme sted har.⁷³ Om leverandøren selv er tilsluttet tariffavtale, har ingen betydning.⁷⁴ Oppfyllelse av konvensjonen forutsetter at slike klausuler inntas i hver enkelt anskaffelseskontrakt som omfattes av konvensjonen. Dette reiser særlige spørsmål med hensyn til gjennomføringen av konvensjonen nasjonalt.

ILOs konstitusjon art. 19(5)(d) stiller ikke krav om inkorporering eller andre spesifikke gjennomføringsmåter for ratifiserte konvensjoner i nasjonal rett. For konvensjon nr. 94 har Ekspertkomiteen ved gjentatte anledninger presisert at inkorporering heller ikke er en tilstrekkelig gjennomføring da konvensjonen ikke er selv-effektuerende; arbeidsklausuler skal inntas i hver enkelt kontrakt.

Konvensjonen regulerer ikke det materielle innholdet av de lønns- og arbeidsvilkår som skal ha anvendelse ved minimumskrav eller lignende, men fastsetter bare hvilke av arbeidsstedets standarder som kommer til anvendelse ved oppfyllelse av offentlige kontrakter. De anvendelige standarder skal etter art. 2(3) fastsettes av kompetent myndighet i samråd med arbeidslivets organisasjoner, men det er ikke

⁷³ Nielsen 1995, s. 96.

⁷⁴ SOU 2006: 28, s. 344.

meningen at innholdet i klausulene skal fremforhandles for hver enkelt kontrakt.⁷⁵ En viktig bestemmelse er art. 2(4) om at offentlige oppdragsgivere klart skal tilkjenne at kontrakten forplikter oppdragstakeren til å anvende arbeidsstedets etablerte lønns- og arbeidsvilkår. Det er nødvendig dersom tilbyderer skal innregne kostnader som følger av at arbeidsstedet lønns- og arbeidsvilkår gjøres gjeldende ved kontrakten.

2.42 Hvilke typer lønns- og arbeidsvilkår skal gjøres gjeldende (tematiske begrensninger)

Ordlyden i art 2(1) omfatter ikke bare lønninger, herunder godtgjøringer, og arbeidstid, men også andre arbeidsvilkår. Det synes klart at ordlyden ikke kan tas helt på ordet hva gjelder ”other conditions of labour”. Sammenhengen med art. 3 om at arbeidsstedets lovgivning om arbeidsmiljø også skal finne anvendelse ved offentlige kontrakter, innebærer at ikke alle reguleringer skal baseres på det stedlige nivå. Verdt å merke seg er den upresise angivelsen av hvilke lønns-elementer som skal kontraktsfestes. Nielsen legger til grunn at utformingen skyldes at det ved vedtakelsen var meningen at alle lønns-elementer skulle omfattes av ordlyden.⁷⁶ Dette gir sammenheng med konvensjonens formål om likebehandling av alle arbeidstakere som er sysselsatt ved offentlige kontrakter, uavhengig av om arbeidstakerne er dekket av tariffavtaler.

Fordi ordlyden er såpass knapp, er det naturlig å se hen til rekommandasjonens presiseringer. Etter dennes art. 2 omfattes normal og overtidbasert lønn, detaljbestemmelser om utregning av overtid samt ferie, sykdom og permisjonsbestemmelser. Med tanke på at rekommandasjoner gir uttrykk for hvordan konvensjoner ideelt sett bør gjennomføres, er det grunn til å anta at konvensjonens art. 2, ”other conditions of labour”, kan tolkes innskrenkende. Det konvensjonen krever kontraktsfestet, er først og fremst slike vilkår der tariffavtaler gjerne går utover lovbestemte minstekrav. Særlig gjelder dette lønn (herunder godtgjørelser), arbeidstid, overtid og overtidsbetaling, sykdomsfri og ukentlig hvile.⁷⁷ Det må dermed antas at det ikke stilles krav om

⁷⁵ Krüger m.fl. 1998, s. 239.

⁷⁶ Nielsen 1995, s. 96.

⁷⁷ Slik også SOU 2006:28, s. 343.

deltakelse i pensjonsordninger og ordninger opprettet av arbeidslivets parter. Her gjelder det ikke avtalefrihet mellom den offentlige og private part, eller mellom den private part og hans ansatte. Denne forståelsen av hva som skal kontraktsfestes, er også fremholdt av Ekspertkomiteen i General Survey 2008.⁷⁸

2.43 Hvilke nasjonale kilder er bestemmende for klausulenes innhold?

Hvilke kilder en skal se hen til for å fastlegge beskyttelsesnivået, fremgår av art. 2 (1), litra a til c:

- “(a) by collective agreement or other recognised machinery of negotiation between organisations of employers and workers representative respectively of substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned; or
- (b) by arbitration award; or
- (c) by national laws or regulations.”.

Ordlyden i oppregningen kan isolert sett gi inntrykk av at offentlige myndigheter har valgfrihet mellom alternativene tariffavtaler, voldgiftskjennelser eller lovgivning. Når alternativene holdes opp mot art. 2 (1)s ”not less favourable”, er det derimot klart at det er det mest fordelaktige alternativet for arbeidstagerne som er bestemmende. Den mest praktiske situasjonen er at den lokale tariffavtalen gir bedre rettigheter enn lovgivning. I slike tilfeller skal tariffavtalens bedre rettigheter komme til anvendelse, ikke nasjonal lovgivning.⁷⁹ Alternativ a kvalifiserer hvilke tariffavtaler som kan komme i betraktning, ved å referere til tariffavtaler som dekker ”substantial proportions”. Dette gir assosiasjoner til tariffavtaler som på grunn av sin dekningsgrad kan gjøres gjeldende generelt etter fellesskapsretten.⁸⁰ I et nylig utarbeidet notat av Arbeidsbyrået presiseres det imidlertid at konvensjonen ikke er begrenset til tariffavtalte vilkår som uansett gjelder generelt.⁸¹

⁷⁸ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 36.

⁷⁹ Maier 2000, s. 369.

⁸⁰ Vi sikter spesielt til utsendingsdirektivet art. 3(8). Direktivet blir behandlet i del III.

⁸¹ Arbeidsbyråets notat av 9. oktober 2008.

Ved utformingen av konvensjonen var et sentralt tema hvilke nasjonale rettsgrunnlag som skal være bestemmende for arbeidsklausulene. Arbeidsbyrået la frem et forslag om at konvensjonen burde sikre ”conditions of work not less favourable than the most favourable conditions fixed by collective agreements”.⁸² Tilbakemeldingene fra medlemsstatene ga uttrykk for at dette gikk for langt, og det samlede inntrykk fra spørreskjemaet var at statene foretrakk at det bestemmende burde være det etablerte eller rådende (”prevailing”) nivå slik dette er fastlagt i tariffavtaler:

”It is apparent that a large number of Governments would prefer that the international regulations should refer to prevailing conditions of work rather than to most favourable conditions.” Og at “labour standards in public contracts should be based on the conditions prescribed by collective agreements or arbitration awards.”⁸³

At lov og forskrift ble ansett som sekundære kilder, hadde også støtte i statenes tilbakemeldinger, som gikk ut på at

“what may be termed secondary emphasis to conditions prescribed by legislation. This sequence is understandable in view of the *expressed object of the proposed international regulations*. Collective agreements and similar arrangements arrived at by negotiation generally establish more favourable conditions of work than those prescribed by legislation.”⁸⁴

Det Arbeidsbyrået siktet til her, er klart nok slike forhandlinger mellom arbeidslivsorganisasjoner som det er tale om i konvensjonene nr. 87 og nr. 98

En følge av at lovgivning er en sekundær kilde, er at henvisninger i kontrakten om at arbeidsrettslig lovgivning finner anvendelse også ved utføring av offentlige kontrakter, ikke er tilstrekkelig. Dette fremgår av Ekspertkomiteens uttalelse i General Survey 2008:

”... clauses within public contracts that restate the applicability and binding nature of national laws ... are not sufficient to meet the requirements of the Convention. ... Indeed there would be very little meaning in adopting a

⁸² ILC; 31st Session, 1948, *Fair wages in public contracts*, Report VI (b)(1), s. 17.

⁸³ *Ibid.*, s. 47.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 47, vår kursivering.

Convention that would simply affirm that work for public contracts must comply with relevant labour legislation” (s. 15).

Dermed er det primært tariffavtalte vilkår arbeidsklausulene skal sikre arbeidstakere under offentlige kontrakter. Dette må imidlertid ikke tas til inntekt for at enhver henvisning til lovgivning er uforenlig med konvensjonen. En rekke europeiske konvensjonsstater, herunder Danmark, Kypros, Italia og Spania, anvender klausuler som simpelthen gjentar art. 2, og dette har Ekspertkomiteen ikke hatt noe å utsette på.⁸⁵ Et poeng ved en slik gjennomføring er imidlertid at offentlige myndigheter gjør det klart at det er det mest fordelaktige av alternativene som kommer til anvendelse.

2.44 Nærmere om beskyttelsesnivået konvensjonen foreskriver
Henvisningen til tariffavtaler gir uttrykk for tanken om at alle arbeidstakere sysselsatt under offentlige kontrakter skal nyte godt av et beskyttelsesnivå tilsvarende det som arbeidstakere tilknyttet fagforeninger mottar. I motsetning til de fleste andre ILO-normeringer krever konvensjonen dermed at ikke bare nasjonale minstevilkår, men det faktiske, gjeldende lokale nivå utstrekkes. Som Arbeidsbyrået formulerte det i et notat til et seminar om utstasjonering høsten 2008:

”Convention No. 94 requires bidders to be informed in advance, by means of standard labour clauses included in the tender documents, that, if their bid is successful, they will have to observe, in the performance of the contract, wages and other labour conditions that are not less favourable than the highest minimum standards established locally by collective bargaining, arbitration or law.”⁸⁶

Ekspertkomiteens rapport fra 2008 legger riktignok til grunn også andre synspunkter, som ikke alltid lar seg lett innpasse med ordlyden. Blant annet fremgår at det er de mest fordelaktige arbeidsvilkår som skal legges til grunn, og at dette forplikter virksomheter som oppfyller offentlige kontrakter til å anvende blant annet de mest fordelaktige lønnsbetingelser. Uttalelsen bygger etter vår mening på en utvidende tolkning av ordlyden og ligger nær opp til den løsning som medlemsstatene avviste ved utformingen. Slike uttalelser er gode eksempler

⁸⁵ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 36.

⁸⁶ Arbeidsbyråets notat av 9. oktober 2008, s. 1.

nettopp på skillet mellom autoritative tolkninger, fortrinnsvis av domstoler, og rådgivende uttalelser. Det som lenge har vært klart, er at tariffavtaler oftest gir bedre lønn og andre vilkår enn lov, og at det da er det tariffavtalte nivå som skal gjøres gjeldende. Dette la Ekspertkomiteen til grunn i en uttalelse allerede i 1956:

”... the essential purpose of the Convention is to ensure that workers employed under public contracts shall enjoy the same conditions as workers whose conditions of employment are fixed not only by national legislation but also by collective agreements”.

Grunnen var at lovgivning “provide merely for minimum standards which may be exceeded by collective agreements”.⁸⁷ Forståelsen har god støtte i ordlyden og er presisert nærmere i en uttalelse fra 2002:

”... where collective agreements grant *additional benefits* or provide for *higher standards* than those established under labour laws in general, or where collective agreements are not generally binding, a mere reference to the relevant provisions of the national legislation would be insufficient for the purpose of giving effect to the Convention” (våre kursiveringer).⁸⁸

Konklusjonen har støtte i formålsbetraktninger. Kontraktsfesting av at lovgivningens minimum også gjelder ved oppfyllelse av tjenestekontrakter for det offentlige, vil gi liten mening annet enn i en internasjonal-privatrettslig dimensjon. Internasjonal-privatrettslige aspekter er for øvrig helt fraværende fra konvensjonens ordlyd og forarbeider.

Referansen til allmenngyldige tariffavtaler innebærer at det er i overensstemmelse med art. 2 at arbeidsklausuler viser til slike instrumenter. I prinsippet bør det likevel bemerkes at det er en ikke uvesentlig forskjell på tariffavtaler som gjennom myndighetenes innblanding fastlegger et nedre minimum, og alminnelige tariffavtaler som binder tilsluttede parter og som er blitt til etter (lokale) forhandlinger. Om en tar utgangspunkt i den norske allmenngjøringsloven, er det liten tvil om at allmenngjøringsvedtak jevnt over angir et lavere lønnsnivå enn det reelle nivået organiserte arbeidstakere mottar for tilsvarende arbeid. I byggebransjen utregnes for eksempel lønn for organiserte bedrifter gjerne ved akkordordninger, og ikke etter tariffav-

⁸⁷ RCE 1956 s. 79, i *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 16-17.

⁸⁸ *Ibid.*

talens minste timelønn. Like fullt står vi overfor de høyeste minimumsstandarder etter kollektive forhandlinger. Hvorvidt allmenngjorte tariffavtaler gir uttrykk for lønninger som er dårligere enn det alminnelige for tilsvarende arbeid i samme område, avhenger dermed av de enkelte ordninger og vedtak, og Ekspertkomiteen har ikke gått inn i slike diskusjoner.

Der det bare finnes landsomfattende allmenngyldige tariffavtaler, er det riktigere å basere seg på alminnelige lokale tariffavtaler som løper ved siden av allmenngjorte tariffavtaler, enn de allmenngyldige minstenivåer. I EF-domstolens avgjørelse i *Rüffert* var tilfellet at Niedersachsens anskaffelseslov kontraktsfestet lønnsnivået i en lokal ikke-allmenngyldiggjort tariffavtale som ga høyere lønn enn nivået i en allmenngyldiggjort tariffavtale. Vi ser nærmere på *Rüffert-saken* i punkt 6.53 nedenfor.

En avsluttende bemerkning her er at det bør det skilles mellom hvilke nivåer statene *plikter* å legge til grunn, og hva Ekspertkomiteen tilråder. Etter ordlyden i konvensjon er det en akseptabel gjennomføring å vise til allmenngyldige tariffavtaler. Dersom konvensjonen skal oppnå formålet, bør imidlertid disse angi det lokale nivå, og ikke det laveste tillatte nivå nasjonalt. En god oppsummering av konvensjonens forpliktelser ga Ekspertkomiteens talsperson i en debatt under arbeidskonferansen i 2008. Som et sluttinnlegg la hun til grunn at konvensjonens formål er å sikre at alle konkurrenter ved offentlige anbud hadde det samme utgangspunktet, ”namely all bidders had to respect as a minimum certain locally established standards”.⁸⁹

2.45 Hva hvis tariffavtale mangler

Konvensjonen tar høyde for at det ikke alltid finnes tariffavtaler, voldgiftsavgjørelser eller lovreguleringer på stedet der arbeidet skjer. I slike tilfeller gir art. 2(2) anvisning på to ulike mekanismer for å finne det bestemmende lønnsnivå i klausulene. Da skal lønns- og arbeidsvilkår finnes i tariffavtaler, voldgiftsavgjørelser, lov eller forskrift for den aktuelle type arbeid enten

”a) in the nearest appropriate district; or the general level observed in the trade or industry”

⁸⁹ ILC 97th Session, 2008, Records of Proceeding, Provisional Records, No. 19, Part One, Report of the Committee on the Application of Standards s. 19.

eller

“b) det faktiske nivå “observed in the trade or industry in which the contractor is engaged by employers whose general circumstances are similar.”

Verken ordlyd eller forarbeider sier noe om forholdet mellom alternativ a og b. Som vist ovenfor synes forarbeidene å foretrekke tariffvilkår fremfor lov og voldgift, da tariffvilkår som regel gir best vilkår av de tre. Gjennomgående fremmer ILOs rettsakter tariffavtale etter forhandlinger som den beste form for lønnsdannelse, og dette bør dermed være avgjørende.

2.5 Oppfølging og andre forpliktelser etter konvensjonen

Konvensjonens art. 3, 4 og 5 stiller visse supplerende krav til ratifiserende stater, men gir dem samtidig en større skjønnsmargin enn det art. 2 gjør.

Art. 3 forutsetter at arbeidsklausulen sikrer “fair and reasonable conditions of health, safety and welfare for the workers concerned”. I motsetning til art. 2 har art. 3 bare anvendelse dersom bestemmelser ikke finnes i lov, tariffavtaler eller voldgiftskjennelser (“are not already applicable in virtue of national laws or regulations, collective agreement or arbitration award”).⁹⁰ Her er det tilstrekkelig *at* nasjonale reguleringer har anvendelse også ved offentlige kontrakter; det stilles ikke bestemte krav til nivå eller likhet på standardene. I dag har langt de fleste stater lovgivning som trer i stedet for konvensjonens krav, jf. General Survey 2008,⁹¹ og en naturlig slutning er at bestemmelsen i art. 3 har utspilt sin rolle for EU/EØS-land ettersom det finnes omfattende minimumsharmonisering når det gjelder HMS-krav.⁹²

Artikkel 4(a) skal sikre at alle berørte personer er kjent med de kravene som gjelder, ved at de blir gjort kjent med gjeldende lover og regler. De reglene som gjelder, skal dessuten angi hvem som er ansvarlig for overholdelse av regelverket, og arbeidstakerne skal in-

⁹⁰ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 46.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Rådskildirektiv 89/391/EEC av 12. juni 1989 om iverksetting av tiltak som forbedrer arbeidstakernes sikkerhet og helse på arbeidsplassen med senere endringer samt en lang rekke spesialdirektiver oppstiller minimum som overstiger konvensjonens krav på dette punkt.

formeres om hvilke regler som gjelder for deres arbeidsforhold, ved oppslag på arbeidsstedene. Bokstav b har bestemmelser om dokumentasjonskrav og inspeksjoner, men i motsetning til bokstav a skal disse bare ha anvendelse dersom det ikke allerede finnes tilsvarende regulering. Formålet med art. 4 er for det første å gjøre virksomhetene oppmerksomme på at det i kontrakten skal stilles visse krav til lønns- og arbeidsvilkår, og for det andre at ansatte skal opplyses om deres rettigheter.⁹³

Etter art. 5(1) skal staten fastsette passende sanksjoner for å sikre overholdelse av konvensjonen. Ordlyden i art. 5 peker på nektelse av å inngå kontrakter, eller utelukkelse fra fremtidige anbudskonkurranser, som mulige sanksjoner (bokstav a). Dessuten peker bestemmelsen på tilbakeholdelse av betaling i kontraktsforhold som virkemiddel for å sikre at arbeidstakerne får den betalingen de skal ha (bokstav b). Det går imidlertid klart frem av ordlyden at dette er eksempler – ”or otherwise”. Valget av passende sanksjoner er overlatt den enkelte stat.

2.6 Sammenfatning

ILO-konvensjon nr. 94 er et særegent rettslig instrument. Formålet er å unngå svekkelse av lønns- og arbeidsvilkår som følge av offentlige anbudskonkurranser. Konvensjonen gir ikke anvisning på minimumsstandarder, slik som ILO-normeringer vanligvis gjør, men tilstreber likebehandling mellom lokalt etablert arbeidskraft og andre arbeidstakere som oppfyller anskaffelseskontrakter. Det *virkemiddelet* konvensjonen gir anvisning på for å oppnå slik likebehandling, er å *kontraktsfeste* at arbeidsstedets alminnelige arbeidsvilkår, derunder lønn (inkludert tillegg) slik disse fremgår av representative tariffavtaler, skal anvendes, i oppdragskontrakten mellom den offentlige instans og oppdragstakeren. En slik ”arbeidsklausul” skal dessuten forplikte oppdragstakeren til å stille de samme krav overfor sine eventuelle underleverandører.

Henvisninger til hva som følger av lov, er *ikke* tilstrekkelig dersom bedre rettigheter følger av relevant fremforhandlet tariffavtale. Det er de faktisk rådende lønns- og arbeidsvilkår på stedet som er avgjørende. Konvensjon nr. 94 må derfor sees i sammenheng med kon-

⁹³ Nielsen 1995, s. 97.

vensjonene nr. 87 og nr. 98. På tross av at de kontraktene konvensjon nr. 94 dekker, gjerne oppfylles av mobile arbeidstakere – dvs. arbeidstakere som forflytter seg med de oppdragene deres arbeidsgiver får – er konvensjonen ikke primært tiltenkt grensekryssende situasjoner. I dag er det imidlertid denne dimensjonen, og tilhørende rettsvalgsspørsmål, som gir konvensjonen aktualitet. Til tross for at konvensjonen til en viss grad kanskje lenge har vært et sovende instrument, er den i dag et ”up-to-date instrument” og én av de konvensjonene ILO arbeider for at skal gis bredest mulig anvendelse. Konvensjonen stiller til dels bestemte krav til hvilke arbeidsrettslige regler som skal ha anvendelse ved oppfyllelse av offentlige kontrakter. For noen rettsordener er slike krav ikke særlig problematiske, for andre kan de virke nokså vidtgående.

En åpenbar svakhet ved konvensjonen er at den bare gjør arbeidsklausuler obligatoriske i kontrakter der sentralmyndigheter er part. Det gjør at konvensjonens videre formål vanskelig kan nås med mindre ratifiserende stater utvider anvendelsesområdet til andre offentlige myndigheter. For øvrig er det ikke tvilsomt at konvensjonen på flere områder er uklar. Det kunne være behov for mer autoritative tolkninger enn det vi finner i General Survey 2008. Like fullt er hovedregelen og grunnprinsippet i konvensjonen klart: Arbeidsklausuler skal inntas i de offentlige kontrakter som omfattes, og de skal sikre at de arbeidstakerne som berøres, får lønns- og arbeidsvilkår minst på nivå med det som ellers gjelder på stedet, uansett om slike lønns- og arbeidsvilkår er tariffavtalte og uansett om de berørte arbeidstakerne er omfattet av noen tariffavtale.

3 Norge og ILO-konvensjon nr. 94

3.1 Innledning

Som omtalt foran (i punkt 1.23) ratifiserte Norge ILO-konvensjon nr. 94 først i 1996, og konvensjonen trådte dermed i kraft for Norge ett år senere, 12. februar 1997.⁹⁴ Det må sies å være på et sent tidspunkt.

⁹⁴ Jf. konvensjonens art. 11(3): “Thereafter, this Convention shall come into force for any Member twelve months after the date on which its ratification

Konvensjonen ble altså vedtatt i 1949, 29. juni, og den trådte i kraft 20. september 1952, ett år etter den andre ratifikasjonen.⁹⁵ Norges senere ratifikasjon skiller seg ut både i europeisk og i global målestokk.

De to første statene som ratifiserte, var Storbritannia (30. juni 1950) og Frankrike (20. september 1951). Flere europeiske stater fulgte i 1951 og 1952, herunder Finland (22. desember 1951). Danmark ratifiserte i 1955. (Sverige har ikke ratifisert konvensjonen.) Øvrige EU/EØS-stater sluttet seg til konvensjonen i perioden 1950 til 1955. De EU-medlemsstatene som har ratifisert, gjorde dette stort sett i løpet av første halvdel av 1950-årene; Kypros ratifiserte riktignok da landet fikk selvstendighet i 1960, og Spania ratifiserte i 1971. Hovedtyngden av ratifikasjoner kommer fra stater utenfor Europa, og mer enn halvparten av samtlige – 31 – skriver seg fra 1950- og 1960-årene. De nyeste ratifikasjonene er fra Armenia (2005), Bosnia og Herzegovina (2010) og FYROM (2010).⁹⁶

Et spørsmål som naturlig melder seg, er hvilke synsmåter som har ligget bak den norske tilnærmingen til konvensjonen fra dens tilblivelse i 1949 og frem til den norske ratifikasjonen i 1996. Vi behandler først ”forhistorien” frem til 1990-tallet (avsnitt 3.2 nedenfor), og dernest bakgrunnen for ratifikasjonen i 1996 (avsnitt 3.3). I den sammenheng er det dessuten naturlig å drøfte den senere gjennomføringen av konvensjonen også for kommuner og andre offentlige organer, i 2008.

3.2 ILO-konvensjon nr. 94 i eldre forarbeider (1950-1988)

Stortingsproposisjon nr. 63 (1950) om vedtak på den Internasjonale Arbeidskonferansen i Genève 1949 inneholder de første norske redegjørelser om ILO-konvensjon nr. 94. Proposisjonen fremholder at arbeidsklausuler som reguleringsmåte for anvendelig arbeidsrett er fremmed i den norske rettstradisjon. Sosialdepartementet la til grunn at arbeidsklausuler har ”liten praktisk interesse i land hvor fagorganisasjonen er godt utbygd, slik som i de skandinaviske land”, og at

has been registered.” (“Thereafter” refererer seg til ikrafttredelsesbestemmelsen i art. 11(2), jf. note 95.)

⁹⁵ Etter konvensjonen art. 11(2) trådte den i kraft ”twelve months after the date on which the ratifications of two Members have been registered with the Director-General”

⁹⁶ Kilde: ILOLEX per 27. juli 2011. FYROM står for the Former Yugoslav Republic of Macedonia, som er den internasjonalt diplomatisk anerkjente betegnelsen på staten.

”Konvensjonen er meget omfattende, idet den gjelder ikke bare bygg og anlegg, men også framstilling og levering av varer, og endog tjenester”.⁹⁷ Den norske ILO-komiteen konkluderte med at ”Norge for så vidt fyller konvensjonens reelle krav”, men at ratifisering ”ville skaffe et omfattende administrativt arbeid som neppe ville innebære noen fordeler utover det arbeiderne har på forhånd”. Komiteen foreslo at ratifikasjonsspørsmålet ble utsatt. Departementet var enig, men ville ”eventuelt ved et senere høve ta saka opp til nærmere drøfting med vedkommende myndigheter og tekniske etater”.⁹⁸

Tilsynelatende skjedde det ikke noe mer på vel 25 år.

I forbindelse med Norges ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 144 om trepartsrådslagning med sikte på å fremme gjennomføring av internasjonale standarder for arbeidslivet i 1977,⁹⁹ ble det på oppdrag fra Sosialdepartementet utarbeidet en utredning om ILO-konvensjoner Norge ikke hadde ratifisert. Formålet med NOU 1983: 38 var å utrede hvilke krav eventuell ratifikasjon av de ulike konvensjonene, derunder konvensjon nr. 94, ville stille til ”norsk lovgivning og praksis på visse områder av sosialpolitikken og arbeidslivet”.¹⁰⁰ Nok en gang fant et utvalg ”... å ikke tilrå at Norge skulle gjennomføre de detaljerte og kostbare administrative tiltakene som en ratifikasjon ville medføre”.¹⁰¹ Regjeringens svar til Arbeidsbyrået, som hadde reist spørsmål om norsk ratifikasjon, var derfor en repetisjon av synspunktene fra 1950.

Neste gjensyn med konvensjon nr. 94 kommer omtrent ti år senere, med Stortingsproposisjon nr. 46 (1987-1988). Dens hovedanliggende var spørsmålet om ratifisering av konvensjon nr. 149 (1977) om Sysselsettings-, arbeids- og levekår for sykepleiepersonell.¹⁰² Proposi-

⁹⁷ St.prp. nr. 63 (1950), s. 3.

⁹⁸ *Ibid.*, s. 3 og 4.

⁹⁹ Convention concerning Tripartite Consultations to Promote the Implementation of International Labour Standards, No. 144 (Tripartite Consultation (International Labour Standards) Convention, 1976), vedtatt 21. juni 1976; ratifisert av Norge 9. august 1977.

¹⁰⁰ NOU 1983: 38, s. 9.

¹⁰¹ NOU 1983: 38, s. 61.

¹⁰² Convention concerning Employment and Conditions of Work and Life of Nursing Personnel, No. 149 (Nursing Personnel Convention, 1977), vedtatt 21. juni 1977.

sjonen behandlet imidlertid også andre ILO-konvensjoner, derunder konvensjon nr. 94. Igjen fant man at det administrative merarbeid neppe ville gi arbeidstakerne fordeler i forhold til lovgivning og avtaler, og Kommunal- og arbeidsdepartementet tilrådte at konvensjonen ikke ble ratifisert.¹⁰³

Frem til 1990-tallets EØS- og EF-debatt var den norske linjen dermed at konvensjonen ikke var relevant og nødvendig for norske forhold, og at ratifikasjon først og fremst ville by på administrativt merarbeid som ikke stod i forhold til de fordeler som ville oppnås ved ratifisering. Verken partene i arbeidslivet eller lovgiver så seg derfor tjent med særlige internasjonale rettslige forpliktelser for arbeidere som jobbet under offentlige kontrakter.

3.3 Allmenngjøringslov og ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 (1990-1996)

Fra midten av 1980-tallet ble det fra politisk hold gjort forberedelser til tilpasning av norsk lovgivning til EF-retten. EFTAs minskede betydning etter at Storbritannia gikk inn i EF i 1972, og realiseringen av det indre marked gjennom EFs Enhetsakt¹⁰⁴ gjorde at det politisk var ønsker om nærmere tilknytning til EF.¹⁰⁵ Etter at formelle EØS-forhandlinger ble innledet i 1990, var det klart at Norge ville bli berørt av EF-retten, enten gjennom EØS-avtalen eller ved medlemskap i det som den gang het Det europeiske fellesskap. Forberedelsene skjedde ikke bare i departementer og på Stortinget. Landsorganisasjonen i Norges (LO) juridiske avdeling utarbeidet i samme tidsrom et omfattende arbeidsnotat om EØS og norsk arbeidsrett, datert 2. juni 1992¹⁰⁶, straks etter signering av EØS-avtalen.¹⁰⁷ Utredningens kapittel 5 om "sosial dumping" viser en aktiv tilnærming til EF-rettens regler om fri bevegelse med konkrete forslag til tiltak for hvordan fagbevegelsen kunne sikre seg mot sosial dumping som følge av EØS. Problemstillinger knyttet til lavlønnskonkurransen og sosial dumping knyttet seg

¹⁰³ St.prp. nr. 46 (1987-88), s. 23.

¹⁰⁴ Single European Act (1986), EF-tidende L 169, 29. juni 1987

¹⁰⁵ Sejersted i Sejersted m.fl., 2004, s. 32 flg.

¹⁰⁶ Holo og Moen Borgerud 1992.

¹⁰⁷ EØS-avtalen ble signert 2. mai 1992.

den gang særlig til Portugals inntreden i EF, i 1986. De to grunnleggende avgjørelsene om det som senere ble kjent som utstasjonering, *Seco*¹⁰⁸ (1982) og *Rush Portuguesa*¹⁰⁹ (1990), gjaldt begge utstasjonerte portugisiske arbeidstakere. Avgjørelsene åpnet tilsynelatende for at medlemsstatene i utstrakt grad kunne anvende nasjonale arbeidsrettslige regler overfor arbeidere som følger med sin arbeidsgiver for å utføre oppdrag for så å vende tilbake. I et *obiter dictum* som utvidet et lignende *obiter dictum* i *Seco*, uttalte domstolen:

”Finally, it should be stated, in response to the concern expressed in this connection by the French Government, that Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established; nor does Community law prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means ...” (*Rush*, avsnitt 18.)

Denne uttalelsen har blitt stående som uttrykk for et slags utgangspunkt ved utstasjonering, selv om den etterfølgende rettsutviklingen har endret rettstilstanden ganske grunnleggende. LO-utredningen tok, naturlig nok, utgangspunkt i rettstilstanden etter *Rush*, men også i det forslaget til et direktiv om utstasjonering som EF-kommisjonen hadde lagt frem våren/sommeren 1991, og utarbeidet på bakgrunn av dommen en skisse over et helhetlig norsk regelverk mot sosial dumping, der det som i dag er allmenngjøringsloven, var det primære instrument. I denne sammenheng pekte forfatterne på ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 som et nyttig supplement. Utredningen foreslo en ordning for å gjøre tariffavtaler generelt gjeldende ved lov etter tysk modell, men med det særtrekk at organisasjonene skulle ha rett til å kreve at de tariffbestemte vilkår skal gjelde.¹¹⁰ Som en del av forslaget til regelverk la forfatterne til grunn at det var på tide å løfte spørsmålet

¹⁰⁸ Forente saker 62 og 63/81 *Det franske selskap Seco og det franske selskap Desquenne & Giral mot Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, [1982] EFD 223.

¹⁰⁹ Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Lda mot Office national d'immigration*, [1990] EFD I-1417, avsnitt 18.

¹¹⁰ Holo og Borgerud Moen 1992, s. 66.

om ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 tilbake på den politiske arena:

”Det er nå grunn til å ta ratifikasjonsspørsmålet opp til ny behandling i lys av EØS-avtalen. Norge vil stå i en annen stilling, der tjenesteytere og arbeidstakere kan bevege seg over landegrensene og ta oppdrag eller arbeid i andre EØS-land. I en slik situasjon kan det ikke lenger sies at någjeldende lovgivning og tariffavtaler gir tilstrekkelig regulering til beskyttelse av arbeidstakernes og samfunnets interesser.”¹¹¹

Prosessen med å utvikle en minstevilkårslovgivning var alt i gang på dette tidspunktet, fra tidlig i 1991. I første omgang la Kommunal- og arbeidsdepartementet frem et utkast til minstelønnsregulering. Først etter en sammensatt og til dels kontroversiell prosess la Regjeringen Brundtland III, omtrent fem måneder etter at LO-utredningen forelå, frem et utkast til det som skulle bli allmenngjøringsloven.¹¹² Målsettingen med loven var:

”å sikre at utenlandske arbeidstakere som arbeider i Norge, får lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har”.¹¹³

Virkemiddelet for å oppnå dette var at tariffavtalers bestemmelser om individuelle lønns- og arbeidsvilkår skulle kunne gjøres gjeldende som ufravelige minstevilkår. I den forbindelse ble også spørsmålet om ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 igjen bragt på dagsorden.

Parallelt med de norske forberedelsene til EF/EØS arbeidet Kommisjonen på europeisk plan med et utkast til sekundærlovgivning om midlertidig utenlandsk arbeidskraft under tjenestereglene. Et første utkast til direktiv om utstasjonering ble, som nevnt, fremlagt i 1991,¹¹⁴ men ble ikke vedtatt. De typiske vertsstatene var på denne tiden i flertall, og de hadde ganske restriktive holdninger til innskrenkninger av mulighetene, ut fra *Rush*, for å anvende nasjonale arbeidsrettslige reguleringer. I første omgang var det derfor ikke mulig å oppnå det til-

¹¹¹ Holo og Borgerud Moen 1992, s. 69-70.

¹¹² Denne lovprosessen er inngående behandlet av Evju 2009b.

¹¹³ Ot.prp. nr. 26 (1992-1993) *Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m v*, s. 1 (datert 27. november 1992).

¹¹⁴ COM(91) 230 final.

strekkelige flertall for et direktiv.¹¹⁵ De EF-rettslige begrensninger for allmenngjøringsloven og ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 ble derfor i Ot.prp. nr. 26 (1992-93) basert på rettstilstanden etter *Rush*. I proposisjonen ble det lagt til grunn at:

”EØS-avtalens regler er ikke til hinder for at det fastsettes norske regler om lønns- og arbeidsvilkår som gjelder for alle som utfører arbeid i Norge. Det er EF-retten som legges til grunn. Det er utrykkelig fastslått gjennom EF-domstolens praksis, sist gjennom dommen i *Rush Portuguesa*-saken som ble avsagt i mars 1990, at de enkelte medlemslandene har anledning til å utvide sin egen lovgivning om arbeidsvilkår, samt kollektive avtaler om lønns- og arbeidsvilkår, til å omfatte all form for lønnet arbeid som foregår innen deres eget land” (s. 5-6).

I denne sammenhengen kan det nevnes at fagforeninger på europeisk nivå engasjerte seg, fra høsten 1986, etter at EF-kommisjonen hadde lagt frem ”hvitboken” om sysselsettingsvekst,¹¹⁶ for å få inkludert en ”sosial dimensjon” i den politiske og lovgivningsmessige prosessen. En av de mest aktive var European Federation of Building and Woodworkers (EFBWW), som presset sterkt på for å få en ”social clause” inkludert i det direktivet om liberalisering av offentlige anskaffelser som ble forslått i slutten av 1986.¹¹⁷ En bestemmelse som helt bevisst var formet som en parallell til art. 2 i ILO-konvensjon nr. 94, fikk stor tilslutning i Europaparlamentet, men fikk ikke flertall i Rådet. Bestemmelsen ble i stedet gjort ”optional”, slik at det er helt opp til den offentlige kontrahent å velge om den skal anvendes.¹¹⁸

¹¹⁵ En inngående behandling av tilblivelsesprosessen bak utstasjoneringdirektivet er gitt av Evju 2009c, 2010.

¹¹⁶ Commission 1986: *White Paper on Employment Growth*, 11 December 1986.

¹¹⁷ COM(86) 679 final. Proposal for a Council Directive amending Directive 71/305/EEC concerning the coordination of procedures for the award of public contracts.

¹¹⁸ Se nå Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EC av 31. mars 2004 om koordinering av prosedyrer for tildeling av offentlige kontrakter om byggearbeider, forsyninger og tjenester, art. 26 Conditions for performance of contracts, hvor det heter: ”Contracting authorities may lay down special conditions relating to the performance of a contract, provided that these are compatible with Community law and are indicated in the contract notice or in the specifications. The conditions governing the performance of a contract may, in particular, concern social and environmental considerations.”

I forarbeidene til allmenngjøringsloven finner vi ingen EØS-rettslige vurderinger knyttet *direkte* til ILO-konvensjon nr. 94. Med henvisning til tidligere vurderinger av ratifikasjonsspørsmålet bemerket Kommunaldepartementet lakonisk at ”det den gang [ble] konkludert med at konvensjonen ikke skulle ratifiseres”.¹¹⁹ På bakgrunn av LOs ønske om tilslutning ba likevel Kommunaldepartementet om Næringsdepartementets syn på saken, og svaret derfra ble denne gang at de ikke hadde ”vesentlige innvendinger mot at ILO-konvensjon nr 94 ratifiseres av Norge”.¹²⁰ Innvendingene mot de administrative byrder ved ratifikasjon ble vurdert annerledes, og det ble besluttet at det skulle legges frem forslag om ratifisering på et senere tidspunkt.¹²¹

De EØS-rettslige vurderinger av konvensjonen som departementet unnlot å gå inn på, ble derimot gjenstand for en viss oppmerksomhet i juridisk praksis. I 1994, på samme tid som ratifikasjonsprosessen verserte, utarbeidet Henning Jakhelln en betenkning om tarifflike lønns- og arbeidsvilkår ved anbudskonkurranser.¹²² Bakgrunnen var et forslag fra Odda kommune om at virksomheter som skulle gi anbud på bygge- og anleggsoppdrag til kommunen, skulle ha norsk tariffavtale, eventuelt lønns- og arbeidsvilkår tilsvarende tariffavtale. Jakhelln fant at krav om tilslutning til norsk tariffavtale ville rammes av EØS-reglene. Krav om lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarende gjeldende tariffavtale, mente han derimot at gikk klar av EØS-reglene. Et poeng i betenkningen var nettopp at ILO-konvensjon nr. 94 krever slike vilkår, og at dette talte for at det internasjonalt ”ikke bare vil være adgang til, men endog er angitt som et krav”, å anvende tarifflike vilkår ved anskaffelser.¹²³ Jakhelln konkluderte med at:

”Et vilkår om at anbydere skal anvende lønns- og arbeidsvilkår overfor deres arbeidstakere som tilsvarende tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår kan derfor ikke sees å ville være i strid med EØS-avtalens regler, så lenge dette vilkår gjøres gjeldende for alle anbydere, uavhengig av anbydernes nasjonale tilhørighet innen EØS-området.”¹²⁴

Konklusjonen er basert på det diskrimineringsforbud som den gang ble antatt å gjelde i EF-retten.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 26 (1992-1993), s. 31.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Inn tatt i Jakhelln 2000, s. 377.

¹²³ *Ibid.*, s. 390.

¹²⁴ Jakhelln 2000, s. 392.

Forslaget om ratifikasjon ble fulgt opp i St.prp. nr. 62 (1994-95) (jfr. note 17 foran). Der går det frem at NHO var uenige med LO i spørsmålet om norsk ratifikasjon. Også Forsvarsdepartementet og Statsbygg var skeptiske og mente konvensjonen først og fremst ville by på merarbeid. Kommunal- og arbeidsdepartementet mente derimot ”at det ikkje er nødvendig å etablere eit omfattande apparat for kontroll og tilsyn”, og foreslo at Stortinget ga samtykke til ratifikasjon.¹²⁵ I Kommunalkomiteen var det uenighet, men flertallet tilrådde ratifikasjon.

At det var politisk uenighet om konvensjonen burde ratifiseres, kom frem også under stortingsdebatten 7. november 1995.¹²⁶ Flertallet mente forholdene i arbeidslivet etter EØS innebar at de tidligere motforestillinger mot ratifikasjon ikke var like tungtveiende som tidligere, og stemte for norsk ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 og for tiltrødelse av rekommandasjon nr. 84. En representant mente derimot at det var ”ufattelig at Kristelig Folkeparti og andre støtter dette foreldede sosialistiske tankegods”, og hevdet at ”det bare [er] det tidligere omtalte ’bestillingsbrev’ fra LO som tilsier at samtykke til ratifikasjon gis.”¹²⁷

Dermed ble det besluttet at det i offentlige kontrakter der sentralmyndigheter var oppdragsgivere, skulle inntas arbeidsklausuler etter konvensjonen, og ratifikasjonen ble registrert av ILO 12. februar 1996.¹²⁸ Konvensjonen er ikke ”selv-effektuerende”,¹²⁹ men inkorporering eller transformasjon i lovs form var likevel unødvendig, så lenge arbeidsklausuler ble inntatt i aktuelle kontrakter. Dette kan sentrale myndigheter pålegges i kraft av regjeringens instruksjonsmyndighet, og som nevnt hadde Næringsdepartementet alt i 1991, i rundskrivs form, gitt påbud til statlige institusjoner om anvendelse av den såkalte ”antikontraktørklausulen”.¹³⁰

¹²⁵ St.prp.nr.62 (1994-1995), s. 3 flg.

¹²⁶ 140. Stortings forhandlinger 1995-96, 7. del, s. 697.

¹²⁷ *Ibid*, s. 698.

¹²⁸ <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (besøkt 13. august 2008).

¹²⁹ Nielsen og Rehof 1998, s. 267, Arnesen og Stenvik 2008, s. 63 omtaler begrepet som ”umiddelbar anvendelighet” på norsk.

¹³⁰ Jf. note 18 foran.

Av NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser* går det frem at en av utvalgets oppgaver var å fremme forslag til implementering av konvensjon nr. 94 dersom den ble ratifisert.¹³¹

Gjennomføringen av konvensjonen ble dermed sett i sammenheng med reformen av anskaffelsesreglene. Utvalget mente, ”sett på bakgrunn av utvalgets mandat om å forenkle regelverket”, at konvensjonen burde gjennomføres i rundskrivs form overfor de sentrale myndigheter som er omfattet av den.¹³²

Rundskrivet lot vente på seg. Først 16. juni 2005 sendte Moderniseringsdepartementet ut Rundskriv nr. 2/2005 ”Lønns- og arbeidsvilkår for arbeidrarar som utfører tenestekontraktar og byggje- og anleggskontraktar for staten”. Rundskrivet gjør kort rede for sin bakgrunn og inneholder et forslag til kontraktsklausul som ligger nær opp til konvensjonens ordlyd:

”Leverandøren skal syte for at tilsette i eigen organisasjon og tilsette hos eventuelle underleverandørar ikkje har dårlegare løns- og arbeidsforhold enn det som følgjer av tariffavtaler, regulativ eller det som elles er normalt for vedkommande stad og yrke. Dette gjeld berre for tilsette som direkte medverkar til å oppfylle kontrakten. Leiaren av verksemda er ansvarleg for at denne regelen vert etterlevd. Alle avtalar leverandøren inngår som inneber utføring av arbeid under denne kontrakten skal innehelde tilsvarande føresegner.”

Vilkår om at avtalt lønn og arbeidsvilkår ikke skal ligge under ”det normale” også ved midlertidig arbeid utført av utenlandske arbeidstakere, var fra før av vel kjent i utlendingsregelverket. Den nå opphevede forskriften¹³³ til utlendingsloven av 1988¹³⁴ § 2 første ledd nr. 2 foreskrev at ”Lønns- og arbeidsvilkår må ikke være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”. Dette kravet om ”tarifflik” eller normal

¹³¹ NOU 1997: 21, kap. 1.1.

¹³² NOU 1997: 21, kap. 10.5.3.

¹³³ Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

¹³⁴ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

lønn har vært en del av utlendingslovgivningen ihvertfall tilbake til 1970-tallet.¹³⁵

Oppsummeringsvis viser forarbeidene at formålet med ratifikasjonen av ILO-konvensjon nr. 94, som ved allmenngjøringsloven, var å forberede arbeidsmarkedet på EØS-rettens regler om fri bevegelse og derav følgende økt mobilitet over landegrensene av både virksomheter og arbeidskraft. Initiativet til ratifisering kom fra LO, og prosessen bærer preg av at konvensjonen ble ansett mer som en internasjonal forankring for de prinsippene allmenngjøringsloven bygger på, enn som et rettslig instrument som står på egne ben. Verken høringsnotater eller forarbeidene i snevrere forstand peker på at konvensjonens regler ikke nødvendigvis sammenfaller med allmenngjøringsinstituttets formål eller resultater. Allmenngjøring fastsetter et nedre minimum, mens konvensjonens tilnærming er likebehandling. En grunn til at det ikke har vært festet noen oppmerksomhet ved denne forskjellen, kan være at også allmenngjøringslovens formålsbestemmelse, opprinnelig § 1-1,¹³⁶ gir uttrykk for det som kan oppfattes som et lignende likebehandlingsprinsipp, og at konvensjonen i alle fall delvis ble sett som et virkemiddel for å avhjelpe ulemper ved allmenngjøringsloven.¹³⁷ Spesifikke vurderinger av de EØS-rettslige spørsmål ILO-konvensjonen reiser, kunne bidratt til å avklare konvensjonens muligheter og begrensninger i forhold til allmenngjøringsloven i større grad.

4 Handlingsplan mot sosial dumping og tarifflik lønn ved kommunale anskaffelser

4.1 Innledning og problemstilling

Som vi har pekt på innledningsvis (i punkt 1.23) ble temaet ”arbeidsklausuler” tatt opp i Regjeringen Stoltenberg IIs politiske plattform, ”Soria Moria-erklæringen”, i 2005. Det var et uttalt politisk mål for den regjeringen at arbeidstakere fra de nye EU-stater ”må bys de

¹³⁵ Se Evju 2009b, s. 3flg, 2009d, s. 251.

¹³⁶ Nå § 1, etter endringslov 19. juni 2009 nr. 42

¹³⁷ Jf. NOU 1997: 21, kap. 10.5.2.

samme lønns- og arbeidsvilkår som norske arbeidere.”¹³⁸ For å unngå ”undergraving av norske lønns- og arbeidsvilkår som en følge av at bedrifter tar med egne ansatte til arbeidsoppdrag i Norge”, ble det varslet krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i alle offentlige anbudsprosesser. Dette ble konkretisert nærmere i St.meld. nr. 2 (2005-2006) *Revidert nasjonalbudsjett 2006* (fremlagt 12. mai 2006), der den første handlingsplanen mot sosial dumping ble presentert (avsnitt 3.6). Gjennomføring av ILO-konvensjon nr. 94 også for kommunesektoren var ett av regjeringens virkemidler. I proposisjonen het det:

”Krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anbudsprosesser
Regjeringen uttalte i Soria-Moria-erklæringen at den ville stille krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i alle offentlige anbudsprosesser. ILO-konvensjon nr. 94 om arbeiderklausuler i offentlige arbeidskontrakter er gjennomført i norsk rett og gjort gjeldende for statlig sektor. Det innebærer at det skal stilles krav om norske lønns- og arbeidsvilkår i alle kontrakter om levering av tjenester og bygge- og anleggsarbeid over en viss størrelse. Regjeringen vil, i lys av erfaringene i statlig sektor, vurdere hvordan en ordning for kommunene kan utformes, med sikte på iverksetting i 2007. Partene i kommunal sektor vil bli konsultert i forbindelse med dette arbeidet.”¹³⁹

I den politiske plattformen etter valget i 2009 fremgår det at regjeringen ”vil fortsette norsk praksis ved ILO-94 ved all kontraktsinngåelse i offentlig sektor”. og at arbeidet med ”handlingsplaner mot sosial dumping skal følges opp og evalueres”.¹⁴⁰

4.2 Gjennomføring av konvensjonen i anskaffelsesloven § 11 a

Gjennomføringen av ILO-konvensjon nr. 94 i norsk lov fant sted ved vedtakelsen av en ny § 11a i loven om offentlige anskaffelser.¹⁴¹ Bestemmelsen lyder:

¹³⁸ Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-2009 (Soria Moria erklæringen), s. 36.

¹³⁹ St.meld. nr. 2 (2005-2006) s. 64.

¹⁴⁰ Politisk plattform for flertallsregjeringen utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2009-2013, s. 33, 34.

¹⁴¹ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser; § 11 a tilføyd ved lov 21. desember 2007 nr. 121.

”Kongen kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som inngås etter denne lov, som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

Kongen kan ved forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende etterlevelse av klausulene.”

Til forskjell fra rundskrivet og konvensjonsteksten er det nå tale om gjeldende *landsomfattende* tariffavtale eller det som ellers er normalt. Bestemmelsen er en hjemmelsfullmakt, og de nærmere regler finnes i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, som trådte i kraft 1. mars 2008.¹⁴² Forskriftens sentrale bestemmelser er §§ 3 og 5 som gjentar hjemmelsbestemmelsens krav med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår. Paragrafene 6 og 7 stiller krav om kontroll og informasjon. Disse går vi ikke inn på. Etter § 4 omfattes kontrakter som overstiger de EØS-rettslige terskelnivåer.¹⁴³

Med gjennomføringen i lov og forskrift har dermed de norske konvensjonsbaserte reglene utnyttet konvensjonens art. 1(2) ved at alle oppdragsgivere i offentlig sektor, derunder kommuner, er pliktsubjekter.¹⁴⁴ Gjennomføringen går dermed ut over konvensjonens obligatoriske (minimums)krav (jfr. i 2.1 foran).

I forarbeidene til tilføyelsen av § 11a i anskaffelsesloven er det fremholdt at bestemmelsene er tvilsomme i forhold til EØS-retten, men at EU-staters ratifikasjon av konvensjonen likevel taler for at slike regler ikke støter an mot EU/EØS-retten.¹⁴⁵ Av General Survey 2008 om ILO-konvensjon nr. 94 fremgår imidlertid at svært få EU-stater, og europeiske stater forøvrig, faktisk har gjennomført

¹⁴² Forskrift av 8. februar 2008 nr. 117 om lønns- og arbeidsvilkår ved offentlige kontrakter.

¹⁴³ 1,05 millioner for statlige myndigheter og 1,65 millioner for andre oppdragsgivere.

¹⁴⁴ Hvilke organer som omfattes, fremgår av forskriften lest i lys av anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-2, annet ledd.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr.7 (2007-2008) s. 6.

konvensjonen. Konklusjonen om oppfølgingen av konvensjonen er illustrerende for dens status i dag:

“Based on the review of national law and practice, the Committee concludes that the idea of including labour clauses in public contracts is not widely accepted among member States ... Moreover, there seems to be little support for the idea that workers employed under public contracts would need special protection in order to avoid social dumping in the sensitive area of public procurement. The rationale of the Convention, i.e. the notion that the State should act as model employer and offer the most advantageous conditions to workers paid indirectly through public funds, does not seem to enjoy great popularity today” (s. 59).

En ting er at svært få stater har ratifisert konvensjonen i nyere tid. Mer betegnende er det at rapporten også viser at ratifiserende stater jevnt over har et nokså tilbakeleent synt på konvensjonens forpliktelser:

“Even among ratifying countries, the application of the Convention lacks in many cases uniformity or coherence. According to a rough estimate, no more than 15 Member States, accounting for one fourth of the total number of ratifications received to date, are in full compliance with its requirements. Another 15 member States, often several decades after ratification, have still not adopted any implementing legislation” (s. 59).

Av rapporten fremgår at Kypros, Danmark, Italia og Spania har gjen-gitt konvensjons art. 2 i sin helhet i lovgivning eller rundskriv, men det synes uklart hvordan konvensjonen praktiseres. Østerrike har kun en henvisning til selve konvensjonen i sin anskaffelseslov, mens finsk implementeringslov viser til minstekrav i lovbestemmelser eller tariff-avtaler.¹⁴⁶

På bakgrunn av Ekspertkomiteens rapporter tyder ingenting på at Bulgaria anvender konvensjonen,¹⁴⁷ og det samme gjelder for Frankrike¹⁴⁸ og Nederland.¹⁴⁹ Tilsynelatende gjør klausulene generelle arbeidsvilkår og trygdesystemet gjeldende i Belgia, slik disse reguleringene fremgår ved lov eller tariffavtaler på nasjonalt, regionalt

¹⁴⁶ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 37.

¹⁴⁷ Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A), General Report and observations concerning particular countries, s. 547.

¹⁴⁸ *Ibid* s. 553.

¹⁴⁹ *Ibid* s. 564.

eller lokalt nivå.¹⁵⁰ Mye tyder derfor på at Norge alene med vår gjennomføring av konvensjonen.

4.3 Foreslåtte forskriftsendringer

Den norske gjennomføringen av ILO-konvensjon nr. 94 har vært gransket av EFTAs overvåkningsorgan, ESA, fra høsten 2008. Som nevnt innledningsvis (i 1.1) åpnet ESA formell sak mot Norge ved "letter of formal notice" 15. juli 2009. Åpningsbrevet konkluderer med at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår er i strid med EØS-avtalen art. 36 og utsendingsdirektivet artikkel 3 slik disse er tolket av EU-domstolen i *Rüffert*-avgjørelsen.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, i samarbeid med Arbeidsdepartementet, besvarte ESAs brev 15. oktober 2009 der ESAs synspunkter ble imøtegått.¹⁵¹ Ved høringsbrev 30. juni 2010 (ref. 201002271) fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet og Arbeidsdepartementet er det foreslått enkelte endringer som et stykke på vei imøtekommer ESAs synspunkter. Høringssvarene viser at arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene har ulikt syn på forskriften og de prinsipper den gjennomfører. Sentrale arbeidsgiverorganisasjoner har lagt til grunn at forskriften innbyr til byråkrati, og at forholdet til EØS-retten er tvilsomt, mens sentrale arbeidstakerorganisasjoner mener endringene ikke går langt nok i å utnytte konvensjonens muligheter for hvilke arbeidsvilkår som omfattes av slike arbeidsklausuler.¹⁵² Saken ligger foreløpig til behandling i Arbeidsdepartementet. Som nevnt innledningsvis har ESA brakt saken et skritt videre, med sin "reasoned opinion" av 29. juni 2011. Den ga Norge en to måneders svarfrist før ESA vil vurdere om saken skal bringes inn for EFTA-domstolen. En videre utvikling i saken lar foreløpig vente på seg.

¹⁵⁰ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s 37.

¹⁵¹ FADs brev 15. oktober 2009, ref. 200801388.

¹⁵² For en oversikt over hørings-saken se www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/horinger/horingsdokumenter/2010/horing-endringer-i-forskrift-om-lonns-.html?id=610806.

5 EF/EØS-rettens begrensninger for anvendelse av nasjonale arbeidsrettslige reguleringer

5.1 Innledning og problemstillinger

ILO-konvensjon nr. 94 er ikke den mest betydningsfulle internasjonale normeringen av hvilke lønns- og arbeidsvilkår som skal eller kan anvendes i tjenestesektoren. EØS-avtalen og sekundærlovgivning, herunder tjenstedirektivet og utstasjoneringdirektivet, begrenser hvilke forpliktelser som kan pålegges EØS-baserte tjenesteytere som bringer med seg sine ansatte til Norge.

Også etter EØS-retten gjelder særlige regler for offentlige kontrakter. Det primære siktemålet med EØS-rettens anskaffelsesregler er imidlertid realisering av det indre marked og å unngå favorisering av nasjonale leverandører. Fremme av sosiale rettigheter og motarbeidelse av lønnskurransen er ikke en del av dette regelverkets perspektiv, og det utgjør ikke mer enn hensyn som må avveies mot hensynet til fri bevegelse.

Før dommene i *Laval*, *Rüffert* og *Luxembourg* forelå, fortonet nasjonale lovgiveres spillerom seg nok som mer uklart enn det er i dag, men også som mer omfattende. Utstasjoneringdirektivet trådte i kraft i 1999,¹⁵³ men ble i hvert fall for de skandinaviske lands vedkommende først for alvor aktualisert med EU-utvidelsene i 2004.

Hovedpunktene i utstasjoneringdirektivet er vel kjent. Direktivet stiller krav om at vertsstatens arbeidsrettslige standarder på visse områder *skal* gjøres gjeldende overfor utenlandske tjenesteytere og deres arbeidstakere. Enkelte andre bestemmelser *kan* anvendes overfor utenlandske tjenestevirksomheter. Disse spørsmålene er både omfattende og grundig behandlet i litteraturen.¹⁵⁴ Derfor er det unødvendig å gå detaljert inn på dem; det er tilstrekkelig i sammenhengen her å sammenfatte de sentrale spørsmålene mer oversiktsmessig.

¹⁵³ Direktivets ble vedtatt 16. desember 1996, med tre års implementeringsfrist.

¹⁵⁴ Se blant annet Evju 2010a, s. 255 flg. (Arbeidsrett i møte med Europa Om utstasjonering, tjenstedirektiv og andre direktiver), og Kolehmainen 2002 for en mer inngående behandling.

I utgangspunktet er det tre hovedproblemstillinger som trer frem:

- Hvilke arbeidsrettslige regler (typer nasjonale reguleringer) kan en vertsstat eventuelt kreve at en utenlandsk tjenesteyter skal etterleve overfor sine arbeidstakere i vertsstaten;
- hvilke metoder, eller rettslige reguleringsmåter, må statene anvende dersom nasjonale reguleringer skal kunne gjøres gjeldende for utenlandske utstasjonerte arbeidstakere, og
- hvilket materielt beskyttelsesnivå kan gjøres gjeldende for de typer av reguleringer som i prinsippet er tillatelige.

Disse problemstillingene kommer vi mer spesielt tilbake til i avsnitt 6, der utstasjoneringsdirektivet behandles spesielt. Men de er en referanseramme også for drøftelsen i det følgende av den generelle traktatrettbaserte utviklingen på dette området før utstasjoneringsdirektivet trådte i kraft.

5.2 Fellesskapsrettslige utgangspunkter og innpassing av utsending

Det bærende hensyn bak opprettelsen av det indre marked var at økonomiske aktører bør lokalisere sine aktiviteter i den medlemsstaten der de rettslige, økonomiske og sosiale forhold passer dem best, og tilby sine varer og tjenester fritt innenfor fellesmarkedets grenser. Dette skulle sikre optimal lokalisering av virksomheter og optimal økonomisk vekst.¹⁵⁵ Ved opprettelsen av det økonomiske fellesskapet ble det lagt til grunn at høye sosiale standarder, deriblant lønn, ville følge i kjølvannet av økonomisk vekst. Fordi fellesskapsretten også har en sosial side,¹⁵⁶ men også fordi god konkurranse forutsetter like grunnforutsetninger eller rammevilkår for økonomisk virksomhet, finnes i dag likevel utstrakt minimumsharmonisering blant annet i arbeidsretten. En målsetning i Lisboa-erklæringen er økonomisk fremgang basert på kunnskap og teknologi. Dette står i kontrast til lavt sosialt beskyttelsesnivå og billig arbeidskraft.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Barnard 2006, s. 4.

¹⁵⁶ En annen sak er at den sosiale dimensjonen ikke speiles i EØS-avtalens hoveddel. Flere betydningsfulle bestemmelser, som art. 137(2) EF/art. 153(2) TFEU, har tilkommet etter 1992.

¹⁵⁷ Craig og De Burca 2007, s. 150.

Utstasjonering lar seg ikke umiddelbart innpasse i de skjematiske utgangspunktene. Utstasjonering opptrer der selskaper etablert i en EØS-stat oppfyller tjenesteoppdrag i en annen EØS-stat ved å bringe med seg egne ansatte. I arbeidsintensive bransjer vil det gjerne være en gunstig konkurransesituasjon gjennom lavere kostnader til arbeidskraft enn vertsstatens egne arbeidsgivere som ligger til grunn for at en utenlandsk tjenesteyter får en oppdragskontrakt. Hensynet til fri bevegelse taler for at virksomhetene kan bringe med seg hjemstatens lønns- og beskyttelsesnivå og derved nyttiggjøre sitt konkurransefortrinn.

Fra vertsstatens ståsted blir spørsmålet derimot mer sammensatt. På den ene siden er det særlig ved offentlige kontrakter gunstig for innbyggerne om en får mest mulig for offentlige midler.¹⁵⁸ På den annen side er det uheldig for den nasjonale organisering av arbeidslivet dersom nasjonalt etablerte lønns- og arbeidsvilkår settes under press av virksomheter som bringer med seg ansatte med lavere beskyttelsesnivå og lavere lønninger til vertsstaten.

I *Rush* slo EF-domstolen fast at utstasjonerte arbeidstakere faller inn under traktatreglene om tjenestefrihet – som ledd i arbeidsgiverens virksomhet – og ikke går inn under reglene om fri bevegelse av arbeidstakere. Det ble også begrunnet med at utstasjonerte arbeidstakere ikke blir en del av arbeidsmarkedet i vertsstaten og vil vende tilbake til hjemlandet.

I *Rush* uttalte domstolen således: ”In fact, such workers return to their country of origin after the completion of their work without at any time gaining access to the labour market of the host Member State” (avsnitt 15).

Begrunnelsen bak løsningen kan kritiseres, men den senere rettsutviklingen bygger på konklusjonen og den er bekreftet i *Finalarte*.¹⁵⁹ I dag er den sikker rett.

¹⁵⁸ Barnard 2006, s. 275.

¹⁵⁹ Forente saker C-49/98 m.fl., *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda m.fl., mot Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, m.fl.*, [2001] EFD I-7831.

5.3 Utstasjonering og lønnskurransse under restriksjonsforbudet

Dommen i *Rush* hadde også en annen og ikke mindre viktig dimensjon. I et *obiter dictum* som utvidet et lignende *obiter dictum* i *Seco*,¹⁶⁰ uttalte domstolen:

”Finally, it should be stated, in response to the concern expressed in this connection by the French Government, that Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established; nor does Community law prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means ...” (*Rush*, avsnitt 18).

Dette ledet frem til det forslaget og den lovgivningsprosessen som resulterte i utstasjoneringsdirektivet. Kommisjonen fryktet trolig vertsstatenes respons til avgjørelsen og et utkast til direktiv om utsending ble foreslått etter kort tid.¹⁶¹ Innflytelsesrike vertsstater var imidlertid lite interessert i sekundærlovgivning som begrenset de mulighetene *Rush* ga dem.¹⁶² ”Senderstater”, først og fremst Storbritannia og Portugal, var på sin side sterkt imot at vertsstatsregulering skulle kunne gis anvendelse. Først i 1996 ble direktivet om utsending av arbeidstakere vedtatt, med tre års implementeringsfrist til 16. desember 1999. I den mellomliggende perioden, fra 1991, ble det avsagt en rekke dommer i EU-domstolen om slike problemstillinger som var på trappene med direktivet. Det er klart nok at disse avgjørelsene, som er avsagt direkte på grunnlag av traktatreglene (primærretten), er avsagt med viten om det kommende direktivet. De har stor betydning også etter at direktivet trådte i kraft, ettersom sekundærlovgivning må anvendes innenfor primærrettens alminnelige skranker.

¹⁶⁰ Forente saker 62 og 63/81 *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral v Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, [1982] EFD 223.

¹⁶¹ COM(1991) 230 final.

¹⁶² Det første utkastet bygget på det samme vertsstatsprinsipp som *Rush*, men med begrenset omfang mht. hvilke typer av reguleringer og instrumenter som skulle omfattes, og skulle ikke komme til anvendelse på utstasjonering under tre måneder.

5.4 Anvendelse av nasjonale reguleringer under restriksjonsforbudet

I *Seco* og *Rush* godtok ikke domstolen anvendelse av nasjonale regler overfor utstasjonerte arbeidstakere fordi de aktuelle reglene virket indirekte diskriminerende. Reglene var nøytralt utformet, men virkningen gikk primært ut over utenlandske virksomheter. Reguleringer som diskriminerer, kan bare rettfærdiggjøres etter traktatens unntaksbestemmelser, jf. art. 55 jf. 46 EF (art. 62 jf. 52 TFEU).¹⁶³ Dette holder vi utenfor i det følgende.

Allerede året etter *Rush* slo EF-domstolen fast at art. 49 EF (art. 56 TFEU) ikke bare oppstiller et forbud mot slik nasjonalitetsbasert diskriminering, men *også* forbyr *restriksjoner* som virker likt for innenlandske og utenlandske virksomheter. I den grunnleggende *Säger* formulerte domstolen restriksjonsforbudet slik:

”Det må først påpekes at Traktatens artikkel 59 [EØF; art. 49 EF/art. 56 TFEU] ikke bare krever at enhver diskriminering av en tjenesteyter på grunn av dennes nasjonalitet elimineres, men også avskaffelse av enhver restriksjon selv om den gjelder uten forskjell for nasjonale tjenesteytere og tjenesteytere fra andre medlemsstater, når den er egnet til å forby eller på annen måte hindre virksomheten til en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat hvor han lovlig leverer tilsvarende tjenester” (avsnitt 12).

Restriksjonsforbudet hadde tidligere bidratt til å åpne for varefriheten, og det supplerer og effektiviserer diskrimineringsforbudet.¹⁶⁴ I *Säger* forbeholdt domstolen restriksjonsforbudet for tilfeller der tjenesten selv krysser grenser.¹⁶⁵ I *Guiot*¹⁶⁶ anvendte domstolen restriksjonsfor-

¹⁶³ Kompliserende her er at det ikke alltid er opplagt hva som er ikke-diskriminerende restriksjoner og indirekte diskriminering.

¹⁶⁴ Barnard 2008, s. 141. Den grunnleggende avgjørelse er den såkalte *Cassis de Dijon*-dommen, sak 120/78, *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] EFD s. 649.

¹⁶⁵ Jf. sak C-76/90 *Säger*, avsnitt 13: ”Spesielt kan en medlemsstat ikke gjøre tjenesteytelse på sitt territorium betinget av at alle vilkår for etablering etterleves og dermed frata Traktatens bestemmelser enhver effektivitet; disse bestemmelsene har nettopp som formål å sikre tjenestefriheten. En slik restriksjon er enn mer utillatelig når det, slik som i hovedsaken, og annerledes enn en slik situasjon som omfattes av Traktatens artikkel 60, er tale om en tjeneste som kan leveres uten at det er nødvendig for den person som leverer tjenesten, å besøke territoriet til den medlemsstat hvor tjenesten mottas.”

budet også ved utstasjonering der tjenesteyteren (og dens arbeidstakere) er det grensekryssende element. Senere rettspraksis utvidet forbudet ytterligere. Dommen i *Mazzoleni*¹⁶⁷ er et godt eksempel. Der fant domstolen at anvendelse av nasjonal lovgivning som virket likt for innenlandske og utenlandske tjenesteytere, kan:

”være til hinder for, innebære ulemper for eller gjøre disse tjenesteytelse mindre tiltrekkende, i det omfang denne lovgivning medfører utgifter samt ytterligere administrative og økonomiske omkostninger” (avsnitt 24).

Med et så vidt restriksjonsbegrep har det lite for seg positivt å oppregne hvilke regler som kan bli ansett som restriksjoner. Ut fra rettspraksis må det anses klart at også minstelønnsordninger i prinsippet omfattes av restriksjonsbegrepet. Som vi straks skal se, er likevel utgangspunktet etter *traktatbasert* rettspraksis at slike ordninger er tillatelige.¹⁶⁸

At ulike arbeidsrettslige forpliktelser i hjemstaten og vertsstaten i seg selv kan utgjøre en restriksjon for en grensekryssende tjenesteyter uavhengig av om reglene rammer utenlandske og innenlandske virksomheter likt, utfordrer åpenbart nasjonale reguleringer i en helt annen grad enn diskrimineringsforbudet.¹⁶⁹ Det harmonerer også dårlig med den tilsynelatende ubetingede retten til å anvende nasjonale arbeidsrettslige reguleringer – ”their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry” – i *Rush* (avsnitt 18).

¹⁶⁶ Sak C-272/94 *Straffesak mot Michel Guiot og Climatec SA*, [1996] EFD I-1905, avsnitt 10.

¹⁶⁷ Se for eksempel sak C-165/98 *Straffesak mot Mazzoleni og ISA SARL*, [2001] EFD I-2189, avsnitt. 22.

¹⁶⁸ Evju 2006, s. 18.

¹⁶⁹ Det finnes ingen avgjørelse tilsvarende *Keck* for tjenestefriheten, jf. forente saker C-267/91 og 268/91, *straffesaker mot Bernard Keck og Daniel Mithouard*, [1993] EFD I-6097, avsnitt 16, og det er tvilsomt om det kan skilles mellom markedsadgang og markedsatferd ved utstasjonering.

5.5 Rettferdiggjøring av ikke-diskriminerende restriksjoner

5.51 Innledning

Motstykket til restriksjonsforbudet som kan ramme utilsiktet vidt er doktrinen om rettferdiggjøring av ikke-diskriminerende restriksjoner som ble utviklet i *Gebhard*.¹⁷⁰

I *Gebhard* avsnitt 37 formulerer domstolen en lære eller test om rettferdiggjøring som eksplisitt kommer til anvendelse for alle de traktatfestede grunnleggende friheter. Reguleringer som gjør utøvelsen av de traktatsikrede friheter mindre tiltrekkende, kan rettferdiggjøres dersom disse:

- anvendes uten forskjellsbehandling,
- er begrunnet i tvingende allmenne hensyn,
- egnet til å oppfylle formålet de forfølger og,
- ikke går ut over hva som er nødvendig for å oppnå formålet.

Storkammer-avgjørelsen i *Arblade*¹⁷¹ er et godt eksempel på hvordan domstolen appliserer læren ved utsending. I flere utstasjoneringssaker avgjort på bakgrunn av traktaten har domstolen lagt vekt på et ytterligere vilkår som ikke klart går frem i *Gebhard*, nemlig kravet om reell fordel eller tilleggsbeskyttelse. Kravet bør kanskje helst sees som en del av egnethets- og nødvendighetsvurderingen, men for enkelthets skyld vil vi behandle det separat her.¹⁷²

5.52 Tvingende allmenne hensyn

Dersom restriksjoner skal kunne rettferdiggjøres, må formålet bak restriksjonen enten fremgå av EF/TFEU-traktatens unntaksregler eller være begrunnet i et av domstolens aksepterte tvingende allmenne hensyn. Hvilke hensyn det er snakk om, er ingen fast størrelse; læren er utviklet i rettspraksis.¹⁷³ Allerede i *Webb*¹⁷⁴, fra 1981, fant domstolen

¹⁷⁰ Sak C-55/94 Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, [1995] EFD I-4165.

¹⁷¹ Forente saker C-396/96 og C-376/96 Straffesaker mot Jean-Claude Arblade og Arblade & Fils SARL og Bernard Leloup, Serge Leloup og Sofrage SARL, [1999] EFD I-8453.

¹⁷² Slik også Rognstad og Foyn i Sejersted m.fl., 2004, s. 453.

¹⁷³ Domstolen sa det kanskje best selv i sak 33/74 *van Binsbergen* [1974] EFD 1299, avsnitt 12: "rules justified by the general good".

¹⁷⁴ Sak C-279/80 *Straffesak mot Alfred John Webb*, [1981] EFD 3305, avsnitt 19.

at beskyttelse av arbeidstakere er et allment hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på den frie tjenesteutveksling. Dette er fortsatt det dominerende allmenne hensyn der vertsstaten stiller krav om overholdelse av nasjonale reguleringer, men det generelle hensynet har i senere rettspraksis blitt spesifisert i ulike retninger.¹⁷⁵

Anvendelse av nasjonale reguleringer overfor utstasjonerte virksomheter tilgodeser *ikke bare* de utstasjonerte arbeidstakere, men også vertsstatens nasjonale arbeidsmarked mot konkurranse ved at konkurransefortrinn utjevnes eller minskes. Dette ble problematisert i *Finalarte*. Forarbeidene til den tyske utsendingslov, *Arbeitnehmer-Entsendegesetz* 1996 (AEntG), uttrykte et klart proteksjonistisk formål om å beskytte tyske virksomheter mot konkurranse i det indre marked. Utgangspunktet er klart nok at restriksjoner begrunnet i økonomiske og forvaltningsmessige hensyn ”så som beskyttelse av nasjonale foretak”,¹⁷⁶ ikke kan innskrenke den frie bevegelse. Selv om domstolen på dette grunnlag kunne kjent loven ugyldig,¹⁷⁷ fant den at lovgivers hensikt ved vedtakelsen ikke var avgjørende:

”Det skal imidlertid bemerkes, at selv om lovgivers hensikt slik den kommer til uttrykk under de politiske drøftelser forut for vedtakelsen av en lov eller i bemerkningene til et lovforslag, ganske visst kan utgjøre et indisium for det formål som forfølges med loven, er denne hensikten ikke avgjørende. Tvert imot påhviler det den foreleggende rett å ta stilling til om den lovgivningen det er tale om i hovedsakene, objektivt sett fremmer beskyttelsen av de utstasjonerte arbeidstakere” (avsnitt 40 og 41).

Dette ble bekreftet i *Portugaia*¹⁷⁸, der domstolen uttalte at ”lovgivers hensikt, slik den kommer til uttrykk i motivene til en lov, kan utgjøre et indisium for det formål som forfølges med loven, men det er dog ikke avgjørende” (avsnitt 27). Den subjektive begrunnelse hos lov-

¹⁷⁵ Forebyggelse av sosial dumping, sak C-244/04 *Kommisjonen mot Tyskland* [2006] EFD I-885, avsnitt 62; illojal konkurranse, sak C-60/03 *Wolff & Müller mot Pereira Felix* [2004] EFD I-9553, avsnitt 41; unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet, sak C-445/03 *Kommisjonen mot Luxembourg* [2004] EFD I-10191, avsnitt 38.

¹⁷⁶ Sak C-49/98 m.fl., *Finalarte*, avsnitt 39.

¹⁷⁷ Evju 2006 s. 21 og Giesen 2003 s. 157.

¹⁷⁸ Sak C-164/99 *Portugaia Construções Lda*, [2002] EFD I-00787.

giver er dermed ikke avgjørende, men den kan altså gi grunn til en nærmere undersøkelse av lovens virkning.¹⁷⁹

5.53 Fordelskravet

Vilkåret om at anvendelse av vertsstatens reguleringer skal gi arbeidstakere fordeler de ellers ikke ville hatt krav på, henger sammen med prinsippet om gjensidig anerkjennelse.¹⁸⁰ Et annet poeng er at vertsstatsreguleringer som ikke gir noen fordel, utelukkende beskytter det innenlandske arbeidsmarked mot konkurranse uten at det kommer de utstasjonerte til gode. Vurderingen av om en regulering gir de utstasjonerte arbeidstakere fordeler, forutsetter en *individuell vurdering* av vernet i hjemstaten før det kan insisteres på at vertsstatsreglene finner anvendelse.¹⁸¹

Guiot gjaldt, i likhet med *Arblade*, arbeidsgiverbidrag til fond for bonusytelser og lønn ved dårlig vær. Domstolen til grunn at art. 49 og 50 var til hinder for å kreve slike bidrag ”når virksomheten allerede betaler lignende bidrag for de samme arbeidstakere og for de samme arbeidsperioder i den stat der den er etablert”(avsnitt 22). I *Arblade* uttalte domstolen at bidragene bare kunne kreves såfremt dette er ”en fordel som reelt kan gi dem en ekstra beskyttelse de ellers ikke ville ha” (avsnitt 54). *Arblade* gjaldt utstasjonering fra Frankrike til Belgia, og selskapene var underlagt ”om ikke identiske, så i hvert fall sammenlignbare”¹⁸² forpliktelser i Frankrike. På denne bakgrunn kunne belgiske myndigheter ikke kreve tilsvarende bidrag i Belgia. Også *Finalarte* gjaldt arbeidsgiverfinansiering av sosiale fond, men i den saken var de utenlandske arbeidsgivere ikke underlagt tilsvarende forpliktelser i etableringsstatene som i Tyskland.¹⁸³

Det avgjørende etter fordelskravet var da om de utstasjonerte arbeidstakerne:

¹⁷⁹ Foyn og Rognstad i Sejersted m.fl., 2004, s. 453.

¹⁸⁰ Også dette prinsippet har opphav i varefriheten, se sak 120/78, *Cassis de Dijon*.

¹⁸¹ Evju 2008a, s. 10-11.

¹⁸² Forente saker C-369/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 48.

¹⁸³ COM(2003) 458 final, s.15.

”reelt er i stand til å gjøre sin rett til at få utbetalt feriegodtgjørelser fra feriekassen gjeldende, særlig under hensyn til de formaliteter de skal ivareta, det språk de skal benytte, og de nærmere regler om utbetaling” (avsnitt 48).

Dersom prosessuelle regler for å få utbetalt det arbeidstakerne hadde rett på, gjorde det lite trolig at de utstasjonerte ville motta reelle fordeler, virket pålegget om fondsbidrag utelukkende som en handelshindring.

Et særlig spørsmål er om fordelsvurderingen når det er snakk om lønn, innebærer at det er tilstrekkelig at lønnsatsene sammenlignes, eller om det er de totale økonomiske ytelser som skal sammenholdes. I *Arblade*, som er den første avgjørelsen som anerkjente anvendelse av vertsstatens mistelønnsregler overfor utstasjonerte arbeidstakere i en sak der dette var reist som en problemstilling, gikk domstolen ikke inn i hvilke vurderingstema som skal holdes opp mot hverandre. Derimot oppstilte domstolen en *presumpsjon* på bakgrunn av *Seco*, *Rush* og *Guiot* om at:

”bestemmelser i en medlemsstats lovgivning eller kollektive overenskomster som garanterer en minstelønn, som utgangspunkt kan anvendes overfor arbeidsgivere som utfører tjenesteytelser på den vedkommende stats område, uansett hvilket land de er etablert i” (avsnitt 42).

Domstolen gikk derved tilbake på dictumet i *Rush* som gjaldt lønn, og ikke bare minstelønn.

Et vilkår for å gjøre minstelønn gjeldende er imidlertid at lønnsbestemmelsene skal være:

”tilstrekkelig presise og tilgjengelige, slik at det ikke i praksis er umulig eller urimelig vanskelig for en slik arbeidsgiver å få klarhet i hvilke forpliktelser han skal overholde” (*Arblade m.fl* avsnitt 43).

Reservasjonen er tilsynelatende velbegrunnet. Hvis det er urimelig vanskelig for arbeidsgiveren å få kunnskap om de aktuelle lønnsatsene, kan han nøle med å påta seg oppdraget. Domstolen gikk ikke nærmere inn på hva minstelønn kan være – begrep og nivå – men den problematiserte ikke at minstelønningen i saken var basert på en allmenngyldig tariffavtale selv om Belgia også har en lavere lovfestet

minstelønn.¹⁸⁴ Den aksepterte derimot ikke at bonusordninger som også hadde grunnlag i allmenngyldige tariffavtaler, inngikk i minstelønnen.¹⁸⁵ En grunn til at domstolen ikke problematiserte fordelskravet med hensyn til lønn her, kan ha vært at det som oftest ikke er tvil om at en høyere lønn i vertsstaten enn i hjemstaten er en fordel for arbeidstakerne. En annen kan være at minstelønnsnivået uten videre ble tatt som utgangspunkt.¹⁸⁶ Spørsmålet om minstelønn og nivå kommer vi tilbake til i avsnitt 6.6.

Selv om utgangspunktet etter art. 49 EF/art. 56 TFEU er at minstelønnsbestemmelser kan anvendes, viser *Mazzoleni* at det også her kan problematiseres hvorvidt vertsstatens regler innebærer noen egentlig fordel, og hvorvidt det er tilstrekkelig grunnlag for anvendelse av nasjonale bestemmelser om minstelønn. Domstolen gjentok utgangspunktet om at vertsstatens minstelønn kan anvendes, men gikk på bakgrunn av særlige omstendigheter i saken bredt ut med hensyn til hva som skulle sammenlignes. Fordi det dreide seg om helt kortvarig utstasjonering, var det ikke bare de aktuelle lønnsatser som skulle sammenholdes, men også andre relevante momenter som "lønn, skatt og sosiale omkostninger både i vertsmedlemsstaten og i etableringsmedlemsstaten" (avsnitt 35). At domstolen her anga et såpass vidt vurderingstema, hadde betydning for den proporsjonalitetsvurdering som ble sendt tilbake til den foreleggende rett.

5.54 Proporsjonalitet

Selv om proporsjonalitetsvurderingen kan sees som en del av fordelskravet, er vurderingsmomentene bredere og mer fleksibelt anlagt ved vurderingen av egnethet og nødvendighet. Selv om vertsstatens regler gir de utstasjonerte reelle fordeler og dermed er egnet til å nå sitt formål, skal det vurderes om disse fordelene står i forhold til tiltakets ulemper for samhandelen. Det sentrale er om samme formål kan nås ved tiltak som i mindre grad begrenser samhandelen. Hvis det er tilfelle, er virkemiddelet uproporsjonalt og kan ikke rettferdiggjøres. I *Finalarte* presenterer domstolen proporsjonalitetsvurderingen slik:

¹⁸⁴ Evju 2006, s. 25.

¹⁸⁵ Forente saker C-369/96 og 376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 45 og 46.

¹⁸⁶ Evju 2006, s. 25.

”[det] skal foretas en avveining mellom på den ene side de administrative og økonomiske byrder som påhviler tjenesteytere i henhold til disse bestemmelser, og på den anden side den ekstra sosiale beskyttelse som arbeidstakerne oppnår derved i forhold til hva som garanteres i henhold til bestemmelsene i den medlemsstat hvor arbeidsgiveren har sitt hjemsted”.¹⁸⁷

Rettspraksis viser at domstolen særlig har stilt seg kritisk til tungvinte regler om dokumentføring og oppbevaring av relevante dokumenter. Denne typen spørsmål er for en stor del avklart med utsendingsdirektivets ikrafttredelse, og detaljene går vi ikke inn på.¹⁸⁸ *Mazzoleni* viser at kravet om nødvendighet har betydning også ved anvendelse av minstelønn som i utgangspunktet rettferdiggjøres:

”Det kan dog ikke utelukkes at der kan være omstendigheter der anvendelsen av disse bestemmelser hverken vil være nødvendig for eller proporsjonal med formålets oppfyllelse, nemlig beskyttelse av vedkommende arbeidstakere” (avsnitt 30).

Særlige momenter som i denne saken talte mot at minstelønn var nødvendig, var den kortvarige utstasjoneringen og at det kanskje var lønnsforskjeller som lå bak utstasjoneringen. Etter skatt og sosiale fordeler var det tvilsomt hvilken fordel belgisk lovgivning ga.¹⁸⁹ Et annet poeng var at vekterselskapet var avhengig av at vaktene ikke lett kunne gjenkjennes; rullering på arbeidssteder var viktig i saken. Der som domstolen utelukkende hadde vektlagt at lønnsatsen var høyere i Belgia og dermed uten videre kunne komme til anvendelse, kunne resultatet vært at de administrative byrdene førte til at selskapet ikke påtok seg oppdrag i Belgia. Det ville verken vært en fordel for arbeidstakerne eller vært nødvendig sett i forhold til gevinsten belgisk minstelønn representerte.

Selv om vurderingstemaet for proporsjonalitetsvurderingen var svært vidt i *Mazzoleni* og ga grobunn for spekulasjoner om at domstolen fant det ubegrunnet at vertsstaten skulle gjøre gjeldende minstelønn, har EF-domstolen aldri funnet at en minstelønn med grunnlag i allmenngyldig tariffavtale har vært uproporsjonal. Et særlig

¹⁸⁷ Forente saker C-49/98 m.fl. *Finalarte m.fl.*, avsnitt 50.

¹⁸⁸ Jf. forente saker C-369/96, 376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 61, ”i mangel av et organisert system, ... som foreskrevet i artikkel 4 i direktiv 96/71”.

¹⁸⁹ C-165/98 *Mazzoleni*, avsnitt 10 og 33.

spørsmål er hvordan kravet om nødvendighet slår ut dersom vertsstatens lovgiver etter egne vurderinger har funnet at enkelte regler er av stor viktighet, ved å kvalifisere disse som *ordre public*.¹⁹⁰ Spørsmålet er i dag et stykke på vei avklart, og vi vender tilbake til dette i punkt 6.43.

Fordi proporsjonalitetsvurderingen forutsetter en individuell vurdering, er det liten grunn til å spekulere i hva som kan være proporsjonalt etter de alminnelige prinsipper utenfor de tilfeller domstolen har tatt stilling til like eller tilsvarende regler. Et poeng her er at det heller ikke finnes fast praksis for om EF-domstolen selv foretar vurderingen ved prejudisielle saker eller sender vurderingen tilbake til den foreleggende rett med veiledning om relevante momenter. Det siste er mest konsistent med kompetansefordelingen mellom domstolen og nasjonale domstoler, ettersom nasjonal rett nødvendigvis må vurderes.¹⁹¹ På den annen side er det for nasjonale domstoler lite nyttig å forelegge tolkningsspørsmål for EF-domstolen dersom en får spørsmålet omformulert tilbake.

5.55 Sammenfatning og betraktninger

Restriksjonsforbudet og dets motsats i læren om rettferdiggjøring av restriksjoner gir vertsstatene fleksibilitet fordi nasjonalt etablerte virkemidler, i alle fall i prinsippet, kan anvendes uavhengig av form og innhold. Det kreves imidlertid at reguleringene er begrunnet i aksepterte allmenne hensyn og gir de utstasjonerte reelle fordeler, uten at det begrenser samhandelen unødvendig. En avklaring kom i *Arblade* ved at domstolen bekreftet at vertsstaten kan anvende *minstelønnsregler* i allmenngyldige tariffavtaler overfor utstasjonerte arbeidstakere. I etterfølgende saker ble dette ytterligere bekreftet. Det synes imidlertid nokså klart at henvisninger til normallønn etter mer skjønnsmessige kriterier ikke passerer testen, uavhengig av om de gir arbeidstakerne reelle fordeler. En viktig begrensning i *Arblade* var at minstelønnen skal være tilstrekkelig presis og tilgjengelig. For reguleringer domstolen ikke har tatt stilling til, gir rettspraksis avsagt under traktaten mindre veiledning. Til tross for at avgjørelsene ikke bygger på direktivet, har direktivet – dels også den endelige utform-

¹⁹⁰ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 30.

¹⁹¹ Dette gjelder bare prejudisielle saker etter art. 234 EF/art. 267 TFEU.

ingen av det – vært vel kjent. Problemstillingene har derfor ikke vært fremmede for domstolen. En ganske annen bemerkning er at alle nasjonale reguleringer som domstolen tok stilling til før direktivet trådte i kraft, med ett unntak, hadde sitt rettslige grunnlag enten i lov eller allmenngyldiggjorte tariffavtaler. Forut for direktivet vurderte domstolen aldri andre former for minstelønnsfastsettelse. Selv om saken også knytter seg til lønn fastsatt ved allmenngyldiggjort tariffavtale, er det grunn til å trekke frem den senere avgjørelsen i *Wolff & Müller (Pereira Felix)*.¹⁹² Lønnssatsene var fastsatt i en allmenngyldiggjort tariffavtale for byggfag i henhold til den tyske Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Minstelønnsatsene i denne avtalen lå til dels meget betydelig høyere enn de tariffestete minstelønnsatsene i andre fag. Det ble overhodet ikke reist spørsmål om at det skulle være utillatelig med en bransjespesifikk eller bransjemessig høyere lønnsregulering, hverken fra partene eller fra domstolens side. Om domstolen hadde ment at dette var en utillatelig restriksjon, ut fra traktatreglene, måtte man vente at den hadde tatt opp spørsmålet *ex officio*.

Selv om rettspraksis gjør det mulig, langt på vei, å forutse om nasjonale reguleringer vil være akseptable, innebærer rettspraksis at det gjelder en rekke negative forpliktelser. Det kan sies å skape fleksibilitet, men en fleksibilitet vertsstatene er bedre tjent med enn utstasjonierende virksomheter. Enhver vertsstatsregulering som ennå ikke har blitt avgjort av domstolen, forutsetter en individuell prøving med en rekke skjønsmessige vurderingstema. I tvilsomme tilfeller kan vertsstatene fremholde at både meningen og virkningen er den beste, og at hva som er akseptabelt etter art. 49 EF, er det bare domstolen som kan avgjøre. Den generelle læren og de mange tvilsspørsmål som kan gjøre seg gjeldende, kan lede til at en stat griper til å anvende tvilsomme bestemmelser fordi de enkelte virksomheter ikke alltid har tid eller ressurser til å avvente en rettslig avklaring. Rettslig forutberegnelighet kan lettere oppnås ved harmonisering eller koordinering av EØS-statenes lovgivning. Dette bringer oss over til, eller tilbake til, utstasjoneringsdirektivet.

¹⁹² Sak 60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix*, [2004] EFD I-9553.

6 Utstasjoneringsdirektivet og nyere rettspraksis om utsending

6.1 Innledning og problemstillinger

Siden implementeringsfristens utløp i 1999, har utstasjoneringsdirektivet sammen med traktatreglene utgjort det rettslige rammeverk for tjenestearbeidsmarkedet i EØS-området.¹⁹³ Direktivet er et komplisert rettslig instrument med en rekke uklarheter, ikke minst med hensyn til hva som skal oppnås med det og hvordan formålene skal nås. Formålet med direktivet er kort sagt å forene utstasjonerende virksomheters frihet til å tilby tjenester etter art. 49 EF med et passende beskyttelsesnivå for utstasjonerte arbeidstakere.¹⁹⁴ Det sentrale virkemiddel er at direktivet identifiserer en kjerne av ufravikelige minimumsregler i vertsstaten som vertsstaten skal sørge for har anvendelse for utstasjonerte arbeidstakere og som utenlandske virksomheter skal overholde. Fordi direktivet også åpner for at andre vilkår *kan* anvendes, er det særlig spørsmål om hvordan direktivets regler forholdet seg til de generelle reglene vi har sett på i avsnitt 5 foran.

Direktivet er nokså komplekst, og det har berøringsflater til annen fellesskapsrett som også er relevant for temaet i denne artikkelen. Derfor gir vi først en redegjørelse for direktivets hovedpunkter før de enkelte spørsmålene drøftes nærmere. Og i det følgende konsentrerer vi oss om tre velkjente og sentrale problemstillinger – enkelt sagt *hvilke* arbeidsrettslige reguleringer kan en vertsstat gjøre gjeldende, med hvilke midler (*reguleringsmåter*) kan det gjøres, og med hvilket beskyttelsesnivå (jf. den litt mer utførlige oppstillingen i avsnitt 5.1). Alle disse problemstillingene er behandlet i EF-domstolens notoriske avgjørelser i *Laval*, *Rüffert* og *Luxembourg*. Avgjørelsene er også godt egnet til å belyse forholdet mellom direktivets tekniske bestemmelser og de alminnelige utgangspunkter etter art. 49 EF/art. 56 TFEU.

¹⁹³ Stensvik 2007, s. 19.

¹⁹⁴ Fortalens første til tredje og femte betraktning.

6.2 Hovedpunkter om utsendingsdirektivet

6.21 Direktivets fremvekst og rettslige grunnlag

Utstasjonering av arbeidstakere har både en rettsvalgsdimensjon og en side til traktatbaserte regler om fri bevegelighet og forholdet til vertsstaters reguleringsautonomi.¹⁹⁵ Tidligere forsøk på å regulere slike spørsmål samlet gjennom en rettsvalgsforordning hadde ikke ført frem. Roma-konvensjonen av 1980¹⁹⁶ brakte ingen særlig avklaring på det arbeidsrettslige området. Et initiativ for å komme frem til en regulering var allerede tatt da dommen i *Rush* ble avsagt, men den førte til at det ble fortløpende i saken. Som tidligere nevnt la EF-kommisjonen frem et første forslag til direktiv sommeren 1991. Ved siden av formålene i kortversjon fremholdt Kommisjonen der at det gjorde seg gjeldende rettslig usikkerhet:

”The identification of binding provision for minimum protection in force in the host country will counteract the legal uncertainty which surrounds posting, the purpose being to create conditions of fair competition between firms and to meet the needs of workers.”¹⁹⁷

Noe av den rettslige usikkerheten kommisjonen bekymret seg for, skyldtes åpenbart *Rush*, der domstolen ikke bare holdt åpent for anvendelse av vertsstatens reguleringer av minstelønn, men for reguleringer i lovgivning og tariffavtaler – *legislation, or collective labour agreements* – generelt.¹⁹⁸ Direktivutkastet møtte politisk motstand på flere hold og av ulike grunner, og prosessen ble både komplisert og langsom. Et nytt forslag med unntak ble presentert to år senere.¹⁹⁹ Fortsatt var det sterk uenighet i Rådet og Rådets arbeidsgruppe. Uenigheten dreiet seg om en rekke spørsmål. Et av dem var spørsmålet om en unntaksperiode (utstasjonering skulle ikke omfattes hvis den ikke overskred et visst tidsrom); et annet var forholdet til nasjonal tariffavtaleregulering og arbeidskamprett. Intens

¹⁹⁵ Se f.eks. Evju 2010b.

¹⁹⁶ Roma-konvensjonen av 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktsrettens område – Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version), EF-tidende C 27/34, 28. januar 1998.

¹⁹⁷ Kommisjonens pressemelding, P/91/38 26. juni 1991, s. 2.

¹⁹⁸ Jf. i 5.3 foran, og f.eks. Davies 1997, s. 586, SOU 2008:123 s. 126.

¹⁹⁹ COM(1993) 225 final.

forhandlingsvirksomhet i første del av 1996 ledet omsider til enighet; den formelle vedtakelsen i Rådet fant sted 16. desember 1996.

Mens begge utkastene inneholdt henvisninger til ILO-konvensjon nr. 94 i tiende betraktning i fortalen, finnes dette ikke igjen i direktivet.

Direktivets rettslige grunnlag er EF-traktaten art. 47(2) og 55. Disse anga at direktiver kunne vedtas etter medbestemmelsesprosedyren i art. 251 for

”ved samordning av medlemsstatenes lover og administrativt fastsatte bestemmelser om adgangen til å oppta og utøve ervervsvirksomhet”.

Det kan synes underlig at et direktiv som kodifiserer retten til å anvende vertsstatens arbeidsrett, har et slikt rettslig grunnlag. Det er en ganske alminnelig oppfatning i litteraturen at valget av rettslige grunnlag primært skyldtes ønsket om å komme inn under reglene om kvalifisert flertall, og ikke enstemmighet i Rådet.²⁰⁰ Men det rettslige grunnlaget gjør det uansett tydelig at direktivet ikke primært er et arbeidsrettslig direktiv, men derimot regulerer hvor langt en vertsstat kan anvende egne arbeidsrettslige reguleringer fra et utgangspunkt om mest mulig fri bevegelse.

6.22 Anvendelsesområde og hovedregel

Etter art. 1(1) kommer direktivet til anvendelse der virksomheter som i forbindelse med grensekryssende levering av tjenesteytelser utstasjonere sine arbeidstakere på en annen medlemsstats område. Det må altså bestå et ansettelsesforhold mellom den utstasjonerte arbeidstaker og tjenestetilbyderen som er etablert i en annen medlemsstat enn der tjenestene ytes.²⁰¹ At den utstasjonierende virksomhet og mottakeren av tjenestene må ha hjemsted i ulike stater, innebærer at arbeidstakere sendt til andre stater for å yte tjenester for sin hjemlige arbeidsgiver faller utenfor. Eksempler er reiseledere sendt til et av arbeidsgiverens feriesteder i utlandet, og journalister som er sendt utenlands for å dekke begivenheter for sin hjemlige arbeidsgiver.²⁰² Utstasjonering kan etter art. 1(3) skje i tre ulike former:

²⁰⁰ Jf. f.eks. Maier 2000, s. 349, og Davies 1997, s. 572.

²⁰¹ Barnard 2006, s. 281.

²⁰² Davies 1997 s. 576 og Nielsen 1997, s. 244.

- utstasjonering foranlediget av en kontrakt mellom tjenestetilbyderen og mottakeren av tjenestene i en annen EØS-stat,
- utstasjonering innenfor et foretak, konsern eller en gruppe av foretak; og utstasjonering ved arbeidsutleie.

Besetning i handelsflåten faller utenfor jf. art. 1(2), og det samme gjelder førstegangs montering av varer dersom utsendingen ikke overstiger åtte dager og det ikke er tale om bygningsarbeid jf.3(2). Statene kan i tillegg gjøre visse unntak etter art. 3(3-5), men få stater har utnyttet reglene, og vi lar disse ligge.²⁰³

Uttasjonert arbeidstaker er i art. 2(1) definert som ”en arbeidstaker som i et begrenset tidsrom utfører arbeid på territoriet til en annen medlemsstat enn den stat der vedkommende til vanlig arbeide”. Arbeidstakerbegrepet er nasjonalt, det bestemmes etter vertsstatens rett (art. 2(2)), hvilket er naturlig sett hen til direktivets lovvalgsdimensjon.²⁰⁴ Hva som menes med ”begrenset tidsrom”, er ikke avklart i EF-domstolens rettspraksis, men i *Arblade* problematiserte ikke domstolen at enkelte arbeidstakere var utstasjonert i over et år.²⁰⁵

Det bærende prinsipp og hovedregelen i direktivet er at en *kjerne* av vertsstatens nasjonale bestemmelser *skal* anvendes også for utstasjonerte arbeidstakere som ellers er underlagt etableringsstatens rett, uavhengig av utstasjoneringens varighet.²⁰⁶ Muligheten til å anvende vertsstatsregler i *Rush* er dermed gjort obligatorisk for direktivets kjernevilkår. Men samtidig må det da sies at den vide muligheten *Rush* ga uttrykk for, på ingen måte er i behold.

Etter art. 3(1) har EØS-statene en plikt til ”uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet” å påse at virksomheter som foretar utstasjonering som omfattes av direktivet, sikrer arbeidstakerne ”de arbeids- og ansettelsesvilkår som i medlemsstaten der arbeidet utføres,” er fastsatt på nærmere angitte måter og er av den art som er regnet opp i ”listen” i art. 3(1). Den omfatter:

- a) lengste arbeidstid og korteste hviletid,
- b) minste antall feriedager med lønn per år,

²⁰³ Jf. COM(2003) 458 final s. 9.

²⁰⁴ Stensvik 2007, s. 22.

²⁰⁵ Forente saker C-369/96 og C-376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 20.

²⁰⁶ Fortalens 14. og 17. betraktning.

- 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.²⁰⁷

Bortsett fra bokstav c om minstelønn og bokstav d om arbeidsutleie er de opplistede emnene harmonisert ved minimumsdirektiver.²⁰⁸ Når det gjelder minstelønn, er det klart at direktivet ikke skal tas helt på ordet. Statene er ikke forpliktet til å innføre minstelønnslovgivning, bokstav c er en *kan-regel*. Dersom vertsstaten har slik minstelønnslovgivning, *skal* den derimot gjøres gjeldende ved alle utstasjoneringer fra første dag, med unntak av art. 3(2). Den engelske, tyske og svenske språkversjon anvender uttrykket ”minstelønn” i flertall, i motsetning til den danske versjonen. Også art. 3 for øvrig viser at det ikke bare er en lønnsats som faller inn under art. 3(1)(c).²⁰⁹ En viktig bestemmelse finner vi i art. 3(1) annet ledd, som lyder:

”I dette direktiv defineres begrepet minstelønn nevnt i nr. 1 bokstav c) i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til.”

I tillegg til regler innenfor disse kategoriene *kan* vertsstaten etter art. 3(10) første strekpunkt anvende bestemmelser om andre emner dersom det er tale om ”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” (*ordre public*). Dette kommer vi tilbake til i punkt 6.42 og 6.43.

Dersom lønns- og arbeidsvilkår er gunstigere i hjemstaten, har arbeidstakeren fortsatt rett til disse mer fordelaktige vilkårene. Det

²⁰⁷ Norsk oversettelse, Ot.prp. nr. 13 (1999-2000), s. 38.

²⁰⁸ Evju 2008a, s. 6. Vikarbyrådirektivet er vedtatt og inkorporert i EØS-avtalen, men har ikke trådt i kraft. Så langt foreligger det heller ikke konkret forslag ad norsk gjennomføring.

²⁰⁹ Jf. Minimum rates of pay, Mindestlohnsätze.

følger av direktivets art. 3(7). Det fremgår klart av *Laval* og *Rüffert* at bestemmelsen skal forstås på denne måte; det kommer vi også tilbake til.

Når det gjelder hvilke typer av rettslige instrumenter som kan anvendes for å fastsette de aktuelle typer lønns- og arbeidsvilkår, gir direktivet en sammensatt regulering. Kjernevilkår som er fastsatt gjennom lov- eller forskriftsbestemmelser, *skal* gjøres gjeldende for alle utstasjonerte uavhengig av bransje. For byggebransjen *skal* også kjernevilkår som er fastsatt ”ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til [art.3] nr. 8,”²¹⁰ gjøres gjeldende. Utenfor byggebransjen *kan* slike reguleringsinstrumenter anvendes etter art. 3(10) annet strekpunkt. Dersom en EØS-stat ikke har systemer for allmenngyldiggjøring av tariffavtaler kan den under visse forutsetninger anvende:

- ”tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som generelt anvendes på alle tilsvarende foretak i det geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring; og/eller
- tariffavtaler som er inngått av de mest representative arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene på nasjonalt plan, og som anvendes på hele det nasjonale territorium ...”²¹¹

I disse alternativene ligger det uløste spørsmål som vi kommer tilbake til i punkt 6.54.

Praktisk viktige bestemmelser om informasjon og sanksjoner finnes i artiklene 4, 5 og 6. Direktivet handler imidlertid mer om hvilke rettigheter utstasjonerte arbeidstakere har, enn hvordan disse skal gjøres effektive. Det er det primært statenes oppgave å sikre. Her går vi ikke inn på disse reglene.²¹²

6.23 Forholdet til anskaffelsesreglene

Utstasjonering har en sammenheng med fellesskapsrettens anskaffelsesregler slik disse fremgår både av de alminnelige traktatfestede prinsipper og av sekundærlovgivning.²¹³ Sekundærlovgivningen om

²¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 13 (1999-2000), s. 38.

²¹¹ *Ibid* s. 39.

²¹² Jf. Davies 1997, s. 575.

²¹³ Barnard 2006, s. 275.

offentlige anskaffelser har til formål å effektivere og konkretisere traktatens generelle regler om de fire friheter, og særlig å unngå at offentlige myndigheter forfordeler lokale leverandører.²¹⁴ Som nevnt foran i avsnitt 3.3 ble spørsmålet om integrering av arbeidsrett i anskaffelsesreglene reist av The European Federation of Building and Woodworkers på slutten av 1980-tallet i forbindelse med liberaliseringen av de fellesskapsrettslige anskaffelsesreglene, men det initiativet førte ikke frem.

Dagens sekundærlovgivning, direktivene 2004/18/EF og 2007/17/EF²¹⁵ har i likhet med utstasjoneringdirektivet sitt rettslige grunnlag i tjenestereguleringene, men også i art. 95 EF (art. 114 TFEU) om ”det indre markeds opprettelse og funksjon”.²¹⁶ At sosiale aspekter har en nokså tilbaketrasket rolle, fremgår likevel tydeligst av at leverandørvalget styres av laveste pris, eller hva som etter mer generelle kriterier er mest økonomisk fordelaktig, jf. direktivenes henholdsvis art. 53(1) og 55(1). Særlig i arbeidsintensive bransjer påvirkes pris i høy grad av kostnader til arbeidskraft.²¹⁷

I 34. betraktning i fortalet til direktiv 2004/18/EF går det frem at direktivet baserer seg på vertsstatsprinsippet så langt vertsstatens lovgivning er i overensstemmelse med fellesskapsretten. Dersom den offentlige kontrakt oppfylles ved utstasjonering, fremgår det videre at utstasjoneringdirektivet inneholder ”de minstekrav som skal oppfylles i mottagerlandet overfor de utstasjonerte arbeidstakere”. Fortalen henviser også til de grunnleggende ILO-konvensjoner, men ikke til konvensjon nr. 94.²¹⁸ Vilkår i kontraktens oppfyllelsesfase er berørt i art. 26, som åpner for særlige betingelser ”hvis disse er forenelige

²¹⁴ Arnesen, i Sejersted m.fl. 2004, s. 622-623.

²¹⁵ Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter og Europaparlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innen for vann- og energiforsyning, transport samt posttjenester ("forsyningsvirksomhetsdirektivet").

²¹⁶ SOU 2006: 28, s. 346.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Jf. COM(2001)566 final s. 16 flg.

med fellesskapsretten”. Bestemmelsen kan sees som en kodifisering av blant annet *Beentjes*-saken,²¹⁹ der EF-domstolen aksepterte at en offentlig myndighet stilte krav om at arbeidskraft ble rekruttert blant langtidsledige.

I *Rüffert* hadde domstolen muligheten til å avklare i hvilken utstrekning sosiale kriterier kan innpasses i anskaffelsesreglene. Generaladvokaten bemerket at Rådskommisjonen 93/37/EF²²⁰ som i tilfelle ville finne anvendelse i saken, ikke regulerte kontraktens utførelsesfase, men la til at:

”det nevnte direktiv artikkel 23 ikke er uten interesse i forbindelse med den foreliggende sak, da den uttrykker den tanke at utførelsen av kontrakten etter tildelingen av en offentlig kontrakt skal skje i overensstemmelse med bestemmelsene om beskyttelse på arbeidsplassen og arbeidsforholdene på det sted, hvor arbeidet skal utføres” (avsnitt 59).

Generaladvokat Bots konklusjon var imidlertid at de faktiske omstendigheter måtte løses på bakgrunn av utstasjoneringdirektivet og art. 49 EF fordi situasjonen falt inn under utstasjoneringdirektivets anvendelsesområde, jf. innstillingens avsnitt 60 og 61. Domstolen tok ikke stilling til anskaffelsesreglene, og sementerte dermed oppfatningen om at det er tjenestereguleringene som utgjør de rettslige skranker der offentlige myndigheter integrerer arbeidsrett og markedsrett.²²¹

6.24 Direktivets lovvalgskarakter og internasjonal privatrett

Hvilket lands rett som finner anvendelse i kontraktsforhold, reguleres i EU av Roma-konvensjonen fra 1980, nå avløst av Roma I-forordningen.²²² Konvensjonen kan etter art. 28 kun tiltres av EU-stater, men

²¹⁹ Sak C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot den nederlandske stat*, [1988] EFD 4635.

²²⁰ Rådets direktiv 93/37/EØF av 14. juni 1993 om samordning av fremgangsmåtene med hensyn til inngåelse av offentlige bygge- og anleggskontrakter. Direktiv 2004/18/EF fikk ikke anvendelse i saken.

²²¹ Slik Graver 2008, s. 4.

²²² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). OJ L 177/6, 4 July 2008. Forordningen bør sees i sammenheng med forordning nr. 864/2007, Roma II-forordningen om lovvalgsregler utenfor kontrakt, og forordning nr. 44/2001, Brüssel I-forordningen. Brüssel I motsvares av Lugano-

det antas at vår ulovfestede internasjonale privatrett innholdsmessig svarer til konvensjonens normeringer.²²³ Forholdet mellom direktivet og de generelle regler i Roma-konvensjonen er i utgangspunktet enkelt. Etter tiende betraktning i direktivets fortale og Roma-konvensjonen art. 20 går utstasjoneringdirektivet foran. Direktivet regulerer ikke hvilket lands rett som finner anvendelse på arbeidsforholdet generelt, men identifiserer hvilke vertsstatsreguleringer utstasjonierende arbeidsgivere skal overholde uavhengig av hvilket lands rett som ellers finner anvendelse.

Hovedregelen i Romakonvensjonen art. 3 er at partene selv foretar lovvalget, men for arbeidskontrakter følger det av art. 6(1) at arbeidstakeren ikke kan velge bort tvingende regler i det lands lov som finner anvendelse etter art. 6(2).²²⁴ Slike regler kalles gjerne *ordre public*. Etter art. 6(2)(a) er det landets rett der arbeidstakeren ”habitually carries out his work, ... even if he is temporarily employed in another country”, som kommer til anvendelse. Om det ikke er mulig å finne en stat der arbeidstakeren vanligvis arbeider, er arbeidsgivers etableringsstat avgjørende etter art. 6(2)(b). Romakonvensjonen bygger altså på hjemstatsprinsippet.

Dette kompliseres av art. 7(1) som åpner for at *internasjonalt preseptoriske regler* i et annet lands rett som kontrakten har tilknytning til finner anvendelse “if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract.”. Dermed kan vertsstatens rett under visse omstendigheter anvendes også etter den internasjonale privatrett. Hvilke typer regler det er tale om, er til dels uavklart.²²⁵ En kommisjonsrapport fra 2003 legger til grunn at utsendingdirektivets kjernevilkår i art. 3(1)(a-g) er en identifisering av slike regler på fellesskapsnivå.²²⁶ For andre typer regler er rettstilstanden mer usikker. Utgangspunktet etter den internasjonale privatrett er klart nok at nasjonale domstoler avgjør hvorvidt regler i eget rettssystem er internasjonalt preseptoriske, og derfor finner anvendelse uavhengig av hovedregelen etter den

konvensjonen, som ble gjennomført i norsk rett ved lov 1. august 1993 nr. 21; jf. nå Luganokonvensjonen 2007 (Konvensjon av 30. oktober 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker (Luganokonvensjonen)). som er gjennomført ved tvistelovens § 4-8.

²²³ Se f.eks. Gaarder/Lundgaard 2000, s. 254, Hjort 2009, s. 74–76.

²²⁴ Barnard 2006, s. 285.

²²⁵ Om internasjonalt preseptoriske regler i den internasjonal-privatrettslige arbeidsrett se Liukkunen 2004 og Hjort 2009.

²²⁶ COM(2003) 458 final, s. 6.

internasjonale privatrett.²²⁷ Som vi skal se i punkt 6.43, er det ikke gitt at slike regler ikke støter an mot EF-domstolens tolkning av direktivet og art. 49 EF/art. 56 TFEU. Den nye Roma I-forordningen finner anvendelse på kontrakter inngått etter 17. desember 2009. Ordlyden i denne avviker noe fra Roma-konvensjonen med hensyn til arbeidskontrakter, men innholdet er tilsynelatende det samme.

6.3 Kort om problemstillingene og domstolens metode i *Laval*, *Rüffert* og *Luxembourg*

Problemstillingene om hvilke typer regler som etter hvilke metoder kan anvendes overfor utstasjonerende virksomheter og deres ansatte, er aktualisert av disse tre avgjørelsene. De knytter seg dessuten til spørsmålet om nivåmessige begrensninger. Dommene er sentrale rettskilder for den videre fremstilling. Derfor vil vi kort gjennomgå de sentrale rettsspørsmål i sakene og domstolens metode.

Det viktigste spørsmålet i *Laval* gjaldt rekkevidden av fagforeningers rett til å anvende kollektive kampmidler etter art. 49 EF og utstasjoneringsdirektivet. Store deler av dommen befatter seg imidlertid med hvordan Sverige som vertsstat kan utnytte utstasjoneringsdirektivet. Dommen er derfor interessant ut over spørsmålet om forholdet mellom kollektive kampskritt og fri bevegelse. *Rüffert* gjaldt forenligheten av en bestemmelse i anskaffelsesloven til den tyske delstaten Niedersachsen som anga at offentlige myndigheter bare kunne inngå byggekontrakter med virksomheter som ved anskaffelseskontrakten påtok seg å avlønne arbeidstakere etter tariffavtalen som gjaldt på arbeidsstedet. *Kommisjonen mot Luxembourg* gjaldt rekkevidden av unntaket i art. 3(10) som åpner for å gjøre gjeldende andre vilkår enn de som fremgår av listen i art. 3(1).

Selv om avgjørelsene omhandler ulike problemstillinger, er det en nær sammenheng mellom dem ved at alle omhandler utstasjoneringsdirektivets hovedregel i art. 3(1), og forholdet mellom direktivet og de alminnelige traktatbestemmelser i art. 49 og 50 EF (art. 56 og 57 TFEU).

Strukturen og metoden i de tre avgjørelser er langt på vei lik. I alle avgjørelsene tar domstolen utgangspunkt i utstasjoneringsdirektivets bestemmelser, for så å sammenholde direktivets løsninger med hva som følger av art. 49 EF. Bare i *Laval* var dette strengt tatt nød-

²²⁷ COM(2002) 654 final, s. 33.

vendig. Saksøkte i *Rüffert* og *Luxembourg* var henholdsvis en delstat og en stat.

I sak *C-341/02 Kommisjonen mot Tyskland*²²⁸ gikk domstolen annerledes frem:

”Da det derved er konstatert at der foreligger et traktatbrudd på grunnlag av dette direktivet, er det unødvendig å gå inn på spørsmålet vedrørende artikkel 49 EF” (avsnitt 42).

Som vi straks kommer til, har dette stor betydning for forholdet mellom primær- og sekundærretten på området.

6.4 Hvilke typer nasjonale reguleringer kan anvendes ved utsending

6.41 Problemstillingen

Det naturlige utgangspunkt for hvilke typer lønns- og arbeidsvilkår vertsstaten *kan* anvende overfor utstasjonerte virksomheter, er listen over ”kjernevilkår” som *skal* anvendes i henhold til art. 3(1).²²⁹ Spørsmålet her er *hvilken rettslig betydning* det har at direktivet oppstiller en ”katalog” over arten av anvendelige vertsstatsregler, og hvilke muligheter som finnes for å regulere tema utenfor kjernevilkårene.

6.42 Kjernevilkårene i art. 3(1) og forholdet til læren om rettferdiggjøring

I *Laval* ble spørsmålet om hvilke typer vertsstatsreguleringer som kan anvendes, reist i forbindelse med at flere av bestemmelsene i tariffavtalen Byggnads forsøkte å få Lavals tilslutning til, var av en art som ikke finnes i listen i direktivet art. 3(1)(a-g). Tariffavtalen inneholdt blant annet bestemmelser om visse fondsbidrag og forsikringer, i tillegg til at en følge av tilslutning var at det deretter skulle forhandles om lønn.²³⁰

Sverige hadde i likhet med Danmark verken lovfestet minstelønn eller ordninger for å utstrekke tariffavtaler til ubundne parter.²³¹ Bort-

²²⁸ Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* [2005] EFD I-2733.

²²⁹ Evju 2008b, s. 7.

²³⁰ Sak C-341/05 *Laval* avnitt 83.

²³¹ Både Sverige og Danmark har senere endret sin nasjonale lovgivning om gjennomføring av utstasjoneringsdirektivet, men fortsatt uten at egentlige minstelønnsordninger er innført. For en oversikt se Evju 2010b.

sett fra minstelønn var de øvrige kjernevilkår lovregulert og faller utenfor her.

Fagforeningene argumenterte for at også vilkår utenfor kjernevilkårene kunne anvendes ut fra formålet om beskyttelse av arbeidstakerne, altså en individuell vurdering av formålet, fordelene og nødvendigheten av slike vilkår etter art. 49 EF. Dette var for øvrig også generaladvokatens innfallsvinkel. Hans tilnærming var at kjernevilkårene er regler av så stor viktighet at regler om disse tema uten videre kommer til anvendelse, og at andre typer lønns- og arbeidsvilkår måtte vurderes etter traktatens unntakslære.²³²

Domstolen vurderte det annerledes, og la til grunn at:

”Videre må det påpekes at i henhold til art. 3(10) første strekpunkt kan medlemsstatene anvende andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som er spesielt angitt i art. 3(1)(1), litra a)–g), når det skjer i samsvar med traktaten og, for så vidt gjelder bestemmelser om offentlig orden [public policy provisions], på basis av likebehandling av nasjonale virksomheter og virksomheter fra andre medlemsstater” (avsnitt 82, vår kursivering).”

Vertsstaten er dermed i utgangspunktet *avskåret* fra å anvende andre typer regler enn slike som er listet opp i art. 3(1), uavhengig av om innenlandske virksomheter er underlagt andre og mer vidtgående reguleringer. Andre regler må i tilfelle være av *ordre public*-karakter.²³³

Det var imidlertid ikke Sverige, men fagforeningene som forsøkte å fremtvinge slike vilkår. Disse kunne ikke avhjelpes av Sveriges manglende utnyttelse av direktivets, og domstolen vurderer senere i avgjørelsen det samme spørsmål etter traktatens art. 49.²³⁴ Ettersom blokaden klart nok vanskeliggjorde Lavals virksomhet, var den en restriksjon.²³⁵ Domstolen avviste ikke at en blokade med det formål å garantere utstasjonerte et visst nivå, i prinsippet omfattes av formålet

²³² Generaladvokatens innstilling, avsnitt 280 flg.

²³³ Evju 2008 c, s. 12.

²³⁴ At art. 49 EF kan påberopes mot fagforeninger ble slått fast i sak C-438/05 *Viking Line* og stadfestet i *Laval*. Det er viktig, men faller utenfor her.

²³⁵ Sak C-341/05 *Laval* avsnitt 99.

om beskyttelse av arbeidstakerne,²³⁶ men ikke dersom formålet er å gå utenfor eller ut over kjernevilkårene i art. 3(1):

”Imidlertid, for så vidt angår de spesifikke forpliktelsene som er knyttet til inngåelse av tariffavtalen for byggeområdet, som fagforeningene forsøker å tvinge virksomheter som er etablert i andre medlemsstater, til å inngå ved å bruke arbeidskamp [collective action] slik som den det er tale om i hovedsaken, kan den hindring som arbeidskamp utgjør, ikke rettferdiggjøres i forhold til det formålet det er tale om. Ut over det som fremgår av denne dommens avsnitt 81 og 83, er arbeidsgiveren for arbeidstakere som *er utstasjonert som ledd i grenseoverskridende levering av tjenesteytelser, i kraft av den koordinering som har funnet sted ved direktiv 96/71, forpliktet til å iaktta en kjerne av ufravikelige regler for minimumsbeskyttelse i vertsmedlemsstaten.*” (avsnitt 108; våre kursiveringer).

Dermed var heller ikke tale om noen vurdering av de kollektive kampskrittens nødvendighet eller hvorvidt tariffavtalens regler utenfor kjernevilkårene ville gitt de utstasjonerte reelle fordeler eller tilleggsbeskyttelse. Det som kan utledes av dette, er at regler av en art som tidligere kunne rettferdiggjøres ut fra hensynet til arbeidstakerne etter *Gebhard-* eller *Arblade-*testen, i dag er uttrykkelig angitt i direktivet. Med Orlandinis ord:

”It is this directive that establishes what can be imposed on foreign undertakings exercising their freedom to provide services, thus translating the principles protecting this freedom laid down in Article 49 into rules of secondary legislation.”²³⁷

Dermed er det *ordre public*-regler etter art. 3(10) som tematisk kan supplere kjernevilkårene, ikke læren om rettferdiggjøring av restriksjoner.

I *Rüffert* ble det ikke gjort gjeldende regler utenfor kjernelisten i egentlig forstand. Problemstillingen gjaldt derimot hvilke fremgangsmåter som kan anvendes for å fastsette minstelønn etter art. 3(1)(c). Vi går nærmere inn på dette i punkt 6.53. Poenget her er at den aktuelle lønnsbestemmelsen falt utenfor bokstav c og dermed utenfor kjernevilkårene *på grunn hvordan den var fastsatt*. I avsnitt 33–36 i *Rüffert* legger domstolen til grunn at utstasjoneringsdirektivet art. 3(1) for-

²³⁶ *Ibid.* avsnitt 107.

²³⁷ Orlandini 2008, s. 582.

plikter medlemsstatene til å påse at virksomheter etablert i en annen medlemsstat sikrer sine utstasjonerte arbeidstakere:

”de lønns- og arbeidsvilkår som er fastsatt i den medlemsstat på hvis område arbeidet utføres ... [men] hvilket beskyttelsesnivå en vertsstat kan kreve etterlevd, er begrenset til det som følger av artikkel 3(1)”.

Kanskje mer overraskende var den rettslige forankringen for tolkningen:

”Denne fortolkningen av direktiv 96/71 bekreftes når direktivet leses i lys av artikkel 49 EF, ettersom dette direktivet særlig søker å sikre den frie utveksling av tjenesteytelse, hvilket er en av de grunnleggende friheter som er garanteres av Traktaten” (avsnitt 36).

I *Luxembourg* gjør domstolen det helt klart at listen over kjernevilkår, bare med unntak for *ordre public*-bestemmelsen i art. 3(10), er en *uttømmende* oppregning av hvilke typer regler vertsstaten kan anvende ut fra formålet om beskyttelse av arbeidstakere:

”Med tanke på dette inneholder bestemmelsen en uttømmende oppregning av de områder der medlemsstatene kan gjøre gjeldende bestemmelser som skal ha anvendelse i vertsmedlemsstaten” (avsnitt 26).

Med unntak for regler av *ordre public*-karakter er dermed konklusjonen at listen i art. 3(1) uttrykkelig uttømmende fastsetter hvilke av vertsstatens reguleringer som kan anvendes overfor utenlandske arbeidsgivere og deres utstasjonerte arbeidstakere *både etter direktivet og etter art. 49 EF*. Listen er derfor et maksimum for hvilke typer arbeidsvilkår som kan anvendes, og ikke et minimum av hva som kan anvendes.²³⁸

6.43 Reguleringer utenfor kjernevilkårene

Følgen av at kjernevilkårene i art. 3(1) bare kan suppleres ved *ordre public*-regler, er at innholdet av dette begrepet blir av stor viktighet. Etter art. 3(10) første strekpunkt er direktivet

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

²³⁸ Davies 2008, s. 295.

- 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”.²³⁹

Bestemmelsen har vært omdiskutert i teorien. En oppfatning, som har god støtte i ordlyden, er at andre og høyere standarder enn det som anvises i ”listen” i art. 3(1), kan anvendes overfor utstasjonerte virksomheter på linje med hva som gjelder innenlandske, men da i overensstemmelse med art. 49 EF slik den er tolket i rettspraksis.²⁴⁰ Biagi, som stod sentralt i sluttfasen av direktivets utforming, la til grunn at bestemmelsen antakelig ville unyttes i stor grad og la til grunn:

”Member States are now almost free without limit to add further items to the already long list of matters identified in Article 3.1 ... the watering down process is not over”.²⁴¹

I *Laval* ble bestemmelsen berørt i forbindelse med at domstolen preserte at tariffavtalen tematisk gikk utenfor listen i art. 3(1), men domstolen gikk ikke inn på begrepets innhold. Fordi de kravene fagforeningene søkte å nå frem med, hadde sitt grunnlag i tariffavtale mellom private parter, var de forsøkt gjennomført uten at nasjonale myndigheter hadde handlet på grunnlag av artikkel 3(10).²⁴² Ordlyden ”medlemsstatene kan bestemme” i art. 3(10) innebar at arbeidslivets parter ikke kunne påberope seg hensynet til *ordre public* for å anvende fremforhandlede reguleringer. Bare offentlige myndigheter kan supplere listen over kjernevilkår etter art. 3(10), ikke fagforeninger og arbeidsgiverforeninger.²⁴³

Innholdet i direktivets *ordre public*-begrep har vært, og er til dels fortsatt, uklart. Kommisjonen la i en kommisjonsmeddelelse i 2003 til grunn at det ikke kan settes likhetstegn mellom nasjonale *ordre public*-begreper og de regler som kan anvendes etter art. 3(10). Eksempler i kommisjonsrapporten på regler som etter deres syn ligger

²³⁹ Den engelske språkversjon benytter begrepet, ”public policy”, den tyske, ”öffentliche Ordnung” og den svenske og franske, ”ordre public”.

²⁴⁰ Se f.eks. Barnard 2006, s. 283.

²⁴¹ Biagi 1998, s. 178.

²⁴² C-341/05 *Laval*, avnitt 84.

²⁴³ Evju 2008 b, s. 8.

innenfor direktivets art. 3(10), er slike som regler om foreningsfrihet og retten til kollektive forhandlinger, forbud mot tvangsarbeid, og ”exploitive forms of child labour”. Det er altså først og fremst tale om helt grunnleggende regler med solid folkerettslig forankring, blant annet i ILO-deklarasjonen fra 1998, jf. i avsnitt 2.1 foran.²⁴⁴

I *Arblade*, som ble avgjort på grunnlag bare av traktaten, finner vi enkelte bemerkninger om hvordan domstolen vurderer bestemmelser som etter nasjonal rett har *ordre public*-karakter. Det må bemerkes at *ordre public*-begrepet varierer meget fra stat til stat. Etter belgisk rett, som var gjenstand for prøving i *Arblade*, anses all sanksjonert verne-lovgivning som *ordre public*.²⁴⁵ Domstolen tok utgangspunkt i felleskapsrettens forrang og konstaterte at også ordens- og sikkerhetsforskrifter må være forenlige med traktaten. Ifølge domstolen måtte uttrykket forstås som

”at når det gjelder klassifiseringen av de omtvistede bestemmelsene som ordre public-lovgivning etter belgisk rett, så må denne termen forstås slik at gjelder nasjonale bestemmelser som det er vurdert som kritisk viktig [crucial] at overholdes av hensyn til den politiske, sosiale eller økonomiske orden i vedkommende medlemsstat, at det kreves at enhver person som befinner seg på territoriet, etterlever dem” (avsnitt 30).

De nasjonale vurderinger som ligger bak at enkelte reguleringer anses som så viktige at de klassifiseres som *ordre public*, er ikke dermed unntatt fra kravene om å være i samsvar med traktaten. Nasjonale vurderinger kan tas i betraktning ved bedømmelsen, men de avgjør ikke:

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

²⁴⁴ COM(2003) 458 final, s. 12 flg.

²⁴⁵ Evju 2006, s. 12.

I *Arblade* antydte domstolen for så vidt at regler som i nasjonal rett er ansett som særlig viktige og derfor tvingende, i alle fall eventuelt²⁴⁶ kan rettfærdiggjøres etter *Gebhard-testen* i tillegg til unntaksregelen i art.46 EF.

I dommen i *Luxembourg* fra juni 2008 var forholdet at Luxembourgs lov om gjennomføring av utstasjoneringsdirektivet inneholdt en rekke vilkår som ikke gjenfinnes i listen i art. 3(1)(a-g). Luxembourg mente det var tale om *ordre public*-bestemmelser både etter nasjonal rett og etter direktivet, og at de derfor kunne gjøres gjeldende også overfor utenlandske tjenesteytere. Det viktigste her var regler om indeksering av lønnsbestemmelser ut over minstelønn. Luxembourg anførte at art. 3(1)(c) om minstelønn ("minimum rates of pay", "les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires") forutsetningsvis måtte forstås slik at vertsstatens lønnssystem som helhet fikk anvendelse. Her gjaldt det indeksering av lønnssetser som lå *over* den anvendelige minstelønnen. Det ble klart avvist av domstolen, uansett at Luxembourg hevdet at det var tale om en *ordre public*-regel:

Det må påpekes, fremholdt domstolen, "at fellesskapslovgiveren med litra c) i art. 3(1) i Direktiv 96/71 ville begrense medlemsstatenes muligheter for å gripe inn i spørsmål om minstelønn [minimum rates of pay]. Det følger av dette at kravet i loven av 20. desember 2002 angående automatisk regulering av lønnssetser ut over minstelønn i henhold til levekostnader, ikke faller inn under de saker som er angitt i art. 3(1) i Direktiv 96/71" (avsnitt 47).

Det var derimot ikke omtvistet at selve *minstelønnen* kunne indekseres uten at det ville være i strid med direktivet. Det ligger forutsetningsvis innenfor hva som kan gjøres gjeldende etter art. 3(1)(c).²⁴⁷ På dette punktet lot domstolen Kommisjonens standpunkt stå, ukommentert og uten reservasjoner:

Kommisjonen "does not challenge the fact that *minimum wages are indexed* to the cost of living, a requirement which, as the Grand Duchy of Luxembourg points out, is unquestionably covered by point (c) of the first subparagraph of Article 3(1) of Directive 96/71, but the fact that that index-

²⁴⁶ Jf. "where appropriate" i den engelske tekstversjonen.

²⁴⁷ Sak C-319/06 *Luxembourg*, avsnitt 45.

ation concerns all wages, including those which do not fall within the minimum wage category” (avsnitt 45; vår kursivering).

Det som har størst betydning, er imidlertid det grunnleggende utgangspunkt domstolen formulerte. Den fremholdt at *ordre public*-regelen er et unntak fra det grunnleggende prinsipp om fri tjenesteutveksling som derfor skal fortolkes strengt og ikke kan fastlegges ensidig av medlemsstatene:

“Therefore, contrary to the Grand Duchy of Luxembourg’s submissions, the public policy exception is a derogation from the fundamental principle of freedom to provide services which must be interpreted strictly, the scope of which cannot be determined unilaterally by the Member States (see, regarding freedom of movement for persons, Case C-503/03 *Commission v Spain* [2006] ECR I-1097, paragraph 45)” (avsnitt 30).

For utstasjoneringdirektivets del er *ordre public*-begrepet altså et *felleskapsrettslig* begrep. Dermed kan ikke enhver bestemmelse som er kvalifisert som *ordre public* etter nasjonal rett, anvendes overfor utenlandske tjenestevirksomheter. Også slike bestemmelser er underlagt fellesskapsrettslige skranker, og det er ingen umiddelbar sammenheng med *ordre public*-begrepet etter Romakonvensjonen/Roma I-forordningen. Konsekvensen var at dersom Luxembourg skulle ha nådd frem på dette punktet, måtte staten ha kunnet vise at den aktuelle bestemmelsen var av *ordre public*-karakter fellesskapsrettslig sett. Den bevisføringsbyrden oppfylte Luxembourg ikke²⁴⁸ og ble dermed dømt for brudd på utstasjoneringdirektivet.²⁴⁹

Uten at det går særlig klart frem, er det verdt å merke seg at den unntakslære domstolen anviser i *Luxembourg*, ikke er den samme som den domstolsskapte lære om tvingende allmenne hensyn vi har sett på i avsnitt 5.5 foran. De avgjørelsene domstolen viser til i *Luxembourg*, gjelder traktatfestede unntaksregler som også kan berettige unntak for diskriminerende virkemidler, jf. særlig art. 46 EF (art. 52 TFEU). Det kan synes ubegrunnet om unntaksregelen skal tolkes like snevert som disse, all den tid ordlyden i direktivets art. 3(10) presiserer at heller

²⁴⁸ Dommens avsnitt 54, jf. avsnitt 51.

²⁴⁹ Som det heter i dommens op.part: ”Luxembourg has failed to fulfil its obligations under Article 3(1) of Directive 96/71, read in conjunction with Article [3]10 thereof, and Articles 49 EC and 50 EC.”

ikke *ordre public*-regler kan anvendes diskriminerende. Dette, kan hende noe skjulte, poeng tydeliggjør at det ikke primært er et beviskrav vi står overfor, men en unntaksbestemmelse så snever at den nærmest bør anses som en sikkerhetsventil. En av avgjørelsene det er vist til i *Luxembourg*, er *Omega*.²⁵⁰ Den er den eneste saken som har passert nåløyet i den traktatfestede unntaksregelen på tjenesteområdet i art. 46 EF.²⁵¹ En annen avgjørelse det vises til, er *Kommisjonen mot Belgia* fra 2007.²⁵² Den gjelder rettferdiggjøringsbestemmelsen i EF-traktaten art. 30 for fri bevegelse av *varer*. Det kan spørres om felle-skapslovgiver virkelig har ønsket å trekke like stramme rammer for reguleringer utenfor kjernelisten ved utstasjonering som det som gjelder for diskriminerende reguleringer.

Om domstolens løsning i *Luxembourg* synes vel streng i forhold til mer systemrettede betraktninger om ulikheter mellom ikke-diskriminerende og diskriminerende reguleringer, har den god støtte i en mer kontroversiell rettskilde. I *Luxembourg* henviste domstolen til Rådets og Kommisjonens erklæring nr. 10 til utstasjoneringsdirektivet. Det ble riktignok gjort helt innledningsvis, men når domstolen først gikk til det skritt å sitere erklæringen, er det liten tvil om at den tilla den betydning.

Erklæringen er gjengitt i dommens avsnitt 3, som i sin helhet lyder:

”When Directive 96/71 was adopted, Declaration No 10 on Article 3(10) of Directive 96/71 (‘Declaration No 10’) was recorded in the minutes of the Council of the European Union as follows:

‘The Council and the Commission stated:

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

²⁵⁰ Sak C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] EFD I-9609, avsnitt 28 og 40. Saken gjaldt for øvrig et meget sensitivt verdspørsmål, om lovligheten av laserlek der hensikten var å ”skyte” konkurrentene.

²⁵¹ Sjødin 2008, s. 62.

²⁵² Sak C-245/05 *Kommisjonen mot Belgia*, [2007] EFD I-4269.

or the involvement of public authorities in monitoring compliance with legislation on working conditions.””

Erklæringen er også gjengitt i Kommisjonens meddelelse fra 2003, jf. COM(2003) 458 final, s. 13 og 14.

Slike erklæringer (Statements to the Minutes) er vanskelig tilgjengelige, og Europaparlamentet, som en av lovgiverne bak direktivet, har kritisert at domstolen legger vekt på en slik rettskilde.²⁵³ Biagi, som fryktet at art. 3(10) skulle utvanne den ellers uttømmende listen over kjernevilkår, ønsket tilsynelatende at erklæringens synspunkter skulle ha kommet til uttrykk i ordlyden, men uttalte også at slike ”statements for the official minutes do not have a binding effect”.²⁵⁴

Domstolens tolkning av utstasjoneringdirektivets art. 3(10) innebærer dermed at mulighetene for å utvide kjernelisten ved *ordre public*, må anses som ikke mer enn en sikkerhetsventil.²⁵⁵ Unntaket for *ordre public* vil etter Luxembourg tilsynelatende være svært vanskelig å utnytte og vil være vanskelig å ta som treffsikkert grunnlag for tiltak på nasjonalt plan.

6.44 Sammenfatning og betraktninger

Laval, *Rüffert* og *Luxembourg* viser at fellesskapslovgivers koordinering av hvilke typer regler som skal anvendes i vertsstaten i henhold til art. 3(1)(a-g), innebærer at andre typer vilkår ikke kan anvendes, bare med den begrensede reservasjon som følger av art. 3(10). At listen i art. 3(1) uttømmende angir hvilke vilkår som kan anvendes også etter traktaten, innebærer at det ikke skal foretas noen individuell vurdering fra sak til sak av hvilke regler som kan anvendes, slik det ble gjort i rettspraksis før direktivets ikrafttredelse. Hensynet til arbeidstakerbeskyttelse anses tilstrekkelig varetatt ved at kjernevilkår skal anvendes.²⁵⁶ Det eneste unntaket er det svært snevre unntaket i art. 3(10).

Betydningen av listen over kjernevilkår i art. 3(1) illustreres av dommen i *Viking*-saken. Til traktatreglene om etableringsfriheten fin-

²⁵³ Sjödin 2008, s. 65.

²⁵⁴ Biagi 1998, s. 178.

²⁵⁵ Evju, 2006 s. 13,

²⁵⁶ Litt avvikende Schlachter og Fischinger 2008, van Peijpe i Rönmar 2008 og Lovavdelingens brev til Tariffnemnda 5. september 2008.

nes det ikke sekundærlovgivning tilsvarende utstasjoneringsdirektivet. De samme dommere som satt i *Laval*, uttalte i *Viking* at boikotten av skipet *Rosella* var en restriksjon, men en restriksjon som:

”i prinsippet [kan] begrunnes med henvisning til et tvingende allment hensyn, så som hensynet til beskyttelse av arbeidstakere, på den betingelse at det godtgjøres at de er egnet til at sikre gjennomføringen av de aktuelle mål, og at de ikke går videre enn det som er nødvendig for å nå det” (avsnitt 90).

Her var det avgjørende nettopp en individuell vurdering av om kampskrittene var nødvendige for at fagforeningens medlemmer skulle beholde jobben eller unngå dårligere arbeidsvilkår. Saken er senere forlikt, utslaget av domstolens tolkningsmomenter får vi ikke se. Den samme tilnærming ser vi i *Wolff & Müller*, som ble avgjort på grunnlag av utstasjoneringsdirektivet og art. 49 EF. Spørsmålet der var ikke hvilke tyske arbeidsvilkår som fant anvendelse ved utsending, men hvordan minstelønn etter art. 3(1)(c) skulle håndheves. Direktivets art. 5 har ingen koordinerende liste om sanksjoner tilsvarende listen over arbeidsvilkår i art.3(1), men overlater til medlemsstatene å treffe ”passende foranstaltninger”. Stilt overfor denne bestemmelsen la domstolen til grunn:

”Det fremgår av ordlyden i artikkel 5 i direktiv 96/71 at medlemsstatene er tillagt et vidt skjønn [a wide margin of appreciation] med hensyn til fastsettelsen av form og regler for egnede prosedyrer som omhandlet i bestemmelsens nr. 2. Ved utøvelsen av dette skjønnet må imidlertid medlemsstatene til enhver tid overholde de grunnleggende friheder som er garantert i traktaten ...” (avsnitt 30).

Deretter gikk retten over til en individuell prøving etter mønsteret i rettspraksis etter art. 49 EF.²⁵⁷ I mangel av koordinering står vertsstatene dermed friere med hensyn til håndhevelse av de regler som skal gjelde, enn ved utvelgelsen av hvilke typer regler som skal ha anvendelse overfor utstasjonerte arbeidstakere. Den eneste modifikasjonen er art. 3(10). Men som vi alt har påpekt, har den begrenset rekkevidde. Sjödin har formulert en treffende konklusjon:

”... there is no need to determine whether or not the measure confers any additional protection to the workers in question. The Community has cared

²⁵⁷ Sak C-60/03 *Wolff & Müller*, avsnitt 31-45.

for the posted workers. Their interests have been supplied for by the PWD.”²⁵⁸

6.5 Reguleringsmåter for anvendelse av vertsstatsreguleringer

6.51 Problemstillingen

Som skissert foran er rett *fremgangsmåte*, eller reguleringsform, en forutsetning dersom vertsstaten skal kunne anvende egne regler innenfor rammen av kjernevilkårene i art. 3(1) overfor utstasjonerte virksomheter.²⁵⁹ Etter art. 3(1) kan nasjonale reguleringer om tema fastsettes ved ”lov eller forskrift og/eller ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser”²⁶⁰ som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til nr. 8, i den utstrekning de angår virksomhet som er nevnt i vedlegget”. Referansen til ”vedlegget” gjelder spesifiseringen av hva som regnes som bygg- og anleggsvirksomhet. Denne bransjen er altså uten videre omfattet av ”tariffavtaler ... som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til nr. 8”. Det som er den sentrale problemstillingen, er hvilke former for tariffavtaleregulering som kan anvendes ut over dette, som alternativ eller tillegg til lov eller forskrift.

6.52 Reguleringsformer og rekkevidde

Utgangspunktet i direktivet er enkelt. Lov- eller forskriftsregulering om temaer som gjelder kjernevilkårene, *skal* anvendes fra første dag i alle bransjer. Fordi lønn primært fastlegges ved kollektive forhandlinger som munner ut i tariffavtaler,²⁶¹ er det imidlertid få stater som bare gjør gjeldende lovens minimumsvilkår ved utstasjonering. Dette fanges opp i direktivets art. 3(1) annet strekpunkt. Her heter det at direktivet

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

- ...,

²⁵⁸ Sjödin 2008, s. 88.

²⁵⁹ Evju 2008 b, s. 10.

²⁶⁰ I det følgende utelater vi begrepet voldgiftskjennelser, materielt har det ingen betydning, jf. Evju 2008 a, s. 8.

²⁶¹ COM(2003) 458 final, s. 9

- arbeids- og ansettelsesvilkår fastsatt i tariffavtaler eller voldgiftskjennelser i henhold til nr. 8 for *annen* virksomhet enn den som er nevnt i vedlegget” (våre kursiveringer).

Art. 3(8) gir anvisning på tre ulike kategorier av tariffavtaler som alle kan anvendes.

Art. 3(8) *første* ledd gjelder tariffavtaler som er erklært å ha ”allmenn gyldighet”. Med det forstås “tariffavtaler ... som må overholdes av alle foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring”. I den engelske språkversjon tales det om ”collective agreements which must be observed by all undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned”; det korresponderer helt med den tyske versjonen.²⁶² Her er poenget at det må være en (tariffavtale)regulering som er rettslig bindende som minimumsvilkår for enhver virksomhet og arbeidstaker i vedkommende bransje. Det er imidlertid ikke noe krav om at det skal være en minimumsregulering som gjelder på tvers av bransjer eller for landet generelt.²⁶³

En rekke EU-stater har ordninger for ”allmenngyldiggjøring” av tariffavtaler, men vilkårene for å treffe vedtak om dette og formålene som skal oppnås, er forskjellige fra stat til stat.²⁶⁴ Det som er felles, er kort sagt det som fremgår i direktivet: Tariffavtaler – eller deler av en tariffavtale – opphøyes til en bindende minstenorm for arbeidsgivere og arbeidstakere på området den dekker. På denne måten sikres like-

²⁶² Det heter det: ”Unter "für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen" sind Tarifverträge oder Schiedssprüche zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.“

²⁶³ SOU 2008:123, s. 190. Formuleringen kan sees som en ”oppmykning” av Kommisjonens første forslag, der det het ”collective agreements having an erga omnes effect and/or being made legally binding in the occupation or industry concerned”, jf. COM(2003) 458 final, s. 9.

²⁶⁴ SOU 2008: 123, s. 190 flg., som for øvrig peker på at den norske ordningen med allmenngjøring etter allmenngjøringsloven skiller seg ut ved formålet om å sikre utenlandske arbeidstakere likeverdige lønns- og arbeidsvilkår som norske arbeidstakere har, jf. allmenngjøringsloven § 1-1, nå § 1. Om allmenngjøring i Europa, se også Lismoen og Stokke 2005.

behandling ved at alle virksomheter innenfor tariffavtalens virkeområde, også de innenlandske *i alle fall* må tilby det allmenngjorte nivå. Det er klart at direktivet ikke forplikter EØS-statene til å opprette ordninger med allmenngyldiggjøring eller generelt gjeldende tariffavtaler. Det er heller ingen plikt til å treffe vedtak om å anvende ordninger som måtte finnes.²⁶⁵ Selv om en rekke medlemsstater har utnyttet muligheten til å anvende allmenngyldige tariffavtaler i andre bransjer enn byggebransjen,²⁶⁶ er utgangspunktet fortsatt et tosporet system der byggebransjen reguleres av allmenngyldiggjorte tariffavtaler, mens andre bransjer i utgangspunktet reguleres av lovgivning og lovfestet minstelønn der slik finnes.²⁶⁷

Enkelte stater har ikke ordninger som gjøre tariffavtaler bindende for andre enn partene. Derfor oppstiller art. 3(8) *annet* ledd to alternative reguleringsmåter som medlemsstatene kan anvende:

- ”- collective agreements which are generally applicable to all similar undertakings in the geographical area and in the profession concerned, and/or
- collective agreements which have been concluded by the most representative employers’ and labour organizations at national level and which are applied throughout national territory”.²⁶⁸

Fordi slike tariffavtaler ikke binder alle på samme måte som allmenngyldige tariffavtaler, forutsetter art. 3(8) at reguleringen skal sikre likebehandling. Ingen stater har til nå utnyttet mulighetene i annet ledd,²⁶⁹ men både den svenske og danske tilpasning etter *Laval* legger opp til en utnyttelse av alternativene.²⁷⁰ Hvordan disse tariffavtalene

²⁶⁵ Evju 2008 a, s. 7 som henviser til en “rådsnote”, Statement 227/96 art. 3.

²⁶⁶ COM(2003) 458 final, s. 9.

²⁶⁷ Per 2009 hadde 20 av 27 EU-land lovfestet minstelønn; jf. *ETUI Policy Brief Issue 2/2009*.

²⁶⁸ Bestemmelsene bygger på et italiensk (første strekpunkt) og et dansk forslag (annet strekpunkt) og har vært ment å skulle være tilpasset det italienske henholdsvis det danske og svenske, arbeidsmarkedssystemet. Jf. bl.a. SOU 1998:52, s. 85.

²⁶⁹ COM(2003) 458 final, s. 12.

²⁷⁰ SOU 2008:123, og Beskæftigelsesministeriets *Laval*-udredning av 19. juni 2008.

kan utnytted, er uklart, men et stykke på vei kan det sies at avgjørelsene i *Laval* og *Rüffert* gir en klargjøring.

Vi kommer tilbake til disse alternativene i avsnitt i punkt 6.54.

Vanskeligheter oppstår dermed først og fremst hvis utenlandske virksomheter blir pålagt forpliktelser i vertsstaten, i eller utenfor kjerne-
nen i direktivets art. 3(1), som ikke har grunnlag i allmenngyldiggjorte tariffavtaler eller lov. Dette er en vesentlig del av den rettslige bakgrunnen for *Laval* og *Rüffert*, som er de eneste avgjørelser der EU-domstolen har vurdert direktivets fremgangsmåter for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår.

6.53 Rettspraksis om metoder for fastsettelse av vertstatsreguleringer
I *Laval* var, som tidligere nevnt, alle kjernevilkår i art. 3(1) lovregulert, bortsett fra minstelønn. Det var ubestridt at den aktuelle tariffavtalen ikke var erklært allmenngyldig, og likeledes at Sverige ikke hadde benyttet muligheten til å legge alternativet ”generelt gjeldende tariffavtaler” til grunn (jf. avsnitt 67). Med hensyn til lønnsfastsettelse var dermed ingen av direktivets virkemidler benyttet. Domstolen la til grunn at dette ikke nødvendigvis var til hinder for at andre metoder for fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår kunne anvendes:

”da direktiv 96/71 ikke har til formål å harmonisere ordningene med henblikk på fastsettelse av arbeids- og ansettelsesvilkårene i medlemsstatene, står de fritt til på nasjonalt plan å velge en ordning som ikke er uttrykkelig nevnt blant de ordninger som er oppregnet i direktivet, forutsatt at den ikke hindrer den frie utveksling av tjenesteytelse mellom medlemsstatene” (avsnitt 68).

Dette blir likevel stående som en erklæring uten særlig selvstendig realitet. Domstolen fant, som tidligere nevnt, at de lønnsforpliktelsene som fagforeningene søkte å presse Laval til å gå inn på, for det første ikke var uttrykk for noen minstelønn, og for det andre at lønnsforpliktelsene ikke var ”fastsatt i overensstemmelse med de fremgangsmåter som er fastsatt i denne henseende i direktivets artikkel 3, nr. 1 og 8” (avsnitt 70). Konklusjonen var at Sverige:

”ikke har rett til, i henhold til dette direktivet, å kreve at virksomheter som har hjemsted i andre medlemsstater ... skal forhandle fra sak til sak på arbeidsplassen under hensyn til arbeidstakernes kvalifikasjoner og arbeidsoppgaver, for å få klarhet i hvilken lønn de skal betale sine utstasjonerte arbeidstakere” (avsnitt 71; vår kursivering).

Domstolen gikk dessuten videre, til en vurdering etter art. 49 EF av den svenske fremgangsmåten med bruk av trusler om og anvendelse av arbeidskamptiltak for å oppnå lønnskrav m.v. Det er mulig domstolen gjorde dette fordi direktivet ikke har direkte virkning overfor fagforeningene som private parter i saken, men kanskje også fordi avsnitt 68 i dommen antyder at det kan finnes løsning utenfor direktivet. Men fordi utstasjonierende virksomheter gjennom arbeidskamptiltak kunne bli tvunget til tidsbegrensete forhandlinger med ukjent resultat, ble blokaden og forhandlingene som virkemiddel her ansett som en restriksjon etter art. 49.²⁷¹

Fordi tariffavtalen, derunder kravet om lønnsforhandlinger, inngikk i en nasjonal kontekst med lønnsforhandlinger karakterisert av mangel på forutberegnelighet, kunne blokaden heller ikke begrunnes i hensynet til arbeidstakerne, jf. avsnitt 110:

”Kollektive kampsritt som dem som er gjenstand for hovedsaken, kan imidlertid ikke begrunnes med henvisning til det tvingende allmenne hensyn som er nevnt i denne doms avsnitt 102 [blant annet beskyttelse av arbeidstakere] når de lønnsforhandlingene som de kollektive kampsritt har til formål å gjennomføre i forhold til en virksomhet som har hjemsted i en annen medlemsstat, inngår i en nasjonal kontekst som er kjennetegnet av at det ikke finnes bestemmelser av noen som helst art som er tilstrekkelig presise og tilgjengelige til at det i praksis gjøres umulig eller urimelig vanskelig for en slik virksomhet å få klarhet i hvilke forpliktelser den skal overholde med hensyn til minstelønnen (jf. i denne retning dommen i saken *Arblade* m.fl., avsnitt 43).”

Hovedinnvendingen var altså at de mulige (lønns)forhandlingene som arbeidskamptiltakene tok sikte på å oppnå, ikke tilfredstilte det *klarhetskravet* og kravet til forutberegnelighet som domstolen mener at ligger i art. 49. Krav til transparens, klarhet eller forutberegnelighet er konkretisert og understreket i direktivets art. 4(3), og slike krav oppfylles enklere ved minstelønnslovgivning eller allmenngyldiggjorte eller generelt gjeldende tariffavtaler. Det er nok så at domstolen i *Laval* legger til grunn at anvendelse av utsendingsdirektivets reguleringsmåter også er forenlig med art. 49 EF.²⁷² Disse reguleringsmåtene sikrer nettopp det domstolen var mest kritisk til ved den svenske ord-

²⁷¹ C-341/05 *Laval*, avsnitt 99 og 100.

²⁷² SOU 2008:123, s. 247.

ning, forutberegnelighet.²⁷³ Fra en arbeidsrettslig synsvinkel er det imidlertid både oppsiktsvekkende og vidtgående at domstolen underkjenner en så grunnleggende reguleringsmåte som forhandlinger, støttet av arbeidskamp om nødvendig, er. Det er en negasjon av hva forhandlinger er å skulle kreve at tidsrammer og utfall er gitt på forhånd.

Et annet spørsmål er hvordan direktivets sekundære reguleringsmåter i art. 3(8) annet ledd er å forstå. Dette gikk domstolen *ikke* positivt inn på i *Laval*, men det er verdt å merke seg at domstolen ved flere anledninger påpekte at Sverige ikke hadde benyttet muligheten til å gjøre den aktuelle tariffavtalen generelt gjeldende etter art. 3(8) annet ledd. Dermed er det naturlig å spørre seg om den tariffavtalen kunne vært lagt til grunn *hvis* den hadde angitt en klar minstelønnsats som var transparent og ga virksomhetene forutberegnelighet. Her gir ikke dommen noen veiledning.

Når det gjelder reguleringsmåter, er avgjørelsen i *Rüffert* viktig. Der knyttet problemet seg til § 3(1) i anskaffelsesloven i delstaten Niedersachsen. Bestemmelsen forpliktet virksomheter som oppfylte offentlige byggekontrakter, til ved anskaffelseskontrakten å betale sine egne ansatte en minstelønnsats fastsatt i en angitt lokal tariffavtale for offentlig byggevirksomhet, og å sikre at underentreprenørers ansatte ble betalt på samme måte. En polsk underentreprenør lønnet sine ansatte under den aktuelle minstelønnen, hvilket resulterte i at Niedersachsen hevet kontrakten med hovedentreprenøren. Spørsmålet for EF-domstolen var hvorvidt delstatsloven stred mot art. 49 EF. Avgjørelsen har spesiell interesse fordi delstatsloven *i innhold* svarer til ILO-konvensjon nr. 94 art. 2. Tyskland har imidlertid ikke ratifisert konvensjonen, og den ble ikke berørt i avgjørelsen, til tross for flere intervensjonsinnlegg som argumenterte på grunnlag av konvensjonen.

Ved løsningen av spørsmålet trakk domstolen inn utstasjonsdirektivet og tok utgangspunkt i de reguleringsmåter som er angitt i art. 3(1) jf. 3(8).²⁷⁴ Den bygde altså *ikke* videre på de eventuelle alternative metodene domstolen åpnet for i avsnitt 68 i *Laval*. Fordi delstatsloven ikke selv anga noen lønnsats, kunne det ikke være

²⁷³ Graver 2008, s. 4.

²⁷⁴ Sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 21-23.

tale om en lovbestemt minstelønn etter art. 3(1)(c). Tariffavtalen delstatsloven henviste til, var heller ikke allmenngyldiggjort i henhold til Arbeitnehmer-Entsendegesetz.²⁷⁵ Av direktivets virkemidler for anvendelse av tariffavtaler gjenstod alternativene i art. 3(8) annet ledd. Tariffavtalen kunne heller ikke falle inn under art. 3(8) annet ledd, som uttrykkelig forbeholder muligheten til å legge generelt gjeldende tariffavtaler til grunn ”hvis det ikke finnes en ordning til konstatering av at kollektive avtaler finner generell anvendelse”.²⁷⁶ Tyskland har nettopp det, med AEntG. Domstolen gikk likevel videre og la til grunn at den tariffavtalen delstatsloven viste til, uavhengig av muligheten for allmenngyldiggjøring ved AEntG, ikke kunne anses som en tariffavtale etter art. 3(8), verken etter annet ledd første eller annet strekpunkt. Grunnen var at lovbestemmelsen som gjorde tariffavtalen bindende, for det første kun dekket en del av byggesektoren i det geografiske område tariffavtalen omfattet: Den bindende virkningen gjaldt bare *offentlige* og ikke private bygg- og entreprisekontrakter. For det annet, nok en gang fordi tariffavtalen ikke hadde blitt erklært allmenngyldig.²⁷⁷ En delkonklusjon i *Rüffert* var derfor at det ikke var fastsatt noen minstelønn gjennom noen av de reguleringsformene som er omhandlet i utstasjoneringdirektivets art. 3(1) jf. 3(8).²⁷⁸

På tross av at den saksøkte i *Rüffert* var delstaten, gikk domstolen – på lignende måte som i *Laval* – over til å vurdere hvorvidt den tariffbestemte minstelønnsats som delstatsloven viste til, kunne anvendes etter art. 49 EF. Domstolen unnlot imidlertid også her å bygge videre på antydningen i *Laval* avsnitt 68 om alternative reguleringsmåter. Ettersom den aktuelle minstelønnen kunne pålegge tjenesteytere fra medlemsstater som hadde et lavere lønnsnivå, en økonomisk omkostning som kunne gjøre det mindre tiltrekkende å yte tjenester, var delstatsloven en restriksjon. I motsetning til det Niedersachsen og flere regjeringer gjorde gjeldende, kom domstolen til at denne restriks-

²⁷⁵ I Tyskland ligger lovgivningskompetansen på anskaffelsesområdet hos delstatene, mens for arbeidsretten ligger vesentlige kompetanser på forbundsnivå; jf. Nielsen 2008 a, s. 62.

²⁷⁶ Sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 27.

²⁷⁷ *Ibid.*, avsnitt 29.

²⁷⁸ *Ibid.*, avsnitt 31.

sjonen ikke kunne rettferdiggjøres i hensyn til beskyttelse av arbeidstakerne.²⁷⁹ Domstolen mente at det ikke var noe som godtgjorde at den beskyttelsen som ville følge av en slik lønnsatts, som dessuten var høyere enn minstelønnsatts i henhold til AEntG, er nødvendig

”for en arbeidstaker i byggesektoren bare når vedkommende er ansatt i forbindelse med et byggeoppdrag for det offentlige, og ikke når arbeidstakeren arbeider i forbindelse med en privat kontrakt” (avsnitt 40).

Under saken ble det prosedert nettopp på en slik grunn, ILO-konvensjon nr. 94.²⁸⁰ Formålet med konvensjonen er nettopp det domstolen avviser er et tvingende allment hensyn, at arbeidstakere sysselsatt i offentlige byggekontrakter skal avlønnes etter stedlig gjeldende tariff lønn, og ikke minstelønn som uansett gjelder alle. Det er bemerkelsesverdig at domstolen ikke nevnte konvensjonen, og det passer, som Sjödin bemerker, dårlig med den ”eldre” lære der det avgjørende skulle være om virkemiddelet ga en reell og proporsjonal fordel.²⁸¹ Noen fordelsvurdering av delstatsloven ser vi ikke i *Rüffert*, selv om lønnsnivåene fremgikk klart.

Konklusjonen blir etter dette at direktivet ser ut til å ha totalharmonisert ikke bare hvilke vilkår som kan anvendes, men også hvordan disse vilkårene kan reguleres. Det innebærer at de tematiske begrensningene i listen over kjernevilkår, sett i sammenheng med de reguleringsformer direktivet gir anvisning på, utgjør en helhetlig rettslig ramme for vertsstatenes muligheter for å regulere utstasjonering og hvordan det kan gjøres.²⁸²

Dette er problematisk i forhold til ILO-konvensjon nr. 94, som i tilfelle må innpasses i utstasjoneringsdirektivets reguleringsformer i de ratifiserende stater. Betydningen av *Rüffert* for anvendelsen av ILO-konvensjon nr. 94 kommer vi ellers tilbake til i avsnitt 7.2.

6.54 Særlig om tariffavtaler som gjelder generelt

I direktivets art. 3(8) annet ledd ligger flere uavklarte spørsmål, men mulighetene som finnes, ble i noen grad belyst i *Laval* og *Rüffert*.

²⁷⁹ *Ibid.*, avsnitt 37 og 38.

²⁸⁰ Evju 2008c, s. 16.

²⁸¹ Sjödin 2008 s. 82.

²⁸² Graver 2008, s. 4.

Første strekpunkt retter seg mot tariffavtalenes *dekningsgrad*, jf. formuleringen ”tariffavtaler som generelt anvendes på alle tilsvarende foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring”.²⁸³ Annet strekpunkt retter seg mot tariffpartenes *representativitet* eller dominans på det *nasjonale* arbeidsmarked, jf. formuleringen ”tariffavtaler inngått av de mest representative organisasjoner på nasjonalt plan, og som anvendes på hele det nasjonale territorium.”²⁸⁴ Det er imidlertid neppe grunn til å overdrive skillet mellom de to alternativene. Som ordlydens ”og/eller” antyder, kan alternativene kombineres. Det er imidlertid verdt å merke seg at siste alternativ gjelder landsomfattende tariffavtaler, mens det første åpner for stedlige tariffavtaler.

Bakgrunnen for alternativene er at enkelte stater ikke har ordninger for allmenngyldiggjøring og heller ikke ønsker det.²⁸⁵ Både Sveriges og Danmarks respons på *Laval* legger opp til løsninger basert på art. 3(8) annet ledd.²⁸⁶ Forskjellen mellom metodene i art. 3(8) annet ledd og ordninger for allmenngyldiggjøring er at art. 3(8) annet ledds tariffavtaler ikke binder innenlandske virksomheter som ikke er tilsluttet tariffavtalen, men vil binde utenlandske virksomheter uavhengig av tilslutning til avtalen. Dermed oppnås full dekning av tariffavtalens innhold for utstasjonerte arbeidstakere, men ikke nødvendigvis for innenlandske.²⁸⁷ At medlemsstatene kan velge fremgangsmåter for å anvende egne betingelser som ligger et godt stykke unna hva en vanligvis anser som universelt bindende normer,²⁸⁸ reiser særlig spørsmål med hensyn til likebehandling. Dette *presiseres* særskilt i art. 3(8) tredje og fjerde ledd, som stiller krav til likebehandling. Tolket strengt etter ordlyden kan det hevdes at bare allmenngyldiggjorte tariffavtaler

²⁸³ Evju 2008a, s. 8

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Av EU-15 har heller ikke Storbritannia slike ordninger, men anvender i stedet minstelønn. Heller ikke Italia har formaliserte ordninger, men løsninger basert på rettspraksis gir langt på vei samme resultat jf. SOU 2008: 123, s. 228 flg.

²⁸⁶ SOU 2008:123, Beskæftigelsesministeriets *Laval*-udredning af 19. juni 2008, jf. Evju 2010b, s. 181–82.

²⁸⁷ Sigeman 2005, s. 477.

²⁸⁸ Davies 1997, s. 580-581.

kan oppfylle dette kravet; bare slike tariffavtaler kan binde alle. Konsekvensen av resonnementet er at alternativene i art. 3(8) annet ledd ikke er anvendelige. Slik kan bestemmelsen ikke forstås, og i *Laval* avsnitt 66 går det frem at det nettopp ligger en mulighet i art. 3(8) annet ledd, jf. ovenfor. To viktige spørsmål er dermed hvor høy dekningsgrad som kreves etter første strekpunkt, og hva som ligger i at medlemsstaten skal treffe bestemmelse om å utnytte alternativene. Alternativet om ”mest representative tariffavtaler” reiser først og fremst faktiske spørsmål om den enkelte stats arbeidsmarked.

Den omtvistede tariffavtalen i *Laval* hadde ifølge avgjørelsen 87 % dekningsgrad.²⁸⁹

På bakgrunn av at formålet bak art. 3(8) annet ledd er at medlemsstater uten ordninger for allmenngyldiggjøring likevel kan gjøre tariffavtaler normerende, synes en slik dekningsgrad tilstrekkelig. Det er likevel et viktig moment hvilke virksomheter som faller utenfor.

Ifølge Kommisjonens Explanatory Memorandum til direktivet kan generelt gjeldende tariffavtaler legges til grunn selv om ”an economically insignificant number of national-based undertakings do not observe the collective agreements (or awards) in question”.²⁹⁰ Et nøkkelspørsmål ifølge Kommisjonen er i hvilken grad disse ubundne virksomhetene står i en reell konkurranseposisjon i forhold til de utenlandske som må følge tariffavtalen. Dermed ligger det kanskje nærmere å se dekningsgraden som et indisium på om konkurranse basert på likebehandling fungerer. Om konkurransen fungerer, er det kanskje ikke avgjørende om tariffavtalen som legges til grunn, har 75% eller 95% dekning i det geografiske området. Uavhengig av om vertsstaten faller ned på alternativet om avtalens dekningsgrad eller på det om partenes representativitet, foranlediger det uansett en vurdering av om den konkrete tariffavtale kan anvendes. Davies formulerer ulikheten mellom art. 3(8) første og annet ledd slik:

²⁸⁹ C-341/05 *Laval*, avsnitt 17.

²⁹⁰ Se Evju, 2006, s. 11 og Kommisjonens Explanatory Memorandum i SOU 1998:52, s. 85-86.

”Member States may substitute for the test of obligation, the test of applicability in fact or even that of the representative status of the parties which negotiated the agreement.”²⁹¹

Det andre alternativet i annet ledd reiser i første rekke faktiske spørsmål som ikke lett kan bedømmes av EF-domstolen. Hva som ligger i tariffavtaler inngått av de mest representative arbeidslivsparter, er det vanskelig å si noe mer konkret om.

Det er heller ikke lett å ha bestemte oppfatninger om hva som ligger i direktivets ordlyd om at medlemstaten kan ”beslutte ... å legge til grunn ...”. I *Laval* uttalte domstolen at det forutsettes ”at medlemsstaten treffer bestemmelse om dette”.²⁹² Selv om ordlyden ikke uttrykkelig krever en *rettslig beslutning*, synes en slik avgjørelse forutsatt i *Laval*. Det naturlige må være å se kravet til å treffe bestemmelse i sammenheng med direktivets art. 4(3) og det krav til transparens eller forutberegnelighet vi finner der. Dette vektlegges sterkt i *Laval*.²⁹³

Den svenske *Laval*-utredningen skisserer en løsning basert på art. 3(8) annet ledd, og er derfor av interesse.²⁹⁴ Utredningen foreslo at alminnelige tariffavtaler, slik som den som var tema i *Laval*, skal inneholde klart definerte minimumsvilkår, derunder en minstelønn som lett lar seg definere.²⁹⁵ Ved at den nasjonale utstasjoningslov får bestemmelser om at minstevilkår i tariffavtaler som tilfredsstillende vilkårene i art. 3(8) annet ledd, skal anvendes av utstasjonende virksomheter, kan innholdet i vilkårene gjøres tilgjengelige i tråd med informasjonssystemene som forutsettes i art. 4. En slik ordning burde kunne passere, ut fra rettstilstanden slik den er i dag. Både i Sverige og Danmark legges det opp til at det er fagforeninger som skal påse at virksomhetene etterlever tariffavtalene.

Sett fra vertsstatens synspunkt, og kanskje særlig deres fagforeninger, er en ulempe ved systemet at det ikke kan anvendes lokale forhandlinger om lønn eller lønnstillegg. Dette går ut over den tariff-

²⁹¹ Davies 1997, s. 580.

²⁹² C-341/05 *Laval*, avsnitt 66.

²⁹³ Slik Reich 2008, s. 143.

²⁹⁴ SOU 2008:123.

²⁹⁵ *Ibid.*, s. 261 flg.

autonomi som kjennetegner arbeidslivet i blant annet Sverige og Danmark. På den annen side gir løsningen utstasjonierende virksomheter muligheten til enklere å beregne lønnskostnader. En slik forutberegnelighet forutsettes i art. 4. Slike løsninger kan også gi de sentrale partene i arbeidslivet en mer fremtredende rolle ved fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår enn tilfellet kan være ved allmenngyldiggjøring. Dette beror imidlertid helt på hvilke premisser og prosedyrer som gjelder ved allmenngyldiggjøring.

6.55 Sammenfatning og betraktninger

På tross av at *Laval* i avsnitt 68 tilsynelatende åpner for at andre virkemidler enn de direktivet oppstiller, kan anvendes – innenfor traktatens rammer – stenger *Rüffert* for at andre virkemidler enn slike som direktivet gir anvisning på, er anvendelige. Dette innebærer at vertsstatene, dersom de vil basere seg på tariffavtalte vilkår, må etablere ordninger enten for å allmenngyldiggjøre tariffavtaler eller for velge løsninger etter art. 3(8) annet ledd. I motsatt fall er vertsstaten begrenset til å gjøre gjeldende lovfestede vilkår, derunder lovfestet minstelønn. Dette er særlig kritisk for stater som verken har lovfestet minstelønn eller ordninger basert på direktivets art. 3(1) jf. 3(8). Da blir arbeidsavtalenes lønn bestemmende.

Domstolens standpunkter griper inn i nasjonale arbeidslivsrelasjoner og etablerte løsninger nasjonalt for lønnsfastsettelse. De reduserer også den fleksibilitet som, i hvert fall tilsynelatende, kunne innfortolkes i avgjørelser fra før direktivet trådte i kraft. Det avgjørende er ikke lenger om statenes ordninger samlet sett gir de utstasjonerte reelle fordeler som er forankret i formålet om vern av arbeidstakerne, men om de nasjonale løsninger kan innpasses i direktivets ordlyd fortolket i lys av art. 49 EF. Et lyspunkt er imidlertid at domstolen tilsynelatende legger til grunn at ordninger innenfor direktivet er i samsvar med traktaten, og at mulighetene som ligger i art. 3(8) annet ledd, tegner seg klarere enn tidligere. Anvendelsen av alternativene forutsetter at en statlig beslutning konkretiseres i en rettslig bestemmelse, av hensyn til klarhet, men det er ikke holdepunkter for at disse løsningene ikke kan kombineres med lovbestemmelser. På den måten kan arbeidslivets parter fortsatt sikres en avgjørende rolle i lønnsfastsettelsen, også i relasjon til utstasjonering, så

lenge det sikres faktisk likebehandling i konkurransesituasjonen og minimumsvilkårene fremgår klart og utvetydig.

6.6 Nivåmessige begrensninger – særlig om minstelønn

6.61 Introduksjon og problemstilling

Hovedregelen er, som vi har sett, at det bare er slike typer av vilkår som er listet opp i direktivets art. 3(1), som kan gis anvendelse for utstasjonerte. Og det er bare de relevante *minimumsvilkårene* som kan kreves etterlevd. Både i *Laval* og i *Rüffert* fremgår det at art. 3(7) første ledd, hvor det heter at ”Nr. 1 – 6 skal ikke være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne”, er til hinder for at gunstigere regler i vertsstaten kan gis anvendelse. Bestemmelsen skal bare sikre at eventuelle gunstigere betingelser fra hjemstaten beholdes.²⁹⁶

”Nærmere bestemt kan denne bestemmelsen ikke fortolkes slik at den gir vertsstaten adgang til å gjøre utstasjonering til sitt territorium betinget av lønns- og arbeidsvilkår som går ut over de preseptoriske regler om minimumsvern. Når det gjelder de emner som Artikkel 3(1), første ledd, (a) til (g), viser til, fastsetter Direktiv 96/71 uttrykkelig den graden av vern for arbeidstakere i virksomheter i en annen medlemsstat som er utstasjonert til vertsstatens territorium, som vertsstaten har rett til å kreve at slike virksomheter etterlever. Dessuten ville [en annen] fortolkning innebære å berøve direktivet for dets effektivitet.” (*Laval* avsnitt 80; *Rüffert* avsnitt 33.)

Laval og *Rüffert* gjør det altså klart at bare minstevilkår kan anvendes. Hvor langt vertsstaten kan gå ved fastleggelsen av minstevilkår, er mer usikkert. Verken i *Laval*, *Rüffert* eller *Luxembourg* gikk domstolen nærmere inn på spørsmålet om *nivåmessige* begrensninger. Problemstillingen her er hvorvidt det gjelder nivåmessige begrensninger dersom minstevilkår er fastsatt ved riktige virkemidler. Spørsmålet er i utgangspunktet mest aktuelt i forhold til art. 3(1)(c) om minstelønn. I det følgende konsentrerer vi oss om dette.

I teorien har det vært ulike oppfatninger.²⁹⁷ Noen har lagt til grunn at målestokken for minstelønnens tillatelige størrelse er hva som er nødvendig ut fra hensynet til beskyttelse av de utstasjonerte

²⁹⁶ Evju 2008c, s. 13.

²⁹⁷ Orlandini 2008, til dels også Graver 2008, legger til for eksempel til grunn at vertsstatene står fritt eller nærmest fritt.

arbeidstakere.²⁹⁸ Andre har hevdet at enhver bestemmelse om lønn i prinsippet er en bestemmelse om minstelønn med mindre rettsgrunnlaget forbyr en høyere lønn.²⁹⁹

I forhold til hovedproblemstillingen for denne artikkelen, forholdet mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EU/EØS-retten, er spørsmålet aktuelt fordi konvensjonens art. 2 gjør den stedlige etablerte tariff lønn gjeldende. Dette er i alle fall begrepsmessig noe annet enn utsendingsdirektivets minstelønn i art. 3(1)(c). *Mest aktuelt* her hjemme er kanskje spørsmålet i forhold til allmenngjøringsordningen og de vedtatte allmenngjøringsforskrifter.³⁰⁰

6.62 Utsendingsdirektivets minstelønnsbegrep

a) Nivåspørsmålet

I *Laval* la domstolen til grunn at innholdet i kjernevilkårene kan fastsettes nasjonalt innenfor fellesskapsrettens alminnelige skranker:

”... Direktiv 96/71 har ikke harmonisert de nasjonale reglers materielle innhold for så vidt gjelder de ufravelige regler om minimumsbeskyttelse. Dette innholdet kan følgelig fastlegges fritt av medlemsstatene innenfor rammen av traktaten og de alminnelige fellesskapsrettslige prinsipper (Sak C 490/04 Kommisjonen mot Tyskland [2007] ECR I-6095, avsnitt 19).”³⁰¹

Selv om utgangspunktet er at minstelønn etter art. 3(1) annet ledd defineres etter nasjonal lovgivning og praksis i vertsstaten, kan det altså finnes begrensninger i de alminnelige fellesskapsrettslige prinsipper, så som proporsjonalitetsprinsippet.³⁰²

²⁹⁸ Reich 2008 og Kolstad 2008.

²⁹⁹ Van Peijpe i Rönmar 2008, s. 200.

³⁰⁰ Ni verft med partshjelp fra NHO og Norsk Industri reiste erstatningssøksmål mot Staten v/Tariffnemnda for blant annet brudd på EØS-rettslige forpliktelser ved fastsettelse av forskrift 2008 nr. 1137 om delvis allmenngjøring av Verkstedoverenskomsten for skips- og verftsindustrien blant annet for brudd på EØS-rettslige forpliktelser. Staten med partshjelp fra LO og Fellesforbundet ble frifunnet i Oslo tingretts dom 29. januar 2010. Dommen er av verftene anket til Borgarting lagmannsrett som har besluttet å sende tolknings spørsmål til EFTA-domstolen vedrørende sakens EØS-rettslige sider.

³⁰¹ Sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 60, se også sak C-490/03 *Kommisjonen mot Tyskland* [2007] EFD I-6095, avsnitt 19, og COM(2003) 458 final s. 7.

³⁰² Jf. punkt 5.54.

I rettspraksis er det i realiteten ingen spor av en proporsjonalitetsvurdering i forhold til nivået på minstelønnen. I *Laval* presiserte domstolen at fremforhandlet tarifflønn som ikke var allmenngyldiggjort eller gjaldt generelt, ikke var noen minstelønn,³⁰³ men den vurderte ikke hvor langt medlemsstatenes frihet til å definere egen minstelønn strekker seg.³⁰⁴ Verken tariffavtalens ”tilbakefallsregel” om timelønn på 109 SEK eller det lokale lønnskravet på 145 SEK ble vurdert i forhold til direktivets minstelønn.³⁰⁵

Heller ikke i *Rüffert* går domstolen inn i den aktuelle lønnsats, men konkluderer med at det ikke er noen minstelønn fordi lønnen ikke er fastsatt etter direktivets metoder, og at den dessuten overstiger den minstelønnen som var fastsatt på riktig måte, gjennom allmenngjøring etter AEntG.³⁰⁶ I *Luxembourg* var det ikke omtvistet at den lovfestede minstelønnen kunne indekseres etter levekostnader. Som nevnt presiserte domstolen at fellesskapslovgiver ”har ønsket å begrense medlemsstaters beføyelser med hensyn til inngrep på lønnsområdet til fastsettelse av minstelønnen”, og at annen lønn heller ikke aksepteres etter art. 3(10).

Finalarte er den eneste avgjørelsen der domstolen har vurdert minimumsreglers nivå, og saken har derfor interesse. Saken skriver seg fra før direktivet trådte i kraft, og spørsmålet gjaldt ikke minstelønn, men ferie. Et av spørsmålene var hvorvidt Tyskland kunne anvende ferieregler med grunnlag i allmenngyldig tariffavtale som ga de utstasjonerte fem ukers ferie, og ikke fire uker slik arbeidstidsdirektivet³⁰⁷ satte som et minimum. Virksomhetene argumenterte for at fellesskapslovgiver ved å vedta et minimum på fire uker, hadde tatt stilling til hvor lang ferie som var nødvendig, og at de tyske feriereglene var unødvendige og dermed uproporsjonale. Det mente ikke EF-domstolen:

³⁰³ C-341/05 *Laval*, avsnitt 70.

³⁰⁴ Van Peijpe i Rönmar 2008, s. 200.

³⁰⁵ C-341/05 *Laval*, avsnitt 26 og 71.

³⁰⁶ C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 39-41.

³⁰⁷ Rådskommisjonen 93/104/EF av 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilretteleggelse av arbeidstiden.

”Det tilkommer hver enkelt medlemsstat å fastlegge varigheten av den betalte ferie *som er nødvendig i den allmenne interesse*. Ettersom Forbundsrepublikken Tyskland har fastlagt at en årlig ferie svarende til 30 arbeidsdager er nødvendig for den sosiale beskyttelse av bygningsarbeidere, er traktatens artikkel 59 og 60 [EEC/art. 49 og 50 EF] således ikke som utgangspunkt til hinder for at denne medlemsstaten utstrekker dette beskyttelsesnivået til arbeidstakere som er utstasjonert av tjenesteytende virksomheter i andre medlemsstater.”³⁰⁸

Dermed står vertsstaten tilsynelatende nokså fritt når nivået på minstelønnen skal fastlegges. Det er verdt å merke seg at vertsstatene må vurdere *hva som er nødvendig i den allmenne interesse* (necessary in the public interest), men det er temmelig åpent hvor mye som ligger i dette. Se videre om dette i punkt 6.63 nedenfor.

Det prinsipielle utgangspunktet er slått meget klart fast av ESA i en klagesak mot Norge. Klagen rettet seg mot allmenngjøringsloven som sådan, og fra klagerens side ble det blant annet anført at de minstelønnsatsene som var fastsatt ved allmenngjøringsvedtak, var uforholdsmessig høye og langt høyere enn det som kunne anses nødvendig for ”social protection”.³⁰⁹ Tilsvarende innvending ble reist mot fastsettelsen av 37,5 timers arbeidsuke ut fra det syn at lovens 40 timers uke måtte være tilstrekkelig.³¹⁰

Dette førte ikke frem. ESA ga klart uttrykk for at det er opp til vertsstaten å fastsette nivået på minstelønn. Staten har ingen forpliktelse til å holde nivået nede på et eksistensminimum e.l. (et syn som hadde vært hevdet i den hjemlige debatten). Og de samme synspunktene har anvendelse i forhold til fastsettelsen av arbeidstid. I ESAs uttalelse heter det blant annet:

“Whereas Directive 96/71, in particular its Article 3, does not in any way regulate the *level* of minimum rates of pay. In *Laval*, the Court of Justice

³⁰⁸ Forente saker C-49/98 m.fl. *Finalarte*, avsnitt 58, vår kursivering

³⁰⁹ Advokatfirmaet Simonsen DA, brev (Complaint) til ESA • November 2007 (ref. 416661/HHH), s. 11: “... it is submitted that the wages that are made general applicable in Norway is far beyond other EEA-member states having statutory minimum wages. This also indicates that the Norwegian system of extending wages in collective agreements goes beyond what is necessary in order to ensure social protection.”

³¹⁰ *Ibid.*, s. 12.

stated that: “[d]irective 96/71 did not harmonise the material content of those mandatory rules for minimum protection. That content may accordingly be freely defined by the Member States, in compliance with the Treaty and the general principles of Community law.”³¹¹ Therefore, it is up to each EEA State to decide, within the means foreseen under the Directive and in compliance with the EEA Agreement, what is to be the minimum level of pay in that State,

Whereas, in making that determination, the State is not under any obligation to confine itself to the minimum level which is considered necessary for subsistence in that State or have as a benchmark minimum rates provided for with regard to social benefits such as unemployment or invalidity benefits. Similarly, the State is not under any obligation under EEA law to have the minimum wage levels in other EEA States as a benchmark when determining a minimum wage level on the basis of its national law,

...

Whereas the same legal considerations apply to the Tariff Board’s decisions with regard to provisions on working time, as are applied to minimum rates of pay, ...”³¹¹

³¹¹ Case C-341/05 *Laval un Partneri* [2007] ECR I-11767, paragraph 60»

Arbeidstidsspørsmålet er tatt opp igjen i den norsk ”verftssaken” som verserer for EFTA-domstolen etter at Borgarting lagmannsrett har forelagt spørsmål til uttalelse (jf. note 30 foran). Nivået for minstelønn er ikke problematisert, men saken involverer noen andre spørsmål om betalinger.

Så langt kan vi slå fast at EF-domstolen, og likeledes EFTA-organene, ikke har gått inn i fastsettelsen av minstelønnens størrelse, eller av nivået på andre vernestandarder, og rokket de politiske kompromisser som ligger bak direktivet. Det utelukker selvsagt ikke at domstolen kan komme til å gripe inn, for eksempel ut fra proporsjonalitetsbetraktninger.³¹² Terskelen for noe slikt vil nok likevel være

³¹¹ EFTA SURVEILLANCE AUTHORITY DECISION of 15 July 2009 to close a case against Norway commenced following a receipt of a complaint against that State in the field of free movement of services, s. 3 (kursivert i originalen).

³¹² Slik Kolstad 2008, s. 13.

meget høy, men mulig er det like fullt. Fra et annet felt illustrerer *Barber* at det ikke er utenkelig at domstolen *kan* gripe inn.³¹³

b) Minstelønnens omfang

Spørsmål om nivå og spørsmål om omfang henger sammen, men er likevel adskilte problemstillinger. Spørsmålet om omfang, eller minstelønnens ”bredde”, dreier seg om hvilke komponenter som kan inngå i en minstelønn i direktivets forstand.

Her gis det i utgangspunktet en veiledning i direktivet selv. Etter art. 3(1)(c) omfatter minstelønn eksplisitt *overtidsbetaling*. ”Supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger” faller derimot utenfor. Dette siste sikter rimeligvis til innbetalinger til slike ordninger. Det er en type ytelse som særbehandles i flere sammenhenger, eksempelvis i forbindelse med overføring av virksomhet.³¹⁴ Det henger naturlig sammen med at ordningene er svært ulike i ulike land, også med hensyn til hvor store bidrag som faller på den enkelte arbeidstaker.

Etter art. 3 (7) annet ledd skal ”Ytelser som gjelder spesielt for utsendingen”, betraktes som en del av minstelønnen. Det gjelder likevel ikke ”refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, for eksempel reiseutgifter, kost og losji”. Hva dette kan eller ikke kan omfatte, er ikke uten videre klart. Direktivet gir ikke selv noe nærmere holdepunkter, og tolkningsspørsmålene har ikke vært oppe i rettspraksis. Den norske verftssaken for EFTA-domstolen reiser imidlertid noen spørsmål nettopp på dette området.

To av de spørsmålene som er forelagt EFTA-domstolen, gjelder om slike ytelser som følger, kan innregnes:³¹⁵

³¹³ Sak C-262/68 *Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group*, [1990] EFD I-1889. Se Evju 2006 s. 36 om avgjørelsen og dens konsekvenser.

³¹⁴ Jf. art. 3(4)(a) i virksomhetsoverdragelsesdirektivet (Rådskdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter), og den særlige gjennomføringen i arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd.

³¹⁵ Borgarting lagmannsrett, Anmodning til EFTA Court 1. februar 2011(ref. 10-060176ASD-BORG/03) om rådgivende uttalelse, s. 20.

”1 b) tilleggsvederlag til grunnlønn pr time, for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet, og

c) kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet?”

Spørsmålene henger sammen med bestemmelser i den aktuelle forskriften:³¹⁶

§ 3. Lønnsbestemmelser

...

Med unntak for arbeidstakere som blir inntatt på arbeidsstedet skal det for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, betales et tillegg til timelønnen på:

a) kr 25,32 for faglærte.

b) kr 24,18 for ufaglærte

§ 7. Utgifter til reise, kost og losji

For arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, skal arbeidsgiver etter nærmere avtale dekke nødvendige reiseutgifter ved arbeidsoppdragets begynnelse og slutt, og for et rimelig antall hjemreiser.

Før arbeidsgiver sender arbeidstaker på oppdrag utenfor sitt hjemsted, skal det være avtalt ordninger vedrørende kost og losji. Arbeidsgiver skal som hovedregel sørge for kost og losji, men fast diettsats, betaling etter regning e.l. kan avtales.”

I den svenske Laval-utredningen er det lagt til grunn at direktivet oppstiller begrensninger for hvilke elementer som kan inngå i en minstelønn, men at det ikke stilles begrensninger med hensyn til minstelønnens størrelse.³¹⁷ Med utvalgets ord finnes begrensninger i forhold til minstelønnens bredde, men ikke til minstelønnens høyde. Det er ikke utenkelig at bemerkningene om minstelønnens ”bredde” er foranlediget av det danske lovforslag til tilpasning etter *Laval*. Den danske responsen på *Laval* tar nettopp sikte på å konvertere danske arbeidsgiveres utgifter til tariffavtalte ytelser inn i den minstelønn som kan kreves av utstasjonerte virksomheter.³¹⁸ Det er altså ikke den

³¹⁶ Tariffnemndas vedtak 6. oktober 2008 om fastsettelse av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten i skips- og verftsindustrien.

³¹⁷ SOU 2008: 123, s. 279.

³¹⁸ Jf. Betænkning fra udredningsarbejdet om Laval-afgørelsen, s. 17: ”Dette indebærer, at eventuelle forpligtelser, som danske arbejdsgivere har i henhold til landsdækkende kollektive overenskomster, og som rækker udover mini-

tariffavtalte minstelønnen som gjelder for danske arbeidsgivere, som legges til grunn, men tariffavtalens minstelønn og andre kostnader som for eksempel ytelser til tariffavtalt barselpermisjon, ut fra et slags kostnadslikhetssynspunkt. En slik løsning er etter min mening problematisk både i forhold til minstelønnsbegrepets omfang og i forhold til proporsjonalitetsvurderingen.

Den svenske utredningen viser blant annet til *Arblade* som begrunnelse for at minstelønnsbegrepet er begrenset i bredden.³¹⁹ I saken, som skriver seg fra før direktivet trådte i kraft, hevdet den belgiske regjering at arbeidstakeres godtgjørelser for dårlig vær og lojalitet til arbeidsgiver (*timbres fidelité et intemperés*) var en del av minstelønnen.³²⁰ Det avviste domstolen fordi de aktuelle godtgjørelsens størrelse ble beregnet ut fra bruttominstelønnen, og fordi godtgjørelsene dermed forutsetningsvis var noe annet enn minstelønn.³²¹

Den svenske Laval-utredningen legger til grunn at det avgjørende i *Arblade* antakelig var at godtgjørelsene hadde rettslig grunnlag i en annen allmenngyldig tariffavtale enn minstelønnen.³²²

Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* gjaldt også hvilke elementer som kan inngå i vertsstatens minstelønn. En tolkning av dommen er at det avgjørende er hvilke minimumskrav som stilles til *innenlandske* virksomheter etter nasjonal lovgivning og praksis, altså i samsvar med direktivets art. 3(1) annet ledd.³²³ Det som da er klart, er at man ikke – slik danskene har gjort – kan inkorporere elementer som ikke inngår i den innenlandske minstelønnen, i det som skal gjøres gjeldende overfor utenlandske tjenesteytere.³²⁴

mumslovgivningen på områder som fx ferie og barsel, vil kunne indregnes i de overenskomstmessige lønsvilkår, som der henvises til i forbindelse med iværksettelsen af kollektive kampskridt over for udenlandske tjenesteydere.”

³¹⁹ SOU 2008: 123, s. 273 flg.

³²⁰ Forente saker C-369/96 og 376/96 *Arblade m.fl.*, avsnitt 45.

³²¹ *Ibid.*, avsnitt 46 og 47.

³²² SOU 2008:123, s. 275.

³²³ SOU 2008:123, s. 277.

³²⁴ Dommen er svært knyttet til spesifikke forhold i saken, og den fremstår både som uklar og som vanskelig å trekke slutninger fra.

Det som står igjen, er at grensedragningsspørsmålene er flere og svarene usikre. Det er nok for enkelt å konkludere ut fra rettspraksis med at vertsstatene står helt fritt, eller nærmest fritt, ved fastsettelse av minstelønn. Minstelønn i utstasjoneringdirektivets forstand er også et felleskapsrettslig begrep, selv om direktivet viser til nasjonal lovgivning og/eller praksis. Som sekunderrett er direktivet underordnet traktatrettens skranker, og minstelønnsbegrepet blir dermed også underlagt de skranker som følger av art. 56 og 57 TFEU (art. 49 og 50 EF).³²⁵ Når det er sagt må det like fullt holdes fast ved spørsmålet om *nivå* – på det som innholdsmessig er en tillatelig minstelønn – og spørsmålet om *hvilke elementer* som kan inngå i en tillatelig minstelønn.

6.63 Hvilke(t) allmenne hensyn kan begrunne krav om anvendelse av minstelønn?

Det enkle utgangspunktet er at det å kreve at en utenlandsk tjenesteyter skal anvende vertsstatens regler om minstelønn, er en restriksjon, sett fra tjenestefrihetsreglens perspektiv.³²⁶ Fra dette perspektivet er det viktig å klarlegge hvilke hensyn som kan berettiggje at minstelønnsregler gjøres gjeldende. Det henger sammen med at nødvendigheten av et gitt lønnsnivå rimeligvis må avhenge av hva som ønskes oppnådd ved å legge en slik minstelønn til grunn.

Her kan det tenkes minst to ulike typer av hensyn. I eldre rettspraksis ble anvendelse av vertsstatens reguleringer gjerne forankret i hensynet til de utstasjonerte arbeidstakere.³²⁷ Ut fra et slikt hensyn kan det argumenteres med at en minstelønn som overstiger det som er nødvendig for at de utstasjonerte skal være tilfreds med sin lønn, be-

³²⁵ Nielsen 2008a, s. 71 legger det motsatte til grunn: At minstelønn er svensk rett fordi den defineres nasjonalt etter dir. art. 3(1) annet ledd, og at domstolen derfor ikke er kompetent til å uttale seg om denne. Etter min mening er nettopp et av problemene i *Laval* at svensk rett ikke har noen distinksjon mellom minstelønn og annen lønn, mens det forutsettes etter EF-retten. Dessuten finnes utrykkelige begrensninger for minstelønnsnivået i art. 3 (1)(c) med hensyn til pensjoner, og også dette taler mot at minstelønn utelukkende er et nasjonalt anliggende.

³²⁶ Jf. for eksempel sak C-346/06 *Rüffert*, avsnitt 37.

³²⁷ Jf. punkt 5.52.

skytter det nasjonale arbeidsmarked fra konkurranse i større grad enn det beskytter de utstasjonerte. Da kan det i tilfelle karakteriseres som vern mot konkurranse eller kanskje mer presist, sosial proteksjonisme.³²⁸ Denne synsmåten ligger antakelig bak Kolstads utgangspunkt om at vurderingen av hva som er en proporsjonal minstelønn, må vurderes ut fra hva som er nødvendig for et akseptabelt livsopphold.³²⁹ Reich går i samme retning:

”The yardstick for legitimate restrictions of the freedom to provide services is always the protection of posted workers, not the prevention of competition in the construction market.”³³⁰

I femte betraktning i fortalen til utsendingsdirektivet finner vi et lignende, men likevel ulikt hensyn, ”fremming av tjenesteyting over landegrensene forutsetter rettferdig konkurranse og tiltak som garanterer respekt for arbeidstakernes rettigheter”. I *Laval* la domstolen til grunn et allment hensyn som ligger nærmere fortalens ”rettferdig konkurranse” enn det snevrere minimumsbeskyttelse av de utstasjonerte. Den svenske stat og fagforeningene gjorde gjeldende at de “restriksjoner” som forhandlingskrav og arbeidskampadgang innebar, var berettiget fordi de var nødvendige for å verne en grunnleggende rettighet i fellesskapsretten og hadde som formål å verne arbeidstakere, hvilket er et ”tvingende allment hensyn”. Dette kommenterte domstolen med en anvisning av mulig legitime hensyn som var tydeligere og videre:

”I denne henseende må det påpekes at retten til å gå til arbeidskamp (collective action) for å verne vertsstatens arbeidstakere mot mulig sosial dumping kan utgjøre et tvingende allment hensyn (overriding reason of public interest) i den forstand dette begrepet er fastlagt i domstolens praksis, hvilket i prinsippet berettiger en restriksjon på en av de grunnleggende friheter som garanteres i traktaten ... [interne referanser som utelates her]” (avsnitt 103, jf. 102).

At de hensyn som ligger bak krav om minstelønnen eller minstevilkår, er mer sammensatt enn bare hensynet til utstasjonerte arbeidstakeres behov, går også frem både i andre avgjørelser og i direktivets utforming. I *Wolff & Müller* anerkjente domstolen hensynet til å unngå *il-*

³²⁸ I denne retning Davies 1997, s. 598.

³²⁹ Kolstad 2008, s. 12.

³³⁰ Reich 2008, s. 139.

lojal konkurranse fra virksomheter som betalte under AEntGs minstelønn.³³¹

I sak C-445/03 *Kommisjonen mot Luxembourg*³³² la domstolen med henvisning til *Rush* til grunn at hensynet til å unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet var et anerkjent allment hensyn.³³³ Begge deler peker i retning av et felles rettslig utgangspunkt, en "level playing field", mer enn bare et sosialt akseptabelt minimumsnivå. Direktivets regler om måter å fastlegge vilkår på, understreker dette. Allmenngjøring av tariffavtaler er noe annet enn fastsettelse av sosiale minimumsstandarder.³³⁴ Tariffavtaleregulering har helt grunnleggende et videre formål enn sosial minimumsbeskyttelse.³³⁵ Lovfestet minstelønn er primært et virkemiddel for å bekjempe fattigdom nasjonalt og å sikre alle et eksistensminimum.³³⁶ Ved utarbeidelsen av direktivet var det aldri tale om å skulle begrense statenes handlefrihet til bare å gjelde slik lovfestet minstelønn.³³⁷

Konklusjonen er således utvilsom. Spekteret av legitime hensyn som en minstelønns- og minstevilkårsregulering kan bygge på, er bredere enn bare hensynet til beskyttelse av utstasjonerte arbeidstakere. Det omfatter også hensyn til rettferdig konkurranse, motvirkning av sosial dumping og stabilitet i det innenlandske arbeidsmarkedet. At dette implisitt åpner for en viss grad av proteksjonisme,

³³¹ Sak C-60/03 *Wolf & Müller*, avsnitt 41.

³³² Sak C-445/03 *Kommisjonen mot Luxembourg*, [2004] EFD I-10191.

³³³ *Ibid.*, avsnitt 38.

³³⁴ SOU 2008:123 s. 190 flg. redegjør for ulike former for allmenngyldiggjøring av tariffavtaler i EU-land. Fremstillingen viser at det er store ulikheter fra land til land.

³³⁵ Tyske AEntG er ett eksempel. Den franske ordning med både lovfestet minstelønn ved SMIC, og allmenngyldiggjøring av tariffavtaler gjennom "extension" eller "élargissement" et annet, jf. SOU 2008:123 s. 200.

³³⁶ Lismoen og Stokke 2005, s. 5, 10.

³³⁷ Verdt å bemerke er det også at fortalen har inntatt det vide dictumet fra *Rush* i 12. betraktning. Noe absolutt nedre minimum kan forutsetningsvis ikke vært formålet med art. 3(1)(c). Som Graver (2008, s. 12) har bemerket harmonerer det også dårlig at minstelønn inkluderer overtidsbetaling, dersom hensynet bak anvendelsen av minstelønn bare er å sikre alle et minimum.

har domstolen akseptert, i rettspraksis både før og etter at utstasjoneringdirektivet trådte i kraft.

6.64 Hvilken lønn gir fair konkurranse og beskyttelse av arbeidstakerne?

Det er grunn til å skille mellom minstelønn i direktivets forstand og ”lik lønn”. Verken direktivets bestemmelser eller EF-domstolen i dens rettspraksis bygger på at det skal være lik lønn for utstasjonerte og innenlandske arbeidstakere.³³⁸ At lik lønn ikke kan gjøres gjeldende, har imidlertid ikke med hensynet til sosial minstebeskyttelse å gjøre, men med hensynet til konkurranse. Med Barnards ord:

”For example, it is sufficient that the guest provider of services pays only the minimum wage rates. Most companies established in the host State will pay workers at rates above the minimum level. Therefore, the guest service provider still retains a competitive advantage, albeit one whose significance has been reduced”.³³⁹

Reich går videre og fremholder at full likestilling av innenlandske og utenlandske tjenestetilbydere nettopp *ikke* sikrer fair konkurranse.³⁴⁰ Utenlandske virksomheter har nemlig en ulempe simpelthen ved at de er utenlandske:

”A complete levelling of ‘minimum rates of pay’ to the ‘normal rates’ paid in Sweden ... means de facto that the competitive advantage of the Latvian service provider is completely eliminated and therefore on the very basis of the directive, which is, according to its preamble, to remove obstacles to the freedom to provide services while guaranteeing to posted workers certain social standards and avoiding ... social dumping is circumvented and effectively frustrated.”³⁴¹

Reich mener endog at et krav om lik lønn må rammes av forbudet mot indirekte diskriminering i art. 49 EF:

³³⁸ Jf. for eksempel Hjelmeng og Kolstad 2006, s. 15.

³³⁹ Barnard 2000, s. 179.

³⁴⁰ Jf. også Orlandini 2008, s. 583.

³⁴¹ Reich 2008, s. 151

”... imposing equal rates of pay in unequal economic conditions ... amounts to indirect discrimination that should not be allowed under either Article 49 or Directive 96/71, which is a mere concretisation.”³⁴²

Reich går langt, men får likevel frem et viktig poeng som domstolen understreket i *Luxembourg* avsnitt 26. Slik domstolen tolker direktivet, har fellesskapslovgiver begrenset vertsstatenes spillerom på lønnsområdet til minstelønn. Heller ikke etter art. 3(10) kan annen lønn anvendes.³⁴³ Et viktig poeng her er at utstasjoneringsdirektivets formål ikke primært er å sikre de utstasjonerte gode vilkår, men å fremme tjenesteutveksling og forene dette med adekvate lønns- og arbeidsvilkår for de utstasjonerte. Dette går klart frem blant annet i *Rüffert* (avsnitt 36). I *Wolff & Müller* uttalte domstolen, betegnende:

”Det bemerkes ... at det ikke nødvendigvis er en motsetning mellom formålet om å opprettholde en lojal konkurranse på den ene side og formålet om å sikre beskyttelsen av arbeidstakere på den anden. Femte betraktning til direktiv 96/71 viser at disse to formålene kan forfølges samtidig” (avsnitt 42).

7 Normkonflikt mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EØS-retten?

7.1 Innledning og problemstillinger

Fremstillingen vil ha vist at forholdet mellom EF/EØS-retten og ILO-konvensjon nr. 94 er problematisk. Utstasjoneringsdirektivets regler går ikke godt sammen med konvensjonens krav, og *Rüffert* etterlater flere uløste spørsmål, både for Norge som EØS-stat og for de ti EU-statene som har ratifisert konvensjonen. I det følgende konsentrerer vi oss om problemstillingene sett fra norsk side. Det er da tre problemstillinger som peker seg ut.

- For det første må det tas stilling til hvorvidt konvensjon nr. 94 kan anvendes etter sitt innhold uten å komme i strid med art. 56 og 57 TFEU/art. 36 EØS og utstasjoneringsdirektivet, slik disse regelsettene er tolket i rettspraksis.
- For det andre er det aktuelt å ta stilling til hvordan en eventuell motstridssituasjon skal løses for de EU-statene som har

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ *Ibid.*, s. 147.

ratifisert konvensjonen. Ut fra EØS-rettens homogenitetsprinsipp kan det hevdes at løsningen her bør veie tungt også for Norge.

- Den siste problemstillingen er rent EØS-rettslig og faller i to deler. Den første er hvorvidt Norge etter EØS-retten er forpliktet til si opp konvensjon nr. 94 dersom det foreligger uforenlighet. Den andre er hvilke konsekvenser EF-domstolens avgjørelser har for anvendelsen av vår lovgivning som gjennomfører konvensjonen.

7.2 Konflikt mellom ILO-konvensjon nr. 94 og EUs tjenestefrihetsregler?

Som utgangspunkt er det grunn til å understreke at konvensjon nr. 94 og EU/EØS-retten har ulike anvendelsesområder. Konvensjonen gjelder offentlige anskaffelser, men uavhengig av om det er tale om innenlandske eller grensekryssende tjenestekontrakter. EU/EØS-reglene gjelder bare grensekryssende tjenesteytelser, men omfatter hele tjenestefeltet. En eventuell normkonflikt mellom regelsettene vil derfor være partiell.

Spørsmålet vi står igjen med, er hvorvidt *Rüffert* innebærer at konvensjon nr. 94 ikke kan anvendes *etter sitt innhold* uten å stride mot art. 56 og 57 TFEU/art. 36 EØS og utstasjoneringsdirektivet.

Når det gjelder det konkrete saksforholdet i dommen, er utgangspunktet at Tyskland ikke har ratifisert ILO-konvensjon nr. 94 og at konvensjonen heller ikke hadde direkte betydning i saken. Til tross for at flere regjeringsinnlegg påberopte konvensjonen, nevnte ikke domstolen konvensjonen overhodet.³⁴⁴ Det er vanskelig å spekulere i hvorfor. En mulig tolkning kan likevel være at domstolen ønsket å avskjære delstater og andre regionale myndigheter fra å oppstille betingelser som ikke gjenfinnes i den nasjonale lovgivning som gjennomfører utstasjoneringsdirektivet. I så fall gir ikke *Rüffert* grunnlag for å slutte at konvensjonen strider mot fellesskapsretten. Men både premisene og dommens slutning peker i en annen retning. I premisene uttrykte domstolen seg dithen at direktivets standarder er uttømmende; se sitatet i avsnitt 6.61 foran. I slutningen heter det:

³⁴⁴ Evju 2008c, s. 16.

”... direktiv 96/71, sammenholdt med artikkel 49 EF, er i en situasjon som den i hovedsaken til hinder for at en myndighet i en medlemsstat vedtar en lovgivningsmessig foranstaltning som pålegger en myndighet som bestiller å bare gi kontrakter for byggeleveranser til virksomheter som ved inngivelsen av tilbud skriftlig har forpliktet seg til ved utførelsen av leveringene å betale sine ansatte minst den tariffmessig fastsatte lønn som gjelder på leveringsstedet” (avsnitt 43).

Ruth Nielsen har således etter vårt syn rett når hun legger til grunn at:

”I lande, der benytter lovbestemt mindsteløn eller almenngyldige kollektive overenskomster, synes forpligtelserne efter ILO-konvention nr. 94 i sager vedrørende udstationering inden for EU vanskeligt forenelige med art. 49 EF og udstationeringsdirektivet, som domstolen fortolker dem i *Rüffert*-sagen.”³⁴⁵

Et problem er at konvensjonen gjør tariffavtalte vilkår gjeldende uavhengig av om tariffavtalene er allmenngyldige eller gjelder generelt. I et notat fra Arbeidsbyrået fra oktober 2008 presiseres det at tariffavtaler som er relevante etter konvensjonen, ikke bare er allmenngyldige tariffavtaler, men de skal dekke ”substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned”.³⁴⁶ Etter såvel *Rüffert* som *Laval* er ikke tariffavtaler som faller utenfor utstasjoneringsdirektivets art. 3(1) jf. 3(8), et godtagbart rettsgrunnlag for å forplikte utstasjonierende virksomheter.

Videre er det manglende samsvar når det gjelder *lønnsbegrepe*. Etter direktivet, slik domstolen har tolket det, er det bare minstelønn og minimumsvilkår som kan gjøres gjeldende. Konvensjonen definerer ikke lønn, men har et mer generøst lønnsbegrep – ”wages (including allowances)”. Sammenholdt med rekommandasjonens art. 2(a) om ”the normal and overtime rate of wages (including allowances)” er det ikke tvilsomt at dette er et annet lønnsbegrep enn direktivets. Krüger m.fl. legger for øvrig til grunn at konvensjonens godtgjørelser også kan favne ”different kinds of allowances, fringe benefits, even occupational pension schemes”.³⁴⁷ Dette poengterer forskjellen ytterligere. Men allerede *normal lønn* er nettopp hva EF-domstolen avviste

³⁴⁵ *Ibid.*, s. 73.

³⁴⁶ Arbeidsbyråets notat av 9. oktober 2008.

³⁴⁷ Krüger m.fl. 1998, s. 228.

i *Laval* og *Rüffert*; dertil er det tvilsomt i hvilken utstrekning godtgjørelser ut over overtid kan gjøres gjeldende etter direktivets art. 3(1)(c) og 3(7) annet ledd.

Etter konvensjonen er det dessuten slik at den ikke bare omfatter lønn, men favner i prinsippet alle arbeidsvilkår, jf. art. 2 hvor det heter ”other conditions of labour”. Sammenholdt med rekommandasjonen og uttalelser fra Ekspertkomiteen er det først og fremst regler om sykelønn som konvensjonen vil omfatte, men som ikke gjenfinnes i direktivets kjernevilkår.³⁴⁸

7.2 Den EU-rettslige situasjon for medlemsstater som har ratifisert EF-traktaten, nå TFEU, har uttrykkelige bestemmelser om situasjonen der en medlemsstat er underlagt folkerettslige forpliktelser som ikke lar seg forene med fellesskapsretten. Etter art. 351 første ledd TFEU (tidligere art. 307(1) EF/art. 234 EEC) berøres ikke folkerettslige rettigheter og forpliktelser som følger av konvensjoner (avtaler) medlemsstaten hadde sluttet seg til før Roma-traktatens ikrafttredelse 1. januar 1958, eller før staten trådte inn i fellesskapet. Dette gjelder både bilaterale og multilaterale avtaler. Men det er ikke mer enn et utgangspunkt.

I forholdet mellom EU-medlemsstater går fellesskapsretten foran folkerettslige avtaler. Bestemmelsen i art. 351 første ledd er tolket slik at inntreden i fellesskapet innebærer at staten oppgir eldre forpliktelser i den grad det er nødvendig for å ivareta de nye, det vil her si de nye forpliktelsene som følger av fellesskapsretten.

Dette ble slått fast alt i sak 10/61 *Kommisjonen mot Italia*, [1962] EFD 1. Domstolen sluttet seg til det syn at

“the terms 'rights and obligations' in Article 234 refer, as regards the 'rights', to the rights of third countries and, as regards the 'obligations', to the obligations of Member States and that, by virtue of the principles of international law, by assuming a new obligation which is incompatible with rights held under a prior treaty a State *ipso facto* gives up the exercise of these rights to the extent necessary for the performance of its new obligations”,

og uttalte videre:

³⁴⁸ *Labour clauses in public contracts*, ILC 97th session, 2008, Report III, s. 36.

”In fact, in matters governed by the EEC Treaty, that Treaty takes precedence over agreements concluded between Member States before its entry into force, including agreements made within the framework of GATT.”

Det samme er lagt til grunn i senere rettspraksis, jf. for eksempel sak C-478/07 *Budějovický Budvar, národní podnik v Rudolf Ammersin GmbH*, [2009] EFD I-7721:

“It follows that, since the bilateral instruments at issue now concern two Member States, their provisions cannot apply in the relations between those States if they are found to be contrary to the rules of the Treaty, in particular the rules on the free movement of goods (see, to that effect, Case C-469/00 *Ravil* [2003] ECR I-5053, paragraph 37 and the case-law cited).

In addition, it must be pointed out that Article 307 EC does not apply to such agreements since no third country is party to them (Case 235/87 *Matteucci* [1988] ECR 5589, paragraph 21)” (avsnitt 98, 99).

Jf. også sak C-301/08 *Irène Bogiatzi, married name Ventouras, v Deutscher Luftpool, Société Luxair, société luxembourgeoise de navigation aérienne SA, European Communities, Grand Duchy of Luxembourg, Foyer Assurances SA*, [2009] EFD 10185, avsnitt 19.

I forhold til tredjeland og internasjonale organisasjoner er stillingen en annen. Artikkel 351 omfatter enhver internasjonal avtale (konvensjon e.l.) uavhengig av hvilket saksfelt det er tale om. Dette er slått fast i rettspraksis gjennom en lang rekke avgjørelser.³⁴⁹ Formålet med denne bestemmelsen har EU-domstolen stadig kommet tilbake til; det er å gjøre det klart at anvendelsen av traktaten i samsvar med folkerettens prinsipper ikke berører en medlemsstats forpliktelse til å

³⁴⁹ Jf. for eksempel sak C-84/98 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic*, [2000] EFD I-5215, avsnitt 52, hvor det heter: “Article 234 of the Treaty is of general scope and applies to any international agreement, irrespective of subject-matter, which is capable of affecting application of the Treaty (Case 812/79 *Attorney General v Burgoa* [1980] ECR 2787, paragraph 6, and Case C-158/91 *Levy* [1993] ECR I-4287, paragraph 11).” Jf. helt tilsvarende sak C-62/98 *Commission of the European Communities v Portuguese Republic*, [2000] EFD I-5171, og sak C-205/06 *Commission of the European Communities v Republic of Austria, supported by: Federal Republic of Germany, Republic of Lithuania, Republic of Hungary, Republic of Finland*, [2009] EFD I-1301.

respektere et tredjelands rettigheter og oppfylle sine forpliktelser i henhold til en tidligere inngått avtale.³⁵⁰

Men dette krysses av annet ledd i art. 351. Bestemmelsen der pålegger medlemsstaten å ta ”alle egnede skritt”³⁵¹ for å *eliminere* motstrid *hvis* slik foreligger. EU-domstolen har behandlet denne problemstillingen i to tilfeller som involverer ILO-konvensjoner. De peker klart ut hvilken kurs som følges.

I *Levy* (1993)³⁵² gjaldt saken ILO-konvensjon nr. 89 om forbud mot nattarbeid av kvinner,³⁵³ som Frankrike hadde ratifisert i 1953. Domstolen bemerket at likebehandling av kvinner og menn var anerkjent som en grunnleggende rettighet i EF-retten, men det kunne ikke være et tilstrekkelig grunnlag for å unnlate (evade) å oppfylle forpliktelser etter en internasjonal konvensjon (avsnitt 16, 17). Med mindre den foreleggende rett kunne legge til grunn at konvensjonens forbudsregel i realiteten var bortfalt, konkluderte EU-domstolen med at den nasjonale rett var forpliktet til å gi (den motstridende) bestemmelsen i art. 5 i likebehandlingsdirektivet, 76/207/EØF,³⁵⁴ full anvendelse (avsnitt 20, 21 og op.part. [the operative part = slutningen]).

I sak C-203/03 *Kommisjonen mot Østerrike* (2005)³⁵⁵ gjaldt det ILO-konvensjon nr. 45 fra 1935 om kvinners arbeid i gruver.³⁵⁶ Østerrike hadde ratifisert konvensjonen i 1937. Spørsmålet var om det forelå motstrid med likebehandlingsdirektivet art. 2 og 3. Det besvarte domstolen med et klart ja (avsnitt 50 jf. 60). Østerrike slapp likevel ”av kroken”, men betinget. Østerrike ble medlem av EU først fra 1. januar 1995. Domstolen bemerket at det første tidspunktet Østerrike kunne ha sagt opp konvensjonen på, var i året etter 30. mai 1997. Men

³⁵⁰ Se for eksempel sak C-301/08 *Irène Bogiatzi*, avsnitt 18 med en rekke henvisninger.

³⁵¹ I ulike språkversjoner er uttrykket ”alle egnede midler”, ”alle geeigneten Mittel”, ”alla lämpliga åtgärder”, ”all appropriate steps”, ”tous les moyens appropriés”.

³⁵² Sak C-158/91 *Ministère public og Direction du travail et de l'emploi mot Jean-Claude Levy*, [1993] EFD I-4287.

³⁵³ Convention concerning Night Work of Women Employed in Industry (Revised 1948), No. 89 (1948).

³⁵⁴ Rådets direktiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner for så vidt angår adgang til sysselsetting, yrkesutdannelse, forfremmelse og arbeidsvilkår.

³⁵⁵ Sak C-203/03 *Kommisjonen mot Østerrike*, [2005] EFD I-935.

³⁵⁶ Convention concerning the Employment of Women on Underground Work in Mines of all Kinds, No. 45 (1935)

på det tidspunktet, sa domstolen, var den aktuelle motstriden ikke blitt etablert på en så klar måte at medlemsstatene var forpliktet til å si opp konvensjonen. Men domstolen rundet av med en tydelig, om enn implisitt, påpekning av at Østerrike var forpliktet til å si opp ved neste korsvei (avsnitt 62, 63).

I en rekke senere saker – om andre internasjonale avtaler – har domstolen fremholdt at selv om medlemsstatene kan ha valg av virkemidler for å eliminere motstrid, er de forpliktet til å eliminere enhver uforenlighet. At det kan være vanskelig å gjøre det, eller at det å si opp en internasjonal avtale er et vidtgående skritt, er ikke avgjørende, og domstolen prøver fullt ut hvorvidt påberopte virkemidler er tilstrekkelige.³⁵⁷

Ut fra det som nå foreligger av rettspraksis, er det vanskelig å spore klarhet i tilnærming og tydelighet i vurderingene fra domstolens side. Det er mulig man kan si, med Hartley, at "the position is complex and the outcome may depend on the particular circumstances".³⁵⁸ Tendensen i rettspraksis er likevel snarere at domstolen tar stilling til om det foreligger en relevant motstrid, og hvis det så gjør, er medlemsstaten forpliktet til å eliminere denne motstriden til fordel for fellesskapsretten.

Når det gjelder ILO-konvensjon nr. 94, foreligger det imidlertid flere spesielle omstendigheter som kan tale mot å anta at det skal foreligge en motstrid som utløser plikt oppsigelse. I motsetning til konvensjon nr. 89 har Kommisjonen ikke oppfordret til oppsigelse av konvensjon nr. 94.³⁵⁹ Derimot har Kommisjonen så sent som i juni 2008 oppfordret "all Member States to set an example by ratifying and implementing the ILO Conventions classified by ILO as up to date".³⁶⁰ En av disse "up-to-date" konvensjoner er nettopp konvensjon nr. 94. De to ILO-konvensjonene som EF-domstolen har vurdert så langt, var utpreget perifere og anviste løsninger som er vanskelige å forene med dagens syn på kvinner i arbeidslivet. Med konvensjon nr.

³⁵⁷ Se for eksempel sak C-84/98 *Commission v Portugal*, avsnitt 58, og tilsvarende sak C-62/98 *Commission v Portugal*, sak C-205/06 *Commission v Austria*, avsnitt 38–40.

³⁵⁸ Hartley 2007, s. 101.

³⁵⁹ Maier 2000, s. 398.

³⁶⁰ COM(2008) 412 final, s. 15 (Kommisjonens understrekning).

94 står vi overfor normeringer av en helt annen karakter. Konvensjon nr. 94 var et av hovedtemaene på Arbeidskonferansen i 2008, og tematisk er den i kjernen av spørsmålet om balansen mellom et sosialt og økonomisk EU etter utvidelsene. Skulle man mene at konvensjonen har utspilt sin rolle som et effektiv rettslig instrument, viser diskusjonene på Arbeidskonferansen at den har stor verdi som uttrykk for et prinsipp eller en grunnholdning. I alle fall enkelte stater anser konvensjonen som en god ting.³⁶¹

Ruth Nielsen har inntatt en betinget og avventende holdning til spørsmålet om oppsigelse av konvensjonen. Hun skriver:

”In a short-term perspective the EU-countries that have ratified ILO Convention 94 on labour clauses before joining the EU must continue to observe their duties under that convention. In a long-run perspective there will be a duty to denounce ILO Convention 94 if it is incompatible with the EC-Treaty.”³⁶²

7.4 EØS-rettslig oppsigelsesplikt?

For norsk del står spørsmålet i en annen stilling. EØS-avtalen har ikke noen tilsvarende bestemmelse som art. 351 TFEU, og det gjelder da ikke noen tilsvarende uttrykkelig plikt til å eliminere motstrid. En plikt kan eventuell forankres i EØS-avtalens *lojalitetsprinsipp*, konkret i art. 3 EØS om at ”Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne”. EØS-avtalens fortale kan imidlertid gi et argument i motsatt retning. Fortalens siste betraktning presiserer at avtalepartene:

”tar i betraktning at denne avtale ikke begrenser avtalepartenes selvstendige beslutningsmyndighet eller deres kompetanse til å inngå traktater, med forbehold for bestemmelsene i denne avtale og de begrensninger som følger av folkeretten”.

Et viktig hensyn mot at lojalitetsplikten rekker så langt som til å forplikte EØS-statene til å si opp annen folkerett, er at det innebærer å etablere en særlig EØS-rettslig forrang. I mangel på overnasjonale elementer som skal sikre EØS-rettens effektivitet, har EFTA-domstolen og Høyesterett strukket seg langt i å etablere prinsipper som

³⁶¹ Ahlberg 2008, s. 1.

³⁶² Nielsen 2008b, s. 16.

langt på vei gir samme virkning som overnasjonalitet.³⁶³ I Rt. 2000 s. 1811 legger for eksempel Høyesterett til grunn at det EØS-rettslige presumpsjonsprinsipp har minst samme gjennomslagskraft som det fellesskapsrettlige prinsipp om direktivkonform tolkning. Tilsvarende er det EØS-rettslige erstatningsansvar for mangelfull implementering av direktivet det samme som i EF-retten, jf. Rt. 2005 s. 1365, som anerkjenner EFTA-domstolens avgjørelse i *Sveinbjörnsdóttir*.³⁶⁴ Her står vi imidlertid overfor rettslige teknikker som så langt som mulig tilstreber regelharmoni *innenfor EØS-avtalen ved mangel på overnasjonalitet*. I Rt. 2000 s. 1811 presiserer Høyesterett at en klar forutsetning bak EØS-avtalen var at den ikke skal innebære overnasjonalitet.³⁶⁵

I dette bildet er det ikke lett å trekke noen sikker konklusjon. Det er rimelig å hevde at den norske ratifikasjonen av ILO-konvensjon nr. 94 i 1995-96 ikke gikk på tvers av det EØS-rettslige lojalitetsprinsipp. På det tidspunkt var de restriktive fortolkningene av utstasjoneringsdirektivet som har utmyntet seg de seneste årene, på langt nær sikre løsninger. Norge var for så vidt i en situasjon hvor man ikke kunne se, eller forutse, en motstrid mellom direktivet og ILO-konvensjonen. Situasjonen er, uten sammenligning for øvrig, som for Østerrike og ILO-konvensjon nr. 45.

Det kan også vises til hensynet til regelharmoni. En rekke EU-medlemsstater har ratifisert ILO-konvensjon nr. 94. Vi vet ikke i hvilken utstrekning konvensjonen er effektivt gjennomført eller hvordan gjennomføringsregelverkene ser ut. Men både hensynet til lojalitet og hensynet til homogenitet kan tale for at Norge ikke går til det skritt å si opp konvensjonen på egen hånd. Begge hensyn tilsier at Norge burde kunne avvente en mulig utvikling på EU-nivå. Dersom EU-domstolen fastslår at EU-medlemsstater skal si opp konvensjon nr. 94, vil det være grunn for Norge til å vurdere sin egen posisjon nærmere.

Alt dette er sagt uten referanse til den saken om anbudskriften og ILO-konvensjon nr. 94 som verserer, foreløpig mellom

³⁶³ Se nærmere Arnesen og Stenvik 2008 og Graver 2003.

³⁶⁴ Se avsnitt 58 i Rt. 2005, s. 1365, og Sak E- 9/97 *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, [1998] EFTA-CR 95.

³⁶⁵ Rt. 2000 s. 1811, s. 1831.

ESA og Norge. I den saken kan det ligge an til at ikke bare spørsmålet om motstrid med EØS-retten, inkludert utstasjoneringdirektivet, blir satt på spissen, men også at forholdet til konvensjonen avgjøres i realiteten.

Referanser

Litteratur

- Ahlberg 2008 Ahlberg Kerstin, ”Danmark och Norge försvarar arbeidsklausuler i offentliga kontrakt”, EU & arbetsrätt, Nr. 2, 2008, s. 1.
- Alsos m.fl. 2008 Alsos, Kristin, Stein Evju og Anne Mette Ødegård, *Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping*. Fafo-notat 2008:5. Oslo 2008.
- Arnesen og Stenvik 2008 Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og metodeproblemer – særlig om EØS-rettens innvirkning på norsk rett* (utkast; bok publisert Oslo 2009).
- Barnard 2000 Barnard, Catherine, *EC Employment Law. Second Edition* Oxford 2000.
- Barnard 2006 Barnard, Catherine, *EC Employment Law. Third Edition*. Oxford 2006.
- Barnard 2008 Barnard, Catherine, “Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Services Directive”, i: Rönmmar 2008, s. 137.
- Biagi 1998 Biagi, Marco, “The ‘Posted Workers’ EU directive: From Social Dumping to Social Protectionism” i: Blainpain, Roger (red.), *Labour Law and Industrial Relations in the European Union*, Bulletin of Comparative Labour Relations 32, 1998, s. 173-180.
- Blommé 2008 Blommé, Linnéa, *Europarättens innverkan på arbetet i ILO*, Diskusjonsunderlag til nordisk trepartsseminar i Stockholm 18. april 2008.

- Brentano 1877 (1994) Brentano, Lujo, *Das Arbeitsverhältnis gemäß dem heutigen Recht : Geschichtliche und ökonomische Studien*. Leipzig, 1877. (Nachdruck. Hrsg. und eingeleitet von Thilo Ramm. Goldbach: Keip, 1994)
- Craig og De Búrca 2007 Craig, Paul, og Gráinne de Búrca, *EU Law*, 4th edition. Oxford 2007.
- Davies 1997 Davies, Paul, "Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour law Systems?", *Common Market Law Review* 1997, s. 571-602.
- Davies 2008 Davies, Paul, "Case C-346/06, *Rüffert v Land Niedersachsen* [2008] IRLR 467 (ECJ)", (2008) 38 *Industrial Law Journal*, s. 293- 295.
- Dixon & McCorqudale 2003 Dixon, Martin, and RobertMc Corquodale, *Cases and Materials on International Law*, 4th Edition (Oxford 2003).
- Evju 2008a Evju, Stein, «Utsending og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv», *Arbeidsrett* 2008, s. 1-20.
- Evju 2008b Evju, Stein, "Posting Past and Present", Formula Working Paper No. 4 (2008) Publ. på http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/formula/publications/papers/WP4_evju.pdf
- Evju 2009b Evju, Stein, «Almengjøring på norsk», *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 4 (2009), s. 1-39.
- Evju 2009c Evju, Stein, *Posting Past and Present : The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts* [Preliminary version]. Formula Working Paper No. 8 (2009). Oslo. [Utg. av Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.] 65 s. A4. (Paper to: The first Formula Conference: Mobility of Services, Posting of Workers and Labour Market Governance. Oslo, 28 May 2009.) Publ. på: http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/formula/publications/papers/2009/may/WP8_evju.pdf (mai 2009).
- Evju 2009d Evju, Stein, "Arbeidsrett i møte med Europa : Om utstasjonering, tjenstedirektiv og andre direktiver", *Kritisk Juss* (35) 2009, s. 244-270.

- Evju 2010a Evju, Stein, *Arbeidsrett : Utvalgte artikler 2001–2010*. Oslo 2010.
- Evju 2010b Evju, Stein, “Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast”. I: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 12, 2009-2010 (Barnard, Catherine; Odudu, Okeoghene; eds.), s. 151-182.
- Evju 2011 Evju, Stein, «Implementing EU Law on Services: National Diversity and the Human Rights Dilemma», *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 5 (2011), s. 287-309. – Også publ. på SSRN som University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2011-01, på <http://ssrn.com/abstract=1736561> (10. januar 2011).
- Fitzmaurize 1951 Fitzmaurize i: Dixon & McCorqudale 2003.
- Fuchs 2004 Fuchs, Maximilian, «The Bottom Line of European Labour Law (Part I)», (2004) 20 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, s. 155-176.
- Giesen 2003 Giesen, Richard, «Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?», *Common Market Law Review* 2003 s. 143-158.
- Graver 2003 Graver, Hans Petter, «Internasjonale konvensjoner som rettskilde», *Lov og Rett* 2003, s. 468-489.
- Graver 2008 Graver, Hans Petter, *Tjenestefrihet, utsending og minstelønn – i lys av den seneste rettspraksis fra EF-domstolen* (upublisert betenkning til LOs juridiske avdeling, av 28. august 2008).
- Hartley 2007 Hartley, Trevor, *The foundations of European Community Law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Community*, 6th edition. Oxford 2007.
- Heuvel 2011 Heuvel, Andreas van den, «Bemanningsdirektivet : EF-direktivet om arbeidsleie, fremvekst, regler og konsekvenser for nasjonal rett», *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 5 (2011), s. 155–286.
- Hjelmeng og Kolstad 2006 Hjelmeng, Erling, og Olav Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett* 2006, s. 1–45.

- Hjort 2009 Hjort, Kristin Slørdahl, ”Internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten : En rettskildemessig analyse”, *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 4 (2009), s. 41–177.
- Holo og Moen Borgerud 1992 Holo, Lars, og Ingeborg Moen Borgerud, *Arbeidsnotat. EØS og norsk arbeidsrett – en utredning fra Landsorganisasjonens juridiske avdeling*. Oslo 1992.
- Humblet m.fl., 2001 Humblet, m.fl., *International labour standards, A global approach, 75th anniversary of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*. Genève 2001.
- Jakhelln 2000 Jakhelln, Henning, «Kommunale anbuds vilkår om å anvende lønns- og arbeidsvilkår som tilsvarer tariffavtalte vilkår», i: *Rettslige studier bind I*. Otta 2000.
- Kolstad 2008 Kolstad, Olav, *EØS-rettslig vurdering av Tariffnemndas forslag til forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for skips og verftsindustrien*. Betenkning av 27.mai 2008 for Næringslivets Hovedorganisasjon – <http://www.nho.no/getfile.php/filer%20og%20vedlegg/Almenngjoring%20verftsindustri%20innhold.pdf>).
- Krüger m.fl. 1998 Krüger, Kai, Ruth Nielsen og Niklas Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*. København 1998.
- Kolehmainen 2002 Kolehmainen, Eeva, *The Posted Workers Directive: European Reinforcement of National Labour Protection*. Firenze 2002; mimeo.
- Lismoen og Stokke 2005 Lismoen, Håvard, og Torgeir Aarvaag Stokke, *Lovfestet minstelønn i Norge*, Fafo-notat 2005:13 (<http://www.faf.no/pub/rapp/772/772.pdf>)
- Liukkunen 2004 Liukkunen, Ulla, *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law, A Comparative Study in the Conflicts of Law*. Helsinki 2004.
- Lundgaard, Gaarder 2000 Lundgaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*. Oslo 2000.
- Maier 2000 Maier, Lena, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*. Stockholm 2000.

- Malmberg og Sigeman 2008 Malmberg, Jonas, og Tore Sigeman, "Industrial Actions and EU Economic Freedoms: The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by The European Court of Justice", *Common Market Law Review* 2008, s. 1115-1146.
- Nielsen 1995 Nielsen, Karl Henrik, "Public Procurement and International Labour Standards", *Public Procurement Law Review* 1995, s. 94-101.
- Nielsen 1997 Nielsen, Ruth, "International privatret og udstationering af arbejdstagere", i: *Festskrift til Ole Lando*, (Red: Andersen, Lennart Lyng, Jens Fejø og Ruth Nielsen). København 1997, s. 237-257.
- Nielsen 2008 a Nielsen, Ruth, "Udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser – Viking-, Laval- og Rüffert-sagerne", *Arbejdsrett* 2008, s. 61-75.
- Nielsen og Rehof 1998 Nielsen, Karl Henrik, og Adam Lars Rehof, *International Arbejdsret*. København 1998.
- O'Higgins 1997 O'Higgins, Paul, "Labour is not a Commodity' — an Irish Contribution to International Labour Law", (1997) 26 *Industrial Law Journal*, s. 225–34.
- Orlandini 2008 Orlandini, Giovanni, «Trade Union Rights and Market Freedoms: The European Court of Justice Sets out the Rules», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 29 (Summer 2008), s. 573-604.
- Reich 2008 Reich, Norbert, «Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the *Laval* and *Viking* Cases before the ECJ», *German Law Journal* 2008, s. 125-161.
- Ruud og Ulfstein 2002 Ruud, Morten, og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 2 utgave. Oslo 2002.
- Rönmar 2008 Rönmar, Mia (ed.), *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations*. The Netherlands 2008.
- Schings 1873 Schings, Joseph, *Das Arbeitsrecht : Sozialpolitische Abhandlungen*. Aachen und Würzburg 1873.

- Schlachter og Fischinger 2008 Schlachter, Monika and Philip Fischinger, *From Bolkenstein to Directive – and further*. Formula Working Paper, No. 1 2008. Publ. på http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/formula/publications/papers/WP1_schlachter.pdf.
- Sejersted m.fl. 2004 Sejersted, Fredrik, m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave. Oslo 2004.
- Sejersted 2008 Sejersted, Fredrik, «Norges rettslige integrasjon i EU», *Nytt norsk tidsskrift* 2008, s. 313 flg.
- Sigeman 2005 Sigeman, Tore, «Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt», *Europarättsligt tidskrift* 2005, s. 465.
- Sjödin 2008 Sjödin, Erik, *The Restricting Labour Market : A Developmental Study of the Case Law on the Interface Between Free Movement and Posting of Workers*. Formula Working Paper, No. 6 2009 Publ. på http://www.jus.uio.no/forskning/prosjekter/formula/publications/papers/WP2_sjodin.pdf.
- Stensvik 2007 Stensvik, Kjetil, «Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester», *Arbeidsrett* 2007, s. 1-42.
- Uggerud 1997 Uggerud, Ken, «Internasjonale menneskerettigheter og Høyesteretts dom i Rt-1997-580 – særlig om bruk av ILO-konvensjoner og Sosialpakten», *Lov og Rett* 1997, s. 581-618.
- Van Peijpe 2008 van Peijpe, Taco, «If Vaxholm Were in Holland: Interest Conflicts and EU Labour Law in a Comparative Perspective», i *Rönmar* 2008, s. 193 flg.
- Witte 1917 Witte, Edwin E., «The Doctrine That Labor Is a Commodity», i: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 69, The Present Labor Situation. Compulsory Investigation and Arbitration (Jan. 1917), s. 133-139.

Offentlige dokumenter

- NOU 1983:38 ILO-konvensjoner som Norge ikke har ratifisert.
- NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.
- Ot.prp. nr. 79 (1991-92) Gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.
- Ot.prp. nr. 26 (1992-93) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.
- Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) Arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).
- Ot.prp. nr.7 (2007-2008) Om endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
- St.meld. nr. 2 (2005-2006) Revidert nasjonalbudsjett 2006.
- St.meld. nr. 9 (2005-2006) Om overgangsordningane for arbeidstakarar frå dei nye EØS-landa mv.
- St.prp. nr.63 (1950) Om vedtak på den Internasjonale Arbeidskonferansen i Genève 1949
- St.prp. nr. 46 (1987-88) Om ILO-konvensjoner som Norge tidligere ikke har ratifisert.
- St.prp. nr. 62 (1994-95) Samtykke til ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 94 og tiltreding til ILO-rekommandasjon nr. 84 om arbeidarklausular i offentlege arbeidskontraktar, vedtekne på Arbeidskonferansen i Genève 1949.
- St.prp. nr. 100 (1991-92) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.
- St.prp. nr. 1 (2008-2009) Nasjonalbudsjettet 2009.
- Forespørsel om EØS-rettslig vurdering av allmenngjøringsinstituttet, brev til Tariffnemnda fra Justisdepartementets Lovavdeling 5. september 2008.

Høring om effektivisering av allmenngjøringsordningen og solidaransvar, Arbeids- og inkluderingsdepartementet, 5. desember 2008.

Diverse dokumenter

Plattform for regjeringssamarbeidet mellom Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2005-09 («Soria Moria-erklæringen»), s. 36., s 14

Politisk plattform for flertallsregjeringen utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2009 – 2013 («Soria Moria II»)

Utenlandske forarbeider og betenknings

Danmark:

Betænkning fra udredningsarbejdet om Laval-afgørelsen, 19. juni 2008. København, Beskæftigelsesministeriet.

Sverige:

SOU 2008:123 Förslag til åtgärder med anledning av Lavaldomen.

SOU 2006:28 Nye opphandlingsregler 2.

SOU 1998:52 Utstationering av arbetstagare.

ILO-dokumenter

ILC, 31st Session, San Francisco, 1948, Fair Wages clauses in public contracts.

International Labour Office, 'Social Aspects of European Economic Cooperation', (1956) 74 *International Labour Review* 99.

Labour clauses in public contracts, ILC 97th Session, 2008, Report III (General Survey 2008).

Note by the International Labour Office, Forum of Workers' Rights and Economic Freedoms Brussels, 8-9 October 2008, *Workshop on the interpretation of Directive 96/71/EC and the case law of the ECJ*.

ILC 97th Session, 2008, Records of Proceeding, Provisional Records, No. 19, Part One, Report of the Committee on the Application of Standards.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A), General Report and observations concerning particular countries.

Domsregister

Norges Høyesterett

Rt. 1923 s. 59

Rt. 1997 s. 580 (OFS-saken)

Rt. 2001 s. 248

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2005 s. 1365

Rt. 2006 s. 71

Rettspraksis fra EF-domstolen

Sak 10/61 *Kommisjonen mot Italia* [1962] ECR 10.

Sak 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*, [1964] EFD 585.

Sak 22/70 *Kommisjonen mot Rådet*, [1971] EFD 263.

Sak 33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, [1974] EFD 1299.

Forente saker 3, 4 og 6/76 *Criminal proceedings against Cornelius Kramer (sak 3/76), Hendrik van den Berg (sak 4/76) og Vennootschap Onder Firma [et partnerskap] Kramer en Bais (sak 6/76)*, [1976] EFD 1279.

Sak 120/78 *Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] EFD 649.

Sak 279/80 *Straffesak mot Alfred John Webb*, [1981] EFD 3305.

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

Sak 31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot den nederlandske stat*, [1988] EFD 4635.

Sak C-262/88 *Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group*, [1990] EFD I-1889

- Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Lda mot Office national d'immigration*, [1990] EFD I-1417.
- Sak C-76/90 *Manfred Säger mot Dennemeyer & Co Ltd.*, [1991] EFD I-4221.
- Sak C-158/91 *Ministère public og Direction du travail et de l'emploi mot Jean-Claude Levy*, [1993] EFD I-4287.
- Forente saker C-267/91 og 268/91 *Straffesak mot Bernard Keck og Daniel Mithouard*, [1993] EFD I-6097.
- Sak C-55/94 *Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] EFD I-4164.
- Sak C-272/94 *Straffesak mot Michel Guiot og Climatec SA*, [1996] EFD I-1905.
- Forente saker C-396/96 og C-376/96 *Jean-Claude Arblade og Arblade & Fils SARL, og Bernhard Leloup, Serge Leloup og Sofrage SARL*, [1999] EFD I-8453.
- Forente saker C-49, 50, 52, 53, 54, 68 71/98 *Finalarte Sociedade de Construções Lda m.fl., mot Urlaub und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, m.fl.*, [2001] EFD I-7831.
- Sak C-165/98 *Straffesak mot André Mazzoleni og Inter Surveillance Assistance SARL*, [2001] EFD I-2189.
- Sak C-164/99 *Portugaia Construções Lda*, [2002] EFD I-787.
- Sak C-493/99 *Kommisjonen mot Tyskland*, [2001] EFD I-8163.
- Sak C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH mot Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, [2004] EFD I-9606.
- Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, [2005] EFD I-2733.
- Sak C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix*, [2004] EFD I-09553.
- Sak C-203/03 *Kommisjonen mot Østerrike*, [2005] EFD I-935.
- Sak C-445/03 *Kommisjonen mot Luxembourg*, [2004] EFD I-10191.
- Sak C-244/04 *Kommisjonen mot Tyskland*, [2006] EFD I-885.
- Sak C-490/04 *Kommissionen mot Tyskland*, [2007] EFD I-6095.
- Sak C-254/05 *Kommisjonen mot Belgia*, [2007] I-4269.
- Sak C-438/05 *International Transport Workers' Federation og Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti*, [2007] EFD I-10779.

- Sak C-341/05 *Laval Un Partneri Ltd mot Svenska Byggningsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, [2007] EFD I-11767.
- Sak C- 346/06 *Dirk Rüffert, i egenskap av konkursbestyrer for Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG mot Land Niedersachsen*, [2008] EFD I-1989.
- Sak C- 319/06 *Kommisjonen mot Luxembourg*, [2008] EFD I-4323.

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

- Sak E- 9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Court Report 1998, s. 95.
- Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal Norge AS v Aarskog Per AS and Others and Smart Club Norge*, EFTA Court Report 2008, s. 259.
- sak E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland* (2011, n.y.p.)
- sak E-2/11 *STX Norway Offshore AS m.fl. v Staten v/Tariffnemnda* (verserer)

Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

- Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*. Judgement of 30. June 1993, Series A no. 264 (EMD-1990-16130).
- Demir and Baykara v. Tyrkia* (appl. no. 34503/97), dom 12. november 2008.
- Enerji Yapi-Yol Sen v. Tyrkia* (appl. no. 68959/01), dom 21. april 2009.