

# EF-domstolen, nasjonal arbeidsrett og tjenstedirektivet

**Det er grunn til å frykte flere dommer som går i fagbevegelsens disfavør med EUs tjenstedirektiv.**

Nr.10, juli 2008

**Forfattere:** Morten Harper og Hilde Loftesnes Nylén.

**Kategori:** EØS

**Stikkord:**

- Tjenstedirektivet
- EF-domstolen
- Utstasjoneringsdirektivet
- Arbeidsrett
- Faglige rettigheter

**Bakgrunn:**

I debatten om EUs tjenstedirektiv har det blitt fremsatt mange ulike påstander og vurderinger av hvordan direktivet kan gripe inn i den nasjonale arbeidsretten. EF-domstolen har i fire nye avgjørelser, bl.a. den svenske Laval-saken om faglige kampmidler og den tyske Rüffert-saken om lønnsvilkår ved offentlige oppdrag, fortolket EU-reglene slik at de i stadig større grad overstyrer landenes regelverk og faglige rettigheter. Avgjørelsene viser med all tydelighet at nasjonal arbeidsrett er underordnet EU-/EØS-retten og dermed også tjenstedirektivet. Gjennom EØS-avtalen må også Norge ta stilling til EUs tjenstedirektiv. Norge kan – i motsetning til EUs medlemsland – si nei til å innføre direktivet.

EF-domstolen<sup>1</sup> har i løpet av et halvt år avsagt fire svært inngrepene dommer om nasjonal arbeidsrett og faglige rettigheter: den finske Viking Line-saken om bruk av faglige kampmidler som streik mot utflagging (dom 11. desember 2007), den svenske Laval-saken om streikerett for å sikre lønns- og arbeidsvilkår (18. desember 2007), den tyske Rüffert-saken om lønnsvilkår ved offentlige oppdrag (3. april 2008) og Luxembourg-saken (19. juni 2008) om krav til lønns- og arbeidsvilkår. Alle de fire dommene setter hensynet til markedet og tjenstekonkurransen over behovet for nasjonale reguleringer, faglige rettigheter og sikring av et ryddig arbeidsliv.

Gjennom disse avgjørelsene har EF-domstolen systematisk svekket de faglige rettighetene i europeisk arbeidsliv. Men er det noen sammenheng mellom dommene og tjenstedirektivet? Direktivet (2006/123/EF) trådte i kraft 28. desember 2006<sup>2</sup>, men EU-landene har tre års frist for å gjennomføre det – altså innen 28. desember 2009. Det har derfor ikke blitt gjeldende rett i medlemslandene ennå. I Luxembourg-saken henvises det likevel direkte til direktivet, men bare som en kort avklaring av at utstasjoneringsdirektivet har forrang over tjenstedirektivet (dommens punkt 22 og 23). De andre tre dommene refererer ikke direkte til tjenstedirektivet.

Selv om tjenstedirektivet ikke er tema for de fire dommene, inneholder avgjørelsene likevel perspektiver som er svært relevante i debatten om direktivet. Det er også enkelte momenter i dommene som mer direkte belyser hvordan tjenstedirektivet vil bli tolket og praktisert.

## Nasjonal arbeidsrett er underordnet EUs regler

I den hjemlige debatten om tjenstedirektivet har det blitt hevdet at tjenstedirektivet ikke berører arbeidsrettens område. EF-domstolen fastslår imidlertid i de fire dommene at både lovbestemt nasjonal arbeidsrett og avtaleverk mellom partene i arbeidslivet er underordnet de felles EU-reglene om bl.a. fri etablering og fri tjensteytelse. I tjenstedirektivets formålsbestemmelse (artikkel 1) presiseres det da også at de arbeidsrettslige reglene må «respektere fellesskapsretten» (se også artikkel 16.3). Nasjonal arbeidsrett er altså underordnet EU-/EØS-retten og tjenstedirektivet.

## Utsstasjoneringsdirektivet sikrer ikke lønns- og arbeidsvilkår

En annen påstand i den norske debatten om tjenstedirektivet er at utstasjoneringsdirektivet (96/71/EF) ivaretar behovet å kunne kreve nasjonale lønns- og arbeidsvilkår for utenlandske arbeidstagere (utstasjonerte). For det første gjelder utstasjoneringsdirektivet kun arbeidstagere på korttidsopphold fra utenlandske firma. For det andre viser særlig Laval- og Luxembourg-dommene at utstasjoneringsdirektivet ikke sikrer nasjonale krav om like lønns- og arbeidsvilkår. Tvert imot fastslår EF-domstolen at fri bevegelse av tjenester her må gå foran de faglige kravene.

## Unntak for «offentlig orden» skal forstås snevert

Tjenstedirektivet begrenser de nasjonale mulighetene til kontroll av arbeidslivet. Det er bare fire hensyn – langt færre enn ut fra dagens EU-/EØS-regler – som kan begrunne krav overfor utenlandske, besøkende tjensteytere: offentlig sikkerhet, offentlig orden, folkehelse og beskyttelse av miljø (artikkel 16.3). Luxembourg-

dommen handler nettopp om forståelsen og rekkevidden av hensynet «offentlig orden». EF-domstolens avgjørelse viser tydelig at det dreier seg om et snevert nasjonalt handlingsrom. I dommen (punkt 30) heter det: «Unntaket når det gjelder offentlig orden utgjør således, tvert imot hva Storhertugdømmet Luxemburg har hevdet, et avvik fra det grunnleggende prinsippet om frihet til å tilby tjenester, som skal tolkes restriktivt og rekkevidden kan ikke bestemmes ensidig av hvert medlemsland.»

### **EF-domstolens praktisering av tjenstedirektivet**

Tjenstedirektivet er på viktige punkter ullent formulert. Det er for eksempel uklart hvilke offentlige tjenester som kan unntas fra direktivet, hvordan det i praksis skal føres tilsyn med tjenesteyterne og hvilke lands regler som gjelder. Uklarhetene betyr i praksis at beslutningene vil bli tatt av EU-kommisjonen og i siste instans EF-domstolen.<sup>3</sup> De fire nye dommene viser hvordan EF-domstolen har lagt seg på en svært liberalistisk linje i saker som angår arbeidsliv og faglige rettigheter. Det er all grunn til å anta at tjenstedirektivets regler vil bli tolket i samme retning. Derfor er det grunn til å frykte flere dommer som går i fagbevegelsens disfavør med tjenstedirektivet.

### **EFTA-domstolen er ikke bundet av EF-domstolens nye dommer<sup>4</sup>**

EØS omfatter som kjent i hovedsak EUs regelverk for det indre markedet. Som utgangspunkt skal bestemmelsene forstås likt i EU og EØS, jfr. den såkalte homogenitetsmålsetningen som uttrykkes i EØS-avtalens artikkel 6. Her tas det imidlertid et eksplisitt forbehold for den «fremtidige utvikling av rettspraksis», altså domsavgjørelser etter 2. mai 1992 da EØS-avtalen ble undertegnet. Det fremgår også av Avtale om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA-avtalen) artikkel 3 samt EØS-avtalens artikkel 105-106 at EFTA-domstolen ikke er bundet av EF-domstolens nye praksis. Det er en målsetning at fortolkningen skal være ensartet og man skal utveksle opplysninger om hverandres dommer, men det er ingen absolutte bindinger om lik praksis. EFTA-domstolen skal gjøre sine egne vurderinger ut fra kildene som foreligger, jf. uttrykket «med full respekt for domstolenes uavhengighet» i EØS-avtalens artikkel 106.

Mange av bestemmelsene i tjenstedirektivet kodifiserer eller bygger videre på EF-domstolens praksis på tjenesteområdet. De fire dommene omtalt i dette faktaarket har kommet etter at direktivteksten ble vedtatt, men de bygger på den samme domspraksisen. EF-domstolen henviser flere steder i dommene til sin tidligere praksis. Tjenstedirektivet gjør altså til lov en domspraksis som i stor grad (avgjørelser etter 2. mai 1992) ikke har formelt bindende status i EØS. Det er ikke opplagt at EFTA-domstolen – ut fra det nåværende rettsgrunnlaget i EØS, altså uten tjenstedirektivet – ville kommet til de samme konklusjonene som EF-domstolen i tilsvarende saker.

Nedenfor gjennomgås de fire dommene mer i detalj hver for seg.

### **Viking Line-dommen**

I denne avgjørelsen, avsagt 11. desember 2007 (sak C-438/05), fant EF-domstolen at det å bruke faglige kampmidler, eller å true med å bruke dem, mot utflagging var ulovlig. Det var rederiet Viking Line som hadde reist sak mot finsk fagbevegelse og Den internasjonale transportarbeiderføderasjonen (ITF). Fagorganisasjonen hadde varslet boikottaksjoner mot Viking Line hvis rederiet flagget ut fergen Rosella til Estland for å betale estiske i stedet for finske lønninger til arbeiderne. EF-domstolen fikk saken forelagt av engelske domstoler (UK Court of Appeal) for å avklare de EU-rettslige spørsmålene. EF-domstolens prinsippavgjørelse ble et dundrende tap for fagbevegelsen.

EF-domstolen mener at bruk av faglige kampmidler, som streik, er en innskrenkning av den frie etableringsretten som skal gjelde i EU (EF-traktatens artikkel 43). Prinsippet om fri etablering skal ha forrang i vurderingen av hvilke typer faglige kampmidler en fagforening kan ta i bruk for å få et firma til å signere en kollektivavtale. Restriksjoner kan bare godtas hvis de påviselig er egnet til å beskytte arbeidstagerne og ikke er mer inngripende enn strengt nødvendig. Bevisbyrden legges altså på fagbevegelsen.

Med særlig vekt på Viking Line-saken konkluderer jusprofessor Hans Petter Graver med at EF-domstolen i disse fire avgjørelsene har «etablert et hierarki mellom rettighetene, men slik at det er inngrep i de fire friheter som må begrunnes»<sup>5</sup>. Han skriver videre: «Når

*EF-domstolen først etablerer et hierarki, kunne den valgt å sette menneskerettigheter høyere enn de fire friheter. Det har imidlertid domstolen aldri gjort i klartekst. Men den har heller aldri så tydelig som nå underordnet menneskerettigheter under de fire friheter. Den har gitt etableringsfriheten forrang i forhold til organisasjonsfriheten, men likevel ikke uten begrensninger.»*

### **Laval-dommen**

Dommen ble avsagt 18. desember 2007 (sak C-341/05). Det svenske bygningsarbeiderforbundet (Byggnads) hadde satt i verk blokade mot det latviske selskapet Laval, som ikke ville inngå svensk tariffavtale for sine latviske arbeidstakere på oppdrag i den svenske kommunen Vaxholm. EF-domstolen besluttet at Byggnads ikke kunne bruke sine avtalefestede aksjonsformer for å opprette tariffavtaler med nye firma. Nasjonal streikerett anses som en hindring for EF-traktatens frie bevegelse av tjenester (artikkel 12 og 49). Byggnads blokade for å sikre svenske lønns- og arbeidsvilkår var ulovlig, konkluderte domstolen.

*«Slik handling i form av en blokade utgjør en inngripen i friheten til å tilby tjenester, som, i dette tilfellet, ikke er begrunnet i hensynet til den allmenne interessen om å beskytte arbeidstagerne,»* heter det i pressemeldingen fra EF-domstolen.

Dommen er et kraftig tilbakeslag for opparbeidede faglige rettigheter og en trussel mot den nordiske avtalemodellen. I de mest utsatte bransjene vil det være umulig å konkurrere på basis av svensk tarifflønn, også for svenske firma. Den svenske fagbevegelsen kan bli tvunget til å kreve offentlig minstelønn for å hindre uverdige lønnsforhold i deler av arbeidslivet. Danmark og Norge vil også rammes av dommen. Norge på grunn av EØS-avtalen, som bygger på EUs generelle tjenesteregler og omfatter EUs utstasjoningsdirektiv.

### **Rüffert-dommen<sup>6</sup>**

Dommen ble avsagt 3. april 2008 (sak C-346/06). EF-domstolen fastslår at det er forbudt å kreve at offentlige byggeoppdrag bare kan gis til virksomheter *«som skriftlig har forpliktet seg til minst å betale sine ansatte den på leveringsstedet overenskomstmessig fastsatte lønn»*.

Den tyske delstaten Niedersachsen har vedtatt en lov som krever at offentlige byggeoppdrag og lokal persontransport bare kan gis til selskap som betaler lønninger i samsvar med fastsatt tariffavtale. Hovedentreprenøren forplikter seg til å pålegge eventuelle underentreprenører de samme vilkår.

Høsten 2003 vant selskapet Objekt und Bauregie en byggekontrakt der selskapet forpliktet seg til å betale lønninger i samsvar med tariffavtalen i området. Et polsk selskap ble tildelt en underentreprise, og det ble etter hvert påvist at de 53 polske bygningsarbeiderne fikk under halvparten (46,57 prosent) av gjeldende tarifflønn. Kontrakten med Objekt und Bauregie ble sagt opp. Selskapet gikk konkurs og engasjerte stjerneadvokaten Dirk Rüffert. Han gikk til sak mot delstaten Niedersachsen for en tysk domstol som ba EF-domstolen avgjøre om EU-retten var brutt.

EF-domstolen pakker ikke inn dommen sin i løsprat. Den fastslår av hvis tyske tariffavtaler må følges ved slike byggeoppdrag, vil selskap i mange andre EU-land *«miste de konkurransefordeler de har som følge av lavere lønnsomkostninger»*. Dermed hindres den frie flyten av tjenester som er et grunnprinsipp i EF-traktaten (artikkel 49). Altså: På EUs indre marked skal det lave lønnsnivået i Øst-Europa eksporteres vestover. Slik skal traktatens frie konkurranse forstås.

Nå kan den frie flyten av tjenester i artikkel 49 fravikes hvis det kan begrunnes med det som EU-retten kaller *«tvingende allmenne hensyn»*. Praksis har vist at det er ikke mange slike hensyn EF-domstolen er villig til å godkjenne. Denne gang vurderer domstolen om det fins noen slike hensyn i det såkalte utstasjoningsdirektivet.

I utstasjoningsdirektivets artikkel 4 står det at medlemsstatene skal påse at de arbeidstakere som er utstasjonert på deres område, sikres *«de arbeids- og ansattelsesvilkår som er fastsatt i den medlemsstaten der arbeidet utføres»*. Det kan skje ved *«lov eller administrative bestemmelser, og/eller ved kollektive avtaler eller voldgiftskjennelser som har generell anvendelse.»*

I artikkel 8 stilles det krav som tariffavtaler sjelden oppfyller verken i Tyskland eller i Norden. Enten skal tariffavtalene *«overholdes av alle virksomheter innen pågjeldende sektor eller bransje i det pågjeldende geografiske område»* – eller så skal en legge til grunn

tariffavtaler «som inngås av de mest representative arbeidsmarkedsparter på nasjonalt plan, og som gjelder på hele det nasjonale området».

EF-domstolen fastslår at lovpålegget i Niedersachsen svikter på flere punkter. Den aktuelle tariffavtalen omfatter ikke alle bedrifter i bransjen. Den tariffølønna som de polske arbeiderne skulle hatt, ligger høyt over den minstelønna som det er snakk om i utstasjoneringsdirektivet. Lovpålegget gjelder bare offentlige oppdragsgivere, ikke private.

Domstolens logikk er ikke alltid helt lett å følge. Den er helt med på at utenlandske arbeidstakere må likestilles med tyske. Men samtidig fastslår den at «plikten til å overholde tariffavtaler (medfører) nettopp ikke en faktisk likestilling med de tyske arbeidstakere» fordi det hindrer at arbeidstakere fra andre land kan sysselsettes i Tyskland «da arbeidsgiveren deres ikke kan anvende omkostningsfordelen» ved et lavere lønnsnivå.

Forbundsregjeringen i Tyskland har engasjert seg til støtte for lovpålegget i Niedersachsen. Ett av argumentene var at det var «et tvingende allment hensyn» å verne «fagforeningers organisering av arbeidslivet». Det blir kontant avvist av EF-domstolen, uten begrunnelse.

Den tyske regjeringen argumenterte også med at dette grep inn mot stabiliteten i velferdsordningene fordi velferdsytelsene i stor grad var knytta til arbeidstakernes lønnsnivå. Det ble like kontant avvist.

Rüffert-dommen er direkte i strid med ILO-konvensjon 94, som sier at det ved offentlige byggeoppdrag kan kreves lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med gjeldende tariffavtale. Fra 1. mars i år er denne konvensjonen tatt inn i norsk lov.

Det kinkige for EU er at 9 EU-land har ratifisert denne konvensjonen. Det har ikke EU. Men EU-retten, slik den tolkes av EF-domstolen, er klar: Er en nasjonal lov i strid med en EU-lov, har EU-loven forrang. Det hjelper derfor ikke om ILO-konvensjonen tas inn i nasjonale lovverk. Den må vike for EU-retten. I Norge kan ILO-konvensjonen måtte vike for EØS-retten. ESA-juristene vil nok kaste seg med begeistring over den jobben.

### **Luxembourg-dommen**

Dommen ble avsagt 19. juni 2008 (sak C-319/06). EF-domstolen bestemte at en rekke av Luxembourgs krav til utenlandske, besøkende tjenesteytere om å følge nasjonale krav til lønns- og arbeidsvilkår var ulovlige.

Det var EU-kommisjonen som hadde saksøkt Luxembourg for brudd på utstasjoneringsdirektivet samt EF-traktatens allmenne bestemmelser om tjenester (artikkel 49-50). Domstolen ga Kommisjonen fullt medhold i at Luxembourg har gått alt for langt i å beholde eller etablere nasjonale reguleringer for besøkende tjenesteytere – langt utover det domstolen mener kan begrunnes ut fra direktivets unntaksregel for «bestemmelser om den offentlige orden» (artikkel 3.10).

EF-domstolen fastslår at listen i direktivet over arbeidsvilkår som kan gjøres gjeldende for utenlandske tjenesteytere, er en uttømmende liste. Dette er en nyhet i domstolens rettspraksis, som også griper inn i norsk arbeidsrett. Tariffnemda har besluttet å avvente Justisdepartementets undersøkelser om den norske Allmenngjøringsloven er i tråd med EU-retten eller ei. Leder i Tariffnemda, Ellen Mo, sier til Magasinet for fagorganiserte at de ikke hadde noe valg etter denne dommen mot Luxembourg. Hun går til og med så langt som å antyde at det er tvilsomt om norsk allmenngjøringslov i det hele tatt holder mål i forhold til dagens EU-rett.

Dette betyr at Fellesforbundets begjæring om allmenngjøring av Verkstedoverenskomsten ved norske verft blir utsatt på ubestemt tid. Det samme gjelder for EL&ITForbundets krav om allmenngjøring av Landsoverenskomsten forelektrofagene. NHO er selvsagt fornøyd. De har lenge påstått at allmenngjøringsloven strider mot EU-retten.

Noen hovedpunkter i dommen:

- *Automatisk justering av lønn mot levestandard:* Domstolen stiller ikke spørsmålsteget ved at minstelønna automatisk justeres opp, men det er Luxembourgs definisjon av lønn som sådan som er problemet. Den viser til at Luxembourg ikke kan bruke offentlig orden som begrunnelse for slike nasjonale regler.
- *Kravet om en skriftlig ansettelseskontrakt eller et tilsvarende dokument:* Kommisjonen mener at kontrollen av slike dokumenter ved utstasjonering

ene og alene er domenet til etableringslandets myndigheter, ikke vertslandet.

- *Krav om å følge de nasjonale ordningene for deltidsarbeid og midlertidige ansettelsesforhold:* Luxembourg har denne bestemmelsen for å beskytte arbeidstakere ved å garantere lik lønn for likt arbeid for både deltids- og heltidsansatte. Dette er ikke et krav som nevnes i utstasjoneringdirektivet og det vil føre til en ulovlig hindring av den frie bevegelsen.
- *Overholdelse av kollektive avtaler:* Dommen fastslår at Luxembourg ikke kan ha en lovgivning som gjør bestemmelser som er fastsatt i tariffavtaler som ikke er allmenngjort, gjeldende for utenlandske tjenesteytere.
- *Dokumentkontroll:* Regelverket i Luxembourg krever at besøkende tjenesteytere må utpeke en fullmektig bosatt i Luxembourg som oppbevare de dokumenter som er nødvendig for å sikre kontrollen av virksomheten. EF-domstolen mener dette er et for inngripende og kostnadskrevenne kontrolltiltak.

### **Noter**

- 1) EUs egen domstol, som har beholdt det gamle navnet fordi den – i alle fall foreløpig – bare har kompetanse innenfor indre markedsdelen av EU-samarbeidet.
- 2) Dagen etter at det ble publisert i Official Journal / Den Europæiske Unions Tidende.
- 3) I EØS av overvåkingsorganet ESA og EFTA-domstolen.
- 4) EØS-avtalens bestemmelser angående EF-domstolen er nærmere behandlet i Peter Ørebech: *Tjenstedirektivet 2006 – sammenlignet med 2004-utkastet og domstolsskapt EU-rett* (Nei til EU arbeidsnotat nr. 2/2007), side 30.
- 5) Hans Petter Graver: «Når rettigheter kolliderer», kronikk i Klassekampen 02.07.08.
- 6) Omtalen av Rüffert-dommen er hentet fra Dag Seierstad: «Fra Vaxholm til Rüffert», kronikk i Nationen 05.04.07.