

EUs Tjenestedirektiv og kampen mot sosial dumping

**Roar Eilertsen og Stein Stugu
April 2008**

DE FACTO
KUNNSKAPSSENTER FOR FAGORGANISERTE

Forord

Den norske regjeringen har fortsatt ikke bestemt seg for om den går inn for at Norge skal si ja til EUs Tjenstedirektiv. Som en del av prosessen frem mot et standpunkt ble det høsten 2007 bestemt at eksterne miljøer skulle utrede ulike konsekvenser av direktivet for Norge. Blant annet fikk Fafo i oppdrag å utrede konsekvenser av "Tjenstedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping". Konsekvensutredningene ble offentliggjort på Nærings- og handelsdepartementets hjemmesider tidlig i mars 2008.

Notatet "EUs Tjenstedirektiv og kampen mot sosial dumping" er utarbeidet av Roar Eilertsen og Stein Stugu i De Facto – Kunnskapssenter for fagorganiserte. I notatet presenteres analyser av Tjenstedirektivets legale og politiske status og hvordan det vil påvirke kampen mot sosial dumping i Norge. I noen grad gis det også vurderinger av de sentrale konklusjonene i den nevnte Fafo-rapporten. Vi håper notatet vil bidra til å nyansere den videre debatten om Tjenstedirektivets betydning og konsekvenser for Norge.

I arbeidet med notatet har vi fått hjelp og innspill fra mange ressurspersoner med inngående kunnskaper om EU-retten, Tjenstedirektivet og utfordringene i norsk arbeidsliv. Vi takker alle som har stilt opp for oss med materiale, innspill, faktaopplysninger og synspunkter, men understreker at alle vurderinger og konklusjoner står for forfatterens regning.

Vi benytter også anledningen til å takke Nei til EU, som har bevilget noe økonomisk støtte til De Factos arbeid med Tjenstedirektivet og dermed gjort det mulig for oss å prioritere arbeidet med denne viktige saken.

Oslo 4. april 2008

Roar Eilertsen

Stein Stugu

Innholdsfortegnelse

Sammenheng.....	4
1. Innledning.....	6
2. Et meget snevert utredningsmandat – gitt til Fafo	7
3. Tjenestedirektivets betydning for utviklingen av det indre markedet og handelen med tjenester	8
3.1 Ny analyse av virkningen for tjenestehandel	9
3.2 Virkningen av økt handel med tjenester for sosial dumping.....	12
3.3 Økt sosial dumping i kvinnedominerte bransjer	14
4. EU-retten er i utvikling – noen erfaringer med å konkludere for tidlig	16
4.1 EF-domstolen som politisk aktør	16
4.2 Vinmonopolets skjebne	17
4.3 Differensiert arbeidsgiveravgift	18
4.4 Hjemfallsretten til fossefallene.....	18
4.5 Vaxholm / Laval-saken	19
4.6 Rüffert/Niedersachsen.....	22
5. Tjenestedirektivet og nasjonal arbeidsrett.....	25
5.1 EU-parlamentarikernes forsøk på å avgrense EU-retten.....	26
5.2 Arbeidsretten og Vaxholm/Laval-saken.....	27
6. Hva betyr det at Tjenestedirektivet er underordnet Utstasjoningsdirektivet?	29
7. Vurdering av tiltak mot sosial dumping.....	31
7.1 Artikkel 16 – fri bevegelse av tjenester	33
7.2 Id-kort i byggenæringen	36
7.3 Godkjenningsskjema for bemanningsselskap	37
7.4 Antikontraktørklausulene	37
7.5 Påseplikt, innsynsrett og solidaransvar	38

Sammendrag

1. I en oppdatert analyse av Tjenstedirektivets virkninger for Norge (Grimsby / Grünfeld, 2008) anslås det at direktivet vil medføre en vesentlig større økning i handelen med tjenester enn det man tidligere har beregnet. Det påpekes at behovet for harmonisering av norsk regelverk for handel med tjenester (fjerning av tekniske handelshindre) er sterkere en tidligere antatt, og at direktivet vil tvinge fram en slik harmonisering. I sum har Norge sterkere handelshindringer for tjenestehandel enn gjennomsnittet i EU/EØS.
2. En betydelig økning i handelen med tjenester vil i seg selv øke problemet med sosial dumping i norsk arbeidsliv. Erfaringene de siste årene viser at det norske regelverket mot sosial dumping langt fra er tilstrekkelig, og at det er behov for å styrke og utvide dette på en rekke områder. Tjenstedirektivet vil legge klare begrensninger på mulighetene for å innføre regler for et bedre vern mot sosial dumping. Spesielt vil økt handel med tjenester føre til mer sosial dumping i bransjer med liten eller ingen regulering som forhindrer sosial dumping. Eksempel på det kan være kvinne dominerte lavtlønnsbransjer som renhold, privat hjemmehjelp, hotell og restaurant og deler av varehandel.
3. I vurderingene av ulike tiltak mot sosial dumping (for eksempel regjeringens handlingsplan) er forholdet mellom EU-retten (felleskapsretten) og nasjonal arbeidsrett et kjernepunkt. I tillegg står forholdet mellom EUs Utstasjoneringsdirektiv og Tjenstedirektiv helt sentralt. I sammenfatningen i Fafo-rapporten ("Tjenstedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping", s. 40) heter det for eksempel: *"Gjennom unntaksbestemmelsene faller det alt vesentlige av arbeidsrettsrelaterte spørsmål ved tjenesteytelser over landegrensene utenfor tjenstedirektivet. Det mest sentrale regelverket i denne sammenhengen er utstasjoneringsdirektivet, som kan sies å bygge på "vertsstatsprinsippet"*.
Gjennomgangen i dette notatet viser at begge disse konklusjonene er høyst omstridte. EF-domstolen kommer med stadig nye avgjørelser (sist Rüffert / Niedersachsen og Vaxholm / Laval-dommene) som innskrenker rommet for nasjonale reguleringer og rekkevidden av Utstasjoneringsdirektivets forrang i arbeidsrettslige spørsmål. EF-domstolen følger en konsekvent linje med å prioritere markedsfrihetene høyere enn hensynet til arbeidstakernes rettigheter og nasjonal arbeidsrett der disse kolliderer.
4. Både de siste årenes erfaringer og den interne striden i EU om Tjenstedirektivets utforming understreker at fellesskapsrettens holdning til arbeidsmarkedsreguleringer er i konstant utvikling. I prosessen fram mot EUs endelige vedtak av Tjenstedirektivet forsøkte europeisk fagbevegelse (ETUC) og sosialistfraksjonen i EU-Parlamentet å få inn formuleringer som skulle presisere at arbeidsrett og reguleringer i arbeidsmarkedet er et nasjonalt anliggende. Dette ble avvist av EU-kommisjonen og flertallet i parlamentet. Konsekvensene er at EF-domstolen kan fortsette sin praksis med å gi markedsfrihetene forrang, og dens rolle som fristilt, markedsliberal "politikkutvikler" blir stadig tydeligere. Tjenstedirektivet vil fungere som en

ytterligere pådriver for dette, - spesielt etter at alle forsøk på å få inn tydeligere begrensninger led nederlag i EUs interne prosesser.

5. Den tolkning av Utstasjoneringsdirektivets som tilsier at det etablerer et "vertsstatsprinsipp" innenfor arbeidsrettsområdet har blitt satt langt tilbake av dommene i de såkalte Rüffert / Niedersachsen- og Vaxholm-Laval-sakene. I Rüffert / Niedersachsen-dommen (vilkår om lønn ved oppdrag for det offentlige) slås det fast at minstelønnsbestemmelser bare kan brukes hvis de omfatter alle som arbeider innenfor et område. Forutsetningen for slike bestemmelser er at de ikke bare kan gjelde de som utfører oppdrag for det offentlige, de må også gjelde alle som utfører rent private oppdrag. Vaxholm / Laval-dommen var et sviende nederlag for svensk fagbevegelse. Ideen om at den svenske arbeidsmarkedsmodellen ga dem rett til å kreve svensk tariff for (latviske) bygningsarbeidere som var på midlertidig oppdrag i Sverige, og å sette i verk boikott mot firmaet (Laval) som nektet dette, ble begge deler kjent ulovlig av EF-domstolen. Begge sakene illustrerer at det ikke er et generelt unntak for arbeidsretten i EU, og at enhver regulering kan bli prøvd i forhold til om den er en hindring for den frie flyten av varer, tjenester, kapital og personer.
6. Utviklingen av EU-retten slik vi ser det demonstrert ved Vaxholm/Laval og Rüffert/Niedersachsen, snevrer inn rammene for norske tiltak mot sosial dumping. Dette vil øke omfanget av sosial dumping kraftigere enn tidligere antatt hvis Tjenstedirektivet blir en del av norsk lov. Med denne rettstilstanden vil vesentlig mer omfattende bruk av allmenngjøringsverktøyet og/eller minstelønnsatser tvinge seg fram som virkemiddel i kampen mot sosial dumping. Dette krever ny norsk lovgivning.
7. Trolig vil ikke antikontraktørbestemmelsene stå seg i forholdet til Tjenstedirektivets bestemmelser om forbud mot bestemmelser som begrenser selvstendiges muligheter for å utøve tjenester. Ordningen med ID-kort i byggebransjen kan få problemer i forhold til Tjenstedirektivets artikkel 16. Autorisasjonsordninger for bemanningsselskap/vikarbyråer kan få problemer fordi det bare er tjenester fra bemanningsselskap som er unntatt fra Tjenstedirektivet, ikke bemanningsselskapene i seg selv.

1. Innledning

I desember 2006 ble EUs Tjenestedirektiv endelig vedtatt og medlemslandene har frist til utgangen av 2009 med å implementere direktivet i nasjonal lovgivning. For Norge gir EØS-avtalens "reservasjonsrett" Stortinget en mulighet til å si nei til Tjenestedirektivet.

Helt siden EU-kommisjonen lanserte sitt første utkast til Tjenestedirektiv i januar 2004 (ofte omtalt som "Frankenstein-direktivet", inspirert av at EU-kommissær Fritz Bolkestein som var ansvarlig for arbeidet med direktivet) har direktivet vært omstridt. For store deler av fagbevegelsen har kamp mot Tjenestedirektivet vært en hovedsak gjennom flere år, og kravet er fortsatt at Norge skal si nei til det nå ferdigbehandlede EU-direktivet.

Analysen går blant annet ut på at Tjenestedirektivet vil svekke fagbevegelsen, innskrenke nasjonale myndigheters handlingsrom for regulering av arbeidsmarkedet og føre til mer sosial dumping.

I den rødgrønne regjeringens Soria Moria-erklæring heter det at "Regjeringen vil arbeide for at EU ikke gjennomfører et tjenestedirektiv som fører til sosial dumping". Presset fra de som sier nei til direktivet fikk ytterligere styrke da et tilnærmet enstemmig landsmøte i Fellesforbundet høsten 2007 gikk inn for at Stortinget må si nei til Tjenestedirektivet. Senere på høsten bestemte regjeringen at det skulle gjennomføres et sett konsekvensanalyser av å innføre Tjenestedirektivet i Norge. Direktivets konsekvenser for kampen mot sosial dumping var ett av feltene som skulle belyses.

Oppdraget ble gitt til Fafo (se nedenfor) og i innledningskapitlet til Fafo-rapporten heter det blant annet:

"Tjenestedirektivet er et ledd i et bredere arbeid med å utvikle dette indre markedet, med bakgrunn i Lisboa-prosessen fra 2000. Direktivet har som formål å gjøre det lettere for tjenesteytere å etablere seg og tilby tjenester over landegrensene, og skal samtidig sikre høy kvalitet på tjenestene i EØS-området.

... Tjenestedirektivet innebærer ingen nye målsettinger for det indre markedet, men inneholder et sett av virkemidler for å virkeliggjøre målsettingene" (s. 7).

Spørsmålet mange stiller seg, er om målsettingene kan virkeliggjøres uten at et av resultatene blir mer sosial dumping? I dette notatet skal vi belyse ulike sider ved dette.

2. Et meget snevert utredningsmandat – gitt til Fafo

Regjeringen valgte å avgrense konsekvensutredningen om Tjenstedirektivet og sosial dumping på en meget spesiell måte. Man valgte å redusere den til et spørsmål om Tjenstedirektivet har konsekvenser for regjeringens handlingsplan mot sosial dumping. Og oppdraget ble gitt til Fafo. Begge deler var ekstremt tendensiøse. I arbeidet med handlingsplanen har departementet selvsagt vurdert hvert enkelt element stolper opp og vegger ned i forhold til Tjenstedirektivet. Allerede i februar 2007 (Fafo-notat 2007:2) presenterte Fafo sine konklusjoner i forhold til de aktuelle elementene i regjeringens handlingsplan.

Fafos rapport ”Tjenstedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping” ble offentliggjort i begynnelsen av mars 2008. Konklusjonene var som bestilt. Fafo mente det samme i februar 2008 som i februar 2007.

I tillegg argumenteres det nå enda sterkere (men ikke mer overbevisende...) for at Tjenstedirektivet ikke har konsekvenser for nasjonal lovgivning og standarder i arbeidsmarkedet. I rapportens Sammendrag (punkt 4.4, side 40) heter det:

”Hovedsynspunktet vil da være at for arbeidsrettslige spørsmål i alminnelig forstand vil tjenstedirektivets regler ikke ha noen direkte eller selvstendig betydning. Dette gjelder også i forhold til de ulike tiltakene i Handlingsplanen mot sosial dumping”.

I dette notatet vil vi gå grundigere inn i følgende forhold:

- Hva betyr det for kampen mot sosial dumping at EUs indre marked er i stadig utvikling og at handelen med tjenester får stadig større omfang?
- Hvor viktig er den dynamiske siden av utviklingen av EUs lover og regler? Litt om Norges tidligere erfaringer med å ta EU-retten ”for gitt”.
- Tjenstedirektivet og nasjonal arbeidsrett
- Forholdet mellom Tjenstedirektivet og Utstasjoneringsdirektivet
- Konkret vurdering av tiltak mot sosial dumping

3. Tjenestedirektivets betydning for utviklingen av det indre markedet og handelen med tjenester

I den norske debatten om tjenestedirektivet har det vært et sentralt premiss fra motstanderne av norsk veto at Norge allerede har et liberalt handelsregime for tjenester. Forskningsleder Jon Erik Dølvik i FAFO sier følgende på et seminar om tjenestedirektivet i YS (fra presentasjon, FAFOs hjemmeside):

”Norge – liberalt regime for tjenestehandel, ingen særskilte vilkår/hindre

.....

”Åpnere tjenestemarkeder ute kan gi økte eksportmuligheter – diskutabelt om direktivet vil gi økt tjenesteimport fordi Norge allerede praktiserer fri tjenesteutveksling”

Basis for vurderingen har vært en generell oppfatning av at Norge bestandig har vært tidlig med rask tilpasning til nye EU-direktiv. Norge har også, sammenliknet med andre land, hatt en relativt stor handel med utlandet, både i form av eksport og import. Belegg for en slik oppfatning lå i stor grad i en analyse utført av Leo Grünfeld i 2005, som tok for seg konsekvensene av å innføre EUs daværende forslag til tjenestedirektiv (NUPI 2005). Analysen baserer seg på en versjon av tjenestedirektivet der opprinnelseslandsprinsippet fortsatt var inntakt, og konkluderer med at direktivet vil føre til en begrenset økning både av import og eksport av tjenester. Utredningen anslår at innføring av tjenestedirektivet vil berøre omtrent 40 % av Norges tjenesteeksport og 60 % av tjenesteimporten. Når det gjelder virkningen er konklusjonen følgende:

”Vi viser at en innføring av tjenestedirektivet vil kunne øke eksporten og importen av tjenester med om lag 10 % fra dagens nivå”
(sammendraget)

I Grünfelds notat fra 2005 var også konklusjonen at 10 % var en øvre grense for virkningene på tjenesteimport, mens det var en nedre grense for virkningene på tjenesteeksport. Større virkninger for tjenesteeksport enn tjenesteimport vil være tilfelle hvis Norge har et mer liberalt regelsett for tjenestehandel enn våre handelspartnere. Som vi kommer tilbake til er vurderingene nå det motsatte. Som følge av at Tjenestedirektivet endret sin innretning fra et opprinnelseslandsprinsipp til i stedet å snakke om en rett til å yte tjenester, samt at en del områder ble unntatt fra direktivets virkeområde har det vært vanlig å anta at den direkte virkningen på norsk import og eksport vil være lavere enn denne utredningens 10 %.

Grünfelds notat ga også en vurdering av hvor liberalt Norges handelsregime med tjenester er, og konkluderte med at Norge er betydelig mer liberalt enn gjennomsnittet i OECD for detaljhandel, på gjennomsnittet for forretnings-tjenester, men er mer restriktiv enn gjennomsnittet for energitjenester og transport. Spesielt fremheves det at de søreuropeiske landene samt de større EU-

landene har mer omfattende handelshindre på tjenesteområdet enn de nordeuropeiske landene.

Videre har notatet en interessant konklusjon om at det er store definisjonsmessige mangler knyttet til hvorvidt en tjeneste som utføres i et annet land er temporær eller permanent. Dette er et viktig spørsmål fordi tjenstedirektivet, også i sin nåværende form, er betydelig mer liberalt for tjenesteytere som ikke etablerer seg i landet enn for tjenesteytere som etablerer seg. Hva slags restriksjoner som kan legges på midlertidige tjenesteytere reguleres av artikkel 16, som har en vesentlig snevrere avgrensning av hvilke vilkår som kan åpne for nasjonale regler enn det tilsvarende regelsettet for de tjenesteytere som skal etablere seg med egen bedrift i det landet tjenesten skal ytes. Slik EUs indre marked fungerer er noe av hensikten at disse mer liberale reglene for de som yter tjenester over grensen enn for tjenesteytere som er etablert i et land, skal fungere som et press på regelverket i hvert enkelt land. Liberalisering av internasjonal handel fungerer slik som en viktig faktor for å liberalisere reglene for de som bare leverer tjenester nasjonalt. Denne dynamikken har en klar parallell til det som har skjedd for varehandel. For varehandel har man innført et handelsregime med utgangspunkt i at en vare som er godkjent i et EU-land også skal godkjennes i et annet. Dette kalles "Cassis de Dijon-prinsippet", med bakgrunn i en rettsavgjørelse som slo fast at når "Cassis de Dijon", en fransk solbærlikør, kunne selges i Frankrike så måtte den også kunne selges i Tyskland. Det var et ulovlig handelshinder at Tyskland hadde regler om alkoholstyrke i likør som gjorde at solbærlikøren ikke kunne selges under eget navn i Tyskland. Tjenstedirektivets "rett til å yte tjenester" vil trolig føre til at vi etter hvert vil få tilsvarende rettssaker på tjenesteområdet.

3.1 Ny analyse av virkningen for tjenestehandel

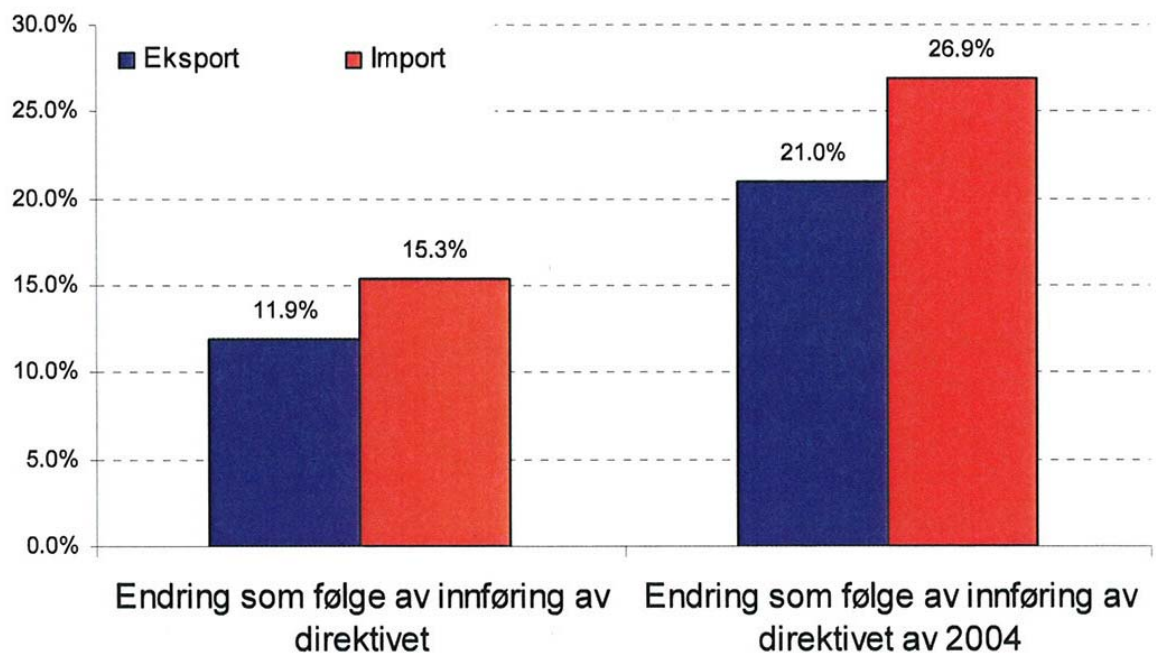
Leo Grünfeld har nå, på oppdrag fra regjeringen, sammen med Gjermund Grimsby lagt fram en ny analyse av tjenstedirektivet og virkningene for norsk tjenestehandel (Menon Business Economics 2008). Konklusjonen her er at rapporten fra 2005 undervurderte den liberaliserende effekten tjenstedirektivet ville ha på tjenestehandel:

"Sett i lys av disse prediksjonene fremstår anslagene i Grünfeld (2005), som knyttet seg til første versjon av direktivet, som svært moderate (om lag halvparten så store). Dette knytter seg sannsynligvis til at den antatte heterogeniteten mellom Norge og dets handelspartnere var lavere enn den faktisk er. Dermed blir også det forholdsmessige utslaget på handel gjennom en prosentvis reduksjon i heterogenitet mindre" (s.47)

Dette betyr at Grimsby og Grünfeld nå mener at Grünfeld i 2005 vurderte handelshindringene for tjenestehandel inn og ut av Norge som mindre enn de er. Følgelig vil tjenstedirektivet få en større effekt enn tidligere antatt. I den nye utredningen antar de at virkningene for Norge av det nye tjenstedirektivet vil være større enn det Grünfeld i 2005 trodde vil være virkningene av tjenstedirektivet med opprinnelseslandsprinsippet inntakt. Fortsatt vurderes det

som om virkningene for økt tjenestehandel ville vært enda større hvis det var direktivforslaget fra 2004 som hadde vært innført. Anslagene nå er at importen av tjenester fra EØS-land vil øke med 15,3 %, eksporten med 11,9 %. Analysen nå indikerer også at import av tjenester vil øke betydelig mer enn eksporten fra Norge, dette er motsatt konklusjon av den vi fant i Grünfeld (2005). Forskjellen på virkningene av dagens vedtatte Tjenstedirektiv og virkningen av forslaget fra 2004 illustrerer Grimsby og Grünfeld slik:

Predikert effekt på norsk tjenestehandel med EØS-land



Tjenestehandel vil øke såpass kraftig ikke bare fordi hindringer blir borte, men også fordi tjenstedirektivet vil presse fram en harmonisering av lover og regler i EU/EØS-landene. Likere regler gjør det enklere å selge tjenester på tvers av landegrensene, er reglene i nabolandet de samme som du er vant til er de lette å forholde seg til.

I sin analyse av konsekvensene av Tjenstedirektivet har Grimsby og Grünfeld to innfallsvinkler. Den ene går på det absolutte omfanget av hvor sterkt et lands markedsregulering er, dvs. hvor store hindre har landet for tjenestehandel. Dette kalles markedsreguleringsindikator.

Den andre innfallsvinkel er å måle hvor forskjellige landenes markedsregulering er utformet. Dette kan illustreres med at to land kan ha omtrent like sterke hindringer for tjenestehandel over landegrensene, men hindringene er ikke like. For en tjenesteyter som er etablert i et land vil det være et problem for tjenestehandel i et annet land at en må sette seg inn i dette andre landets hindre og hvordan de er utformet. Særlig vil dette være vanskelig for små og mellomstore bedrifter, og en viktig målsetting med Tjenstedirektivet er nettopp

å gjøre det enklere for små bedrifter å levere tjenester i andre land. Hvor store forskjellene er måles gjennom en heterogenitetsindeks.

Grimsby og Grünfeld går ikke inn på en nærmere analyse av hva de forskjellige hindrene består i. Analysene baserer seg på oversikter fra OECD over hindre for handel. Konklusjonen er at Norge ligger i midtsjiktet i EØS/EU når det gjelder den absolutte størrelsen på hindre for tjenestehandel og investeringer, men vi er noe over gjennomsnittet når det gjelder heterogenitet. Norge har større forskjeller i hvordan handel med tjenester er regulert på enn det gjennomsnittet av EU/EØS-land har.

Grimsby og Grünfeld vurderer dette som positivt i forhold til å innføre Tjenstedirektivet:

”I lys av en innføring av Tjenstedirektivet er det i seg selv positivt at Norge har relativt høy heterogenitet, fordi det innebærer at potensialet for økt norsk handel med tjenester som en følge av en harmonisering av regelverk på tvers av EØS er relativt stort.” (side30)

I tillegg til harmonisering av reglene for tjenestehandel trekker rapporten spesielt fram virkningene av at det skal opprettes et nasjonalt kontaktpunkt for tjenesteytere, en såkalt ”hurtigskranke”. Denne betyr at en tjenesteyter skal finne all nødvendig informasjon for å levere tjenester til Norge et sted, og at de samme sted både skal kunne levere søknader og få eventuelt nødvendige godkjenninger.

Grimsby og Grünfeld regner med at en betydelig andel av norsk økonomi vil bli direkte berørt av Tjenstedirektivet. Anslaget er at det berører omtrent 60 % av verdiskapingen innen markedsrettet tjenestesektor. Dette betyr at rundt 30 % av total sysselsetting i Norge blir berørt, omtrent 740 000 mennesker (side 20). Analysens konklusjon er at de landene som vil stå for den største delen av veksten i handel med Norge er Tyskland og Sverige, men de påpeker at måten deres vurdering er bygd opp på kan undervurdere konsekvensene av å innføre Tjenstedirektivet i forhold til handel med de nye medlemslandene i EU.

”Tjenestehandelen med de nye EU-landene Ungarn, Tsjekkia og Polen er i utgangspunkt liten, og dette er med på å begrense den rollen disse landene spiller i norsk tjenestehandel med Tjenstedirektivet på plass. Dette til tross for at heterogeniteten mellom Norge og disse landene er høy. Andre strukturelle forhold som knytter seg til den kraftige arbeidsmigrasjonen mellom Norge og Polen og de baltiske land, peker dog retning av at prediksjonsmodellen kraftig underestimerer veksten i handelen med disse landene.” (side 48)

I tråd med tradisjonell økonomisk teori mener Grimsby og Grünfeld at det er bra med økt tjenestehandel. Økt handel gir mulighet for økonomisk vekst. Kostnadene presses nedover, både fordi handelshindre i seg selv er en kostnad, og fordi økt konkurranse bidrar til reduserte kostnader. For tjenester er store deler av kostnadene lønn, reduserte kostnader vil for en viktig del være snakk

om reduserte lønninger. Dette gir igjen mulighet for at et land kan flytte arbeidskraft til andre områder der behovet er større. Disse vurderingene kunne i seg selv fortjent en nærmere analyse og diskusjon, men det ligger utenfor dette notatets formål. Vi vil likevel bemerke at en vesentlig forutsetning for at alle industrialiserte land har kunnet nå den økonomiske standard de har er at de i alle fall i perioder har hatt sterke muligheter for staten til å styre oppbyggingen av økonomien.

Analysen fra Grimsby og Grünfeld har den svakheten at den ikke går inn på hvilke konkrete reguleringer som vil bli borte som en følge av Tjenstedirektivet. Den sier heller ikke noe om hvor stort omfanget av tjenesteimport vil fordeles på forskjellige områder, noe som er svært viktig for å analysere konsekvensene i forhold til sosial dumping. Men den er viktig, fordi det den klart sier er at en innføring av Tjenstedirektivet vil føre til betydelig økt tjenesteimport. Når vi da vet at lønn er den viktigste kostnaden når tjenester utføres, vil virkningene for sosial dumping bli betydelige.

3.2 Virkningen av økt handel med tjenester for sosial dumping

Som vi har sett er vurderingene nå at de økonomiske konsekvensene av å innføre Tjenstedirektivet er større enn tidligere antatt, sågar større enn en i Norge trodde ville være konsekvensene ved å innføre det opprinnelige "Bolkestein-direktivet". Dette vil i seg selv få stor betydning i kampen mot sosial dumping. Vårt utgangspunkt er ikke at økt handel i seg selv er negativt. Vi er enig i at dette er positivt, selv om vi også sterkt vil betone at det er viktig at nasjonalstaten har mulighet til å styre økonomien. Men det er helt sentralt at dette ikke må øke forskjellen mellom folk. Det må ikke etableres nye underklasser med lønnsnivå, bo- og arbeidsforhold som er helt uakseptable. I tillegg er det viktig at den økte konkurransen ikke bidrar til ytterligere økt press på de lønns- og arbeidsforhold som er etablert i Norge.

Hadde vi hatt en situasjon med et velfungerende sikkerhetsnett og kontrollrutiner som fanget opp brudd på vanlige norske lønns- og arbeidsforhold, ville ikke økt tjenestehandel i seg selv representert noen stor trussel om sosial dumping. Men det er ikke situasjonen. Tvert imot kommer de norske mulighetene for kontroll til å være svekket når Tjenstedirektivet eventuelt skal innføres i Norge. Dommen i saken "Rüffert - Niedersachsen" som ble offentliggjort 3.april i år vil bidra til denne svekkingen av det norske regelverket.

Den viktigste årsaken til at det norske regelverket svekkes er at overgangsreglene i forbindelse med østutvidelsen av EU trolig vil være historie fra 1. mai 2009. Overgangsreglene ble innført for å forhindre at EU-utvidelse i 2004 skulle føre til sosial dumping. I første omgang skulle de gjelde i to år, men det enkelte land fikk mulighet til å forlenge i ytterligere tre år hvis en anså det for nødvendig. Etter 1. mai 2009 er det ytterligere mulighet for forlengelse to år til, forutsatt at arbeidskraftinnvandring fra de nye medlemslandene fører til "alvorlig ubalanse i arbeidsmarkedet innenfor en bransje eller i et distrikt eller

ved fare for det." Men etter 1. mai 2011 er uansett overgangsperioden over for de landene som i første omgang ble omfattet av regelverket, Polen, Estland, Latvia, Litauen, Ungarn, Tsjekkia, Slovakia Slovenia. Romania og Bulgaria er også omfattet av overgangsbestemmelsen, men de ble senere medlem av EU og overgangsordningene for disse landene kan derfor opprettholdes noe lenger.

Vi er helt enig i det som var et av regjeringens hovedargumenter for å innføre overgangsordningene, slik det er formulert i forslaget om å utvide overgangsreglene til også å gjelde Romania og Bulgaria :

"De tilfellene av sosial dumping som avdekkes, er i særlig grad knyttet til tjenesteinnvandring. Uten overgangsordninger og før tilstrekkelige andre tiltak er på plass, vil problemene med sosial dumping kunne øke. Spørsmålet om overgangsordninger bør derfor også sees i sammenheng med arbeidet med handlingsplanen mot sosial dumping."

Hovedvilkåret i overgangsordningene er at det skal dreie seg om heltidsarbeid og at arbeidet skal avlønnes etter nasjonalt lønnsnivå. Når overgangsreglene blir historie vil det i mange bransjer være slik at Norge ikke har regler som sikrer lønn på anstendig nivå, verken for nordmenn eller utlendinger. Har ikke bedriften tariffavtale, eller er innenfor et område med allmenngjorte tariffavtaler, er det i prinsippet ikke noe i veien for en timelønn på 10 kr.

Foreløpig har Norge svært få tariffavtaler som er allmenngjort. Det dreier seg bare om følgende tre forskrifter:

- Allmenngjøring av tariffavtaler for enkelte petroleumsanlegg på land
- Byggeplasser i Osloregionen
- Byggeplasser i Norge

I praksis viser det seg at for å få allmenngjøringsvedtak er det behov for en omfattende dokumentasjon. Det er også tvil om dagens utforming av allmenngjøringsloven i det hele tatt åpner for allmenngjøring i bransjer som varehandel og hotell- og restaurant. Den viktigste årsaken til det er at formålet med allmenngjøringsloven er "å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har". I bransjer der det er stort omfang av lønnsdumping likevel, og ikke spesifikt store problemer for utenlands arbeidskraft, er ikke allmenngjøring etter denne loven et egnet virkemiddel. Loven burde vært endret, og trolig også brukt i et vesentlig større omfang. Men det er ikke situasjonen i dag.

I sin rapport "Grenseløst arbeidsliv" (2006) framhever Fafo problemene med kortvarig tjenstemobilitet:

"Det har , som vår undersøkelse dokumenterer, medvirket til at kortvarig tjenstemobilitet i sentrale deler av arbeidslivet, som industrien og byggenæringen, er blitt den dominerende formen for arbeidsmobilitet i Norge. Erfaring fra mange europeiske land viser at nettopp denne typen flyktig tjenstemobilitet er den vanskeligste å kontrollere, og dermed er

den mobilitetsformen som er mest utsatt for lavlønnskonkurranse, omgåelse av lov og avtaleverk og unndragelse av skatt og avgifter.”

Dette er innenfor rammene av den delen av arbeidslivet der vi i har relativt sterke fagforeninger og/eller allmenngjorte tariffavtaler. Riktignok er det store mangler i regelverket. Et eksempel her kan være at innsynsretten for tillitsvalgte er begrenset til tillitsvalgte som arbeider ut fra samme, allmenngjorte tariffavtale som det arbeidet en begjærer innsyn i. Skulle innsynsretten medvirket til at dette skulle vært et effektivt redskap mot alle former for sosial dumping, er behovet for innsyn minst like stort, for ikke å si større, der hvor en ikke går på samme tariffavtale. Eksempel på det kan være både innkjøp av tjenester til offentlig virksomhet og innkjøp til industribedrifter. Og behovet finnes ikke bare der tariffavtalen er allmenngjort. Med de sterke krav til dokumentasjon som finnes for å få et vedtak om allmenngjøring, er det stort behov for å kunne dokumentere lønn under vanlig, norsk nivå. Og dokumentasjon krever innsyn med mulighet for kontroll. I tillegg burde også det en finner vært mulig å offentliggjøre. Offentlig oppmerksomhet er både en mulighet for å rydde opp i de konkrete problemene, og et tiltak som bidrar sterk til å motivere politikere til handling.

3.3 Økt sosial dumping i kvinnedominerte bransjer

Vi ser i dagens arbeidsmarked at det har utviklet seg områder med liten eller ingen kontroll. Eksempel på det er renhold i private husholdninger. Store deler av markedet for ombygging og vedlikehold av for eksempel private kjøkken og bad har også forsvunnet som arbeidsoppgaver fra seriøse firma og over til håndverkere som er i Norge for kortere eller lengre tidsrom. Dette er før Tjenestedirektivet kommer, med sin varslede økning av tjenestehandel, spesielt fra små og mellomstore bedrifter.

Ser vi bort fra overgangsreglene i forbindelse med østutvidelsen av EU er veldig mye av de norske tiltakene mot sosial dumping rettet mot bygg og anlegg. Hvis ikke den varslede økning i tjenestehandel skal gjøre stor skade må Norge utvikle et helt annet regelverk enn i dag til å møte problemene med sosial dumping. Og dette ikke bare i byggenæring og industri, men minst i samme grad i kvinnedominerte områder som renhold, varehandel, hotell og restaurant. Risikoen for økt sosial dumping er faktisk større i store, kvinnedominerte yrkesgrupper enn den er innenfor bygg og anlegg. Veldig mye av tiltakene mot sosial dumping har vært rettet mot bygg, anlegg og industri. Det er her vi finner de allmenngjorte tariffavtalene. Og det finnes relativt sterke fagforeninger. Mye av dette mangler foreløpig innenfor mange kvinnedominerte områder. Den sosiale dumping som er en uunngåelig konsekvens av økt tjenestehandel vil derfor få et mye friere spillerom innenfor disse områdene. Risikoen er at Tjenestedirektivet vil være en enda større trussel om økt sosial dumping i de bransjene som ikke har noe regler som regulerer sosial dumping enn der kampen mot sosial dumping har ført til i alle fall noen tiltak som allerede er satt ut i livet.

Allerede i dag, med overgangsregler, finnes det et betydelig illegalt arbeidsmarked i Norge, med store innslag av sosial dumping. Arbeidsvilkårene for polakker i Norge er belyst i rapporten "Polonia i Oslo" (Fafø 2007) Her oppsummeres blant annet følgende:

"Undersøkelsen viser også at det er et betydelig illegalt arbeidsmarked for polakker i Oslo. Det illegale arbeidet er spesielt utbredt blant de som har kommet tjenesteveien. I det illegale arbeidsmarkedet har arbeidstakerne svært få rettigheter. Uten oppholdstillatelse får arbeidsmigrantene i liten grad tilgang til velferdsgoder i Norge. Personer i det illegale arbeidsmarkedet er dessuten dårlig stilt med hensyn til å kreve grunnleggende arbeidstakerrettigheter som oppsigelsesvern, rett til ferie og lønn ved sykdom. De har også langt dårligere lønnsvilkår enn de som jobber legalt, og de er dårligere beskyttet mot utnytting fra oppdrags- og arbeidsgivere. Totalt jobber nesten halvparten av polakkene i Oslo-området i det illegale markedet eller i gråsonen. I det sterkt kjønnsdelte arbeidsmarkedet for polakker i Norge, kommer kvinnene, som arbeider selvstendig i renholdsbransjen, spesielt dårlig ut."

Dette er situasjonen nå, med overgangsregler og før den ytterligere liberalisering som gjennomføring av Tjenestedirektivet eventuelt vil føre til. Bortfall av overgangsregler og liberalisering av handel vil kanskje ha som konsekvens at en del av det som i dag gjøres illegalt kan bli legalt. Om ikke annet vil ikke overgangsreglene bli brutt når de ikke finnes lenger. Men det kan ikke være mye tvil om at liberaliseringen vil medføre at omfanget av sosial dumping vil øke.

4. EU-retten er i utvikling – noen erfaringer med å konkludere for tidlig

Norske myndigheter har lang erfaring i å fremstille EUs lover og regler på en måte som gir inntrykk av at konsekvensene av en innordning er minimale, og i alle fall ikke sterkt negative. Ikke minst i forbindelse med EØS-forhandlingene gikk man ut med ”høy sigarføring” og forsikret om at norsk sjølråderett ville kunne videreføres på en rekke sentrale områder. I ettertid, når saker har blitt brakt inn for ESA (EØS-avtalens overvåkingsorgan) og EFTA-domstolen, har det vist seg at norske myndigheter har tatt feil og vi får pålegg om å innordne oss EU-retten. Selv om ESA/EFTA-domstolen er en annen institusjon enn EU/EF-domstolen, viser det seg at utviklingen av EU-rett og EF-domstolens praksis også er bestemmende for ESA og EFTA-domstolen. I dette avsnittet skal vi kort minne om tre av de viktigste sakene; bevaring av Vinmonopolet, systemet med differensiert arbeidsgiveravgift og hjemfallsretten til fossefallene. I tillegg skal vi se på erfaringene fra de nyeste og mest relevante saken i denne sammenheng; dommen i den såkalte Vaxholm/Laval-saken i Sverige og Rüffert/Niedersachsen i Tyskland.

Men først noen betraktninger om dynamikken i EU-lovgivningen.

4.1 EF-domstolen som politisk aktør

Gjennom hele EUs historie har EF-domstolen fremstått som en meget sentral og viktig politisk aktør. Der hvor politikerne har vaklet og hatt problemer med å finne frem til akseptable kompromisser, har domstolen ”satt skapet på plass” og slått fast at de fire markedsfrihetene normalt skal ha forrang.

Domstolens hovedoppgave er å bestemme hvordan unionens traktater, direktiver og forordninger skal forstås, og både enkeltpersoner, selskaper og regjeringer kan bringe spørsmål inn for domstolen. Nasjonale domstoler kan be om uttalelser om hvordan bestemte lover og regler skal forstås. Det påligger alle regjeringer å sørge for at EF-domstolens kjennelser blir respektert og etterlevd.

Mindre enn noen domstol lever EF-domstolen i et politisk vakum. Dens oppgave er ikke begrenset til å bestemme hvordan vedtatte lover og regler skal forstås. Dens kjennelser må alltid ses i lys av en overordnet føring som er slått fast i ”grunnloven” (fra Roma-traktaten og videre): EF-domstolen skal dømme på en slik måte at det fremmer utviklingen av et reelt indre marked med fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer, og den skal bidra til at unionen utvikler en stadig bredere og dypere politisk og økonomisk integrasjon. Det er på denne bakgrunn vi kan forstå at EF-domstolen ikke bare utvikler EU-retten, men også EU-politikken på viktige områder.

Det er ingen tilfeldighet at mange EU-direktiver er uklare og "uferdige" på viktige spørsmål. Det avspeiler at det er krevende å snekre sammen kompromisser mellom parter og stater som har til dels sterkt motstridende interesser. Og det er en bekvem metode for å "avpolitiser" kontroversielle veivalg og avgjørelser. Domstolen tar på mange måter oppgaven med å tvinge igjennom "fri flyt" der politikerne er handlingslammet og må kaste kortene. Dette gjelder så definitivt for prosessen bak, og i utviklingen av Tjenstedirektivets rolle og bestemmelser.

Alle er enige om at direktivet er laget for å få fart i handelen med tjenester mellom landene i unionen. Etter EU-kommisjonens mening har denne handelen et alt for lite omfang. Konfliktlinjene kan grovt skisseres slik: I hvor stor grad skal landene kunne vedta nasjonale lover og regler som begrenser den frie flyten av varer, tjenester, kapital og mennesker i den indre markedet? Alle parter erkjenner at målsettingen om fri flyt må veies mot andre hensyn, ikke minst når det gjelder beskyttelse av arbeidstakernes interesser og holdningen til arbeidsmarkedets spilleregler? I 1996, etter at europeisk fagbevegelse hadde presset på i mer enn to tiår, vedtok EU sitt Utstasjoneringsdirektiv. Det regulerer et stykke på vei de lover og rettigheter som skal gjelde for arbeidstakere som er midlertidig utstasjonert for å utføre arbeid i andre medlemsland. I punkt 5 i dette notatet skal vi se nærmere på forholdet mellom regelverket for det indre markedet (i dette tilfellet Tjenstedirektivet) og regelverket for arbeidsmarkedet (Utsstasjoneringsdirektivet), og utviklingen på dette området.

Historien har vist at EF-domstolen systematisk har flyttet grensene for fellesskapsrettens domene på bekostning av rommet for nasjonale reguleringer, og at den systematisk prioriterer markedsfrihetene fremfor retten til å begrense disse. Det er derfor all grunn til å tro at de prøvinger som vil komme i kjølvannet av Tjenstedirektivets mange uklarheter, også vil gå i markedsliberal retning. Og som allerede nevnt; erfaringene er ganske entydige. Vi skal her kort minne om noen av dem.

4.2 *Vinmonopolets skjebne*

I forkant av EU-avstemningen i 1992 og under arbeidet med EØS-avtalen (som trådte i kraft fra 01.01.1994) var skjebnen til det norske Vinmonopolet blant de sakene som fikk stor oppmerksomhet. Regjeringens representanter forsikret befolkningen om at man hadde fått klare garantier fra EU om at det norske Vinmonopolet kunne bestå så lenge vi selv ønsket. Vi fikk høre at Vinmonopolet var et alkohol- og helsepolitisk instrument for norske myndigheter, og at helsepolitikk er et nasjonalt anliggende som EU ikke har rett til å gripe inn i. Alle vet hvordan dette endte.

I 2001 påla EFTA-domstolen Norge å avvikle monopolet for produksjon, innførsel og distribusjon av vin og sprit. Vinmonopolets virksomhet ble splittet, og anleggene for produksjon, import og distribusjon ble skilt ut i egne selskaper (Arcus og Vectura). Sektoren ble åpnet for fri konkurranse, og etter en tid solgte staten seg helt ut av Arcus og Vectura.

Foreløpig (?) aksepterte man at det er helsepolitiske grunner til at utsalget av vin og sprit reguleres og forbeholdes et statlig monopol (dagens Vinmonopol). I årene etter har det skjedd stadige lempinger på reglene rundt privatimport av vin og sprit, og i praksis er også denne delen av monopolet under press.

Hovedlærdommen er denne: Hvorvidt et område er innenfor eller utenfor EUs jurisdiksjon, bestemmes av EU-/EFTA-domstolen og ikke av norske myndigheter. Det hjelper ingen ting at norske myndigheter "er helt sikre på" at dette er et område hvor vi kan bestemme selv.

4.3 *Differensiert arbeidsgiveravgift*

I en periode angrep ESA det norske systemet med differensiert arbeidsgiveravgift basert på geografisk inndeling. Gjennom mange år var dette ansett som et viktig distriktspolitisk virkemiddel, som skulle gjøre det mer attraktivt for arbeidsgivere å etablere virksomhet i distriktene. Mens arbeidsgiveravgiften hadde nullsats i Nord-Troms og Finnmark (sone V), var den på 14,1 prosent i de sentrale strøkene av landet (sone I). Totalt var landet delt inn i fem soner (med satser på hhv 10,6 %, 6,4 % og 5,1 % i sone II, III og IV). Det var bred politisk enighet om at dette var et godt virkemiddel for å støtte næringsdrift i distriktene.

Under forhandlingene om EØS-avtalen ble det fra flere hold påpekt at den norske ordningen ville komme i konflikt med EUs regler om ikke-diskriminering og statsstøtte. Dette ble kontant avvist av norske myndigheter. Man viste til at også EU hadde programmer for regionalstøtte, og at man hadde fått forsikringer om at det norske systemet lå innenfor gjeldende regelverk.

Som vi vet, er historien den samme: ESA tok opp saken og Norge fikk pålegg (først om å endre, og så) om å avvikle den fra 2003. Senere har EU endret sine regler for regionalstøtte og norske myndigheter tok derfor opp spørsmålet om å få innføre en revidert versjon av ordningen. Denne fikk man i 2006 godkjent av ESA, og fra 01.01.2007 ble det igjen innført en tilpasset ordning for differensiert arbeidsgiveravgift i de fem sonene.

Men det viktige poenget er nok en gang dette: Det er ESA/EU som bestemmer, og ikke Norge. Det hjelper ikke hvor "sikre" norske myndigheter er i sin sak.

4.4 *Hjemfallsretten til fossefallene*

Fellesskapets eiendoms- og råderett over fossefallene har vært en hjørnestein i norsk energipolitikk helt siden begynnelsen av 1900-tallet. I den grad private fikk konsesjon for å drive kraftverk, inngikk det i betingelsene at både rettighetene og kraftverkene skulle tilbakeføres vederlagsfritt til staten etter 60 år. Det er dette som kalles hjemfallsretten. Som i de andre sakene vi har nevnt, var norske myndigheter "helt sikre på" at EU ikke kunne pålegge oss å endre denne ordningen. Igjen skulle det vise seg at man tok feil.

I juni 2007 avsa EFTA-domstolen sin kjennelse, som medførte at den norske stat tapte på alle punkter. For det første slo domstolen fast at dette var et område som falt inn under EØS-avtalens bestemmelser. Regjeringen hadde prosedert på at det her var snakk om forvaltning av naturressurser, som er et område som ikke faller inn under EØS-avtalen.

For det andre mente EFTA-domstolen at hjemfallsordningen strider mot kravet til likebehandling av (offentlige og private) virksomheter. Mens hjemfallsretten omfatter private konsesjonærer, er kommuner (som eier størstedelen av vannkraften i Norge) unntatt fra regelen om hjemfall. Det følger av dommen at ordningen enten må avvikles, eller at det må innføres hjemfall både for private og for kommuner. Det vil innebære en sterk sentralisering av makt og verdier i det norske samfunnet.

Norske myndigheter har nå sendt ut på høring en ny modell til hvordan offentlig eierskap til vannkraften skal sikres.

Det prinsipielle er derimot akkurat det samme: Norske myndigheter mente for det første at vi stod overfor et saksområde som ikke var omfattet av EØS-avtalen, og dernest at den norske praksisen uansett var innenfor EUs regelverk. Men nok en gang slås det fast at det ikke er norske myndigheter som avgjør hva som omfattes av avtalen, eller om et bestemt regelverk er innenfor det EU tillater. Det er det EF-/EFTA-domstolen som gjør.

4.5 Vaxholm / Laval-saken

18. desember 2007 kom EF-domstolens avgjørelse i den såkalte Vaxholm/Laval-saken i Sverige. Den gjaldt en konflikt mellom det latviske entreprenørselskapet Laval og det svenske bygningsarbeiderforbundet Byggnads. Svensk fagbevegelse led et sviende nederlag. Helt konkret var det strid om lønns- og arbeidsvilkårene for latviske bygningsarbeidere som var utstasjonert i Sverige for å bygge en skole for Vaxholm kommune utenfor Stockholm. Men i prinsippet handlet saken om hele den svenske arbeidslivsmodellen, - om EU kan gripe inn i spørsmål som angår avtaler mellom arbeidsgivere og arbeidstakere i Sverige og fagbevegelsens rett til kjempe for sine krav? Dette er en direkte parallell til en av de mest sentrale problemstillingene i debatten om Tjenstedirektivets konsekvenser i Norge. Er det riktig, som Fafo hevder i sin rapport til Næringsdepartementet, at "for arbeidsrettslige spørsmål i alminnelig forstand vil Tjenstedirektivets regler ikke ha noen direkte eller selvstendig betydning"?

I dette avsnittet skal vi redegjøre noe grundigere for Vaxholm/Laval-saken. Historien begynner i november 2004. Det latviske firmaet har vunnet et anbud om å bygge en skole i Vaxholm og baserer oppdraget på at latviske arbeidere skal komme over å gjøre jobben. Svenske Byggnads får høre om dette, og om at de latviske arbeiderne får en timelønn på ca 80 kr pr time. Det er langt lavere enn den som følger av den svenske overenskomsten. Gjennomsnittslønna for svenske bygningsarbeidere var på dette tidspunktet ca 145 kr pr time. Byggnads krevde tariffavtale med firmaet (det kan de etter svensk lov gjøre selv om de ikke har medlemmer der), og forlangte at arbeiderne måtte lønnes på linje med

gjennomsnittet for det svenske bygningsarbeiderne i samme område hadde. Laval nektet å opprette avtale med Byggnads, og fagforbundet svarte da med å etablere en boikott mot Laval. Boikotten ble styrket av at Elektrikerforbundet gikk til sympatiaksjoner. Etter noen måneder gikk firmaet konkurs og ble tvunget til å trekke seg ut av Sverige.

Senere gikk Laval til sak mot Byggnads (med støtte fra den svenske arbeidsgiverforeningen) og krevde at boikotten skulle kjennes ulovlig og at Byggnads skulle dømmes til å betale dem erstatninger. Firmaet anførte også at de (underveis) hadde inngått tariffavtale med bygningsarbeiderforbundet i Latvia, og at de derfor ikke kunne tvinges til å inngå en dyrere avtale med Byggnads i Sverige.

EF-domstolen slo fast at boikotten i dette tilfellet var et hinder for retten til å levere tjenester i et annet medlemsland, og at den var ulovlig. I tillegg legger EF-domstolen stor vekt på at Byggnads hadde krevd ei lønn for de latviske arbeiderne (svensk gjennomsnittslønn for området, ca 145 kr pr time) som har høyere enn den minimumssatsen som Utstasjoneringsdirektivet gir adgang til å kreve. I punkt 5.2. i dette notatet drøftes dette nærmere.

I denne sammenheng nøyer vi oss med å slå fast: Vaxholm/Laval-dommen er knusende i forhold til ideen om at arbeidsretten og den avtalebaserte (nordiske) arbeidsmarkedsmodellen er et nasjonalt anliggende. Det prinsipielle er at EF-domstolen i det hele tatt drøfter en rekke konkrete forhold i den svenske modellen og prøver disse mot EU-retten.

LOs informasjonsavdeling intervjuet LO-leder Roar Flåthen rett etter at dommen falt. Han kritiserer EF-domstolens detaljstyring av nasjonal arbeidsrett, som han mener ”ingen er tjent med”. Deretter føyer han til følgende:

- Det er fortsatt for tidlig å si hvilke konsekvenser denne dommen vil ha for norsk arbeidsliv. Norsk og svensk lovgivning er forskjellig og dommen rammer ikke det norske systemet med allmenngjøring av tariffavtaler. (LOs hjemmesider 18.12.07).

Andre som kommenterte dommen valgte å fokusere mest på de prinsipielle sidene ved den.

Danske Kenneth Harr, fra tenketanken Ny Agenda i København, peker særlig på tre hovedområder hvor EF-domstolen langt på vei går inn og underkjenner den svenske modellen. I sin kommentar til Vaxholm/Laval-dommen skriver han:

”For det første mener Domstolen, at det vil gjøre det ”mindre tiltrækkende” for et utenlandsk selskab at udføre arbejde i et andet EU-land, hvis det kan kræves, at de indgår i ”tidsubegrænsede forhandlinger” med en fagforening om en overenskomst (præmis 100). Men det ligger i den svenske og danske models natur, at det ikke kan siges på forhånd, hvornår en aftale opnås.

For det andet lægger domstolen stor vægt på, at reglerne for løn- og arbejdsforhold skal være meget klare allerede i udgangspunktet. Kampskrift som blokaden i Vaxholm er ikke tilladt, hvis der ikke er nationale regler, der "er tilstrækkeligt præcise og tilgængelige til, at det ikke i praksis gøres umuligt eller urimeligt vanskeligt for en sådan virksomhed at få klarhed over, hvilke forpligtelser den skal overholde med hensyn til mindstelønnen" (præmis 110). Men et aftalebaseret systems styrke ligger ofte i, at parterne søger at tage højde for præcise omstændigheder ved en givet opgave. De svenske bygningsarbejdere foretrækker faktisk overenskomster, hvor der tages højde for de kvalifikationer arbejderne har, og den opgave, de skal udføre (præmis 71), men denne model accepterer Domstolen ikke. Den fleksibilitet, som er en del af værdien ved den autonomi, arbejdsmarkedets parter har, nyder ikke anerkendelse i dommen.

For det tredje underkender Domstolen Sveriges forsøg på at forene udstationeringsdirektivet med et kollektivt overenskomstsysteem. Sverige har ifølge Domstolen ikke brugt en anerkendt fremgangsmåde til at fastsætte en mindsteløn (præmis 64-67). Blot at have kollektive overenskomster, der overlader den slags til arbejdsmarkedets parter er ikke en anerkendt metode, ifølge Domstolen. For der findes svenske virksomheder, der ikke har indgået overenskomst, uden at de begår noget ulovligt af den grund. Det ligger nemlig i modellens natur, at det er arbejdsmarkedets parter, der skal søge at opretholde overenskomster, ikke staten."

Svenske Gösta Torstensson, som er redaktør for svensk Nei til EUs avis "Kristiska EU-fakta", kom med sin analyse av Vaxholm/Laval-dommen i boka "Så faller den svenska modellen" (februar 2008). Han konkluderer slik:

"Vaxholmdommen är ett direkt angrepp på löntagarnas rättigheter og den svenska kollektivavtalsmodellen. Domen öppnar för social dumping och ytnyttjande av underbetald arbetskraft från andra EU-länder i Sverige. I förlängningen hotar detta även de svenska löntagarnas rättigheter.

Domen slår i praktiken fast at konflikträtten bara gäller då den inte begränsar den fria marknaden. Domen öppnar för en övergång til minimilöner på den svenska arbetsmarknaden, ett system som vi på goda grunder inte har valt som bas för att reglera löner på arbetsmarknaden.

Vaxholmdomen är en bekräftelse på at EU är och förblir ett marknadsliberalt projekt där det främsta ekonomiska syftet är att skapa en stor marknad frin från statliga inngrepp, politiska regleringar och fackliga avtal". (s. 61)

Ikke minst på bakgrunn av de sakene som vi her har nevnt, er det direkte oppsiktsvekkende at Fafø i sin rapport til Næringsdepartementet overhodet ikke drøfter dynamikken i EU-retten. Og det nærmer seg en provokasjon når Vaxholm/Laval-dommen ikke nevnes med et ord, og dens betydning for

utviklingen av forholdet mellom Tjenestedirektivet og Utstasjoneringsdirektivet forbigås i fullstendig taushet. I stedet gir Fafø et inntrykk av forholdet mellom disse delene av EU-retten i dag er opplagt og tydelig avklart. Da er spørsmålet om man er nær grensen for, eller har trått over mot det som må kalles desinformasjon.

4.6 *Rüffert/Niedersachsen*

Nå foreligger enda en dom som klart viser begrensningene i Utstasjoneringsdirektivets rekkevidde. I Niedersachsen har delstaten et lovverk som langt på vei likner på det norske lovverket om offentlige innkjøp når det gjelder å sette vilkår for lønn og arbeidsforhold hos de som skal levere oppdrag. I praksis dreier dette seg om innføring av ILO-konvensjon nr. 94, som åpner for at det offentlige kan sette vilkår for lønnsnivå ved oppdrag som skal utøves for kommune eller stat. Som det heter med departementets ordbruk: *”Når det offentlige setter bort arbeid kreves det at kontraktene inneholder klausuler som sikrer arbeidstakerne lønns- og arbeidsvilkår som ikke er mindre fordelaktige enn de som gjelder for samme type arbeid innen det samme geografiske område.”* EF-domstolen ser nå ut til å ha avgitt en dom som setter ILO-konvensjon nr. 94 til side.

Saken dreier seg om et polsk firma som utførte deler av arbeidet for selskapet ”Objekt und Bauregie”, som fikk en byggekontrakt med den tyske delstaten Niedersachsen. Et polsk selskap fikk ansvaret for en underentreprise, og 53 arbeidere fikk en lønn under halvparten av gjeldende tariff lønn (46,57 %). Niedersachsens delstatslover er helt klare på at oppdrag for delstaten skal betales med tariff lønn (sitert fra dommen):

”Kontrakter om byggearbejder må kun gives til virksomheder, som ved tilbudsgivningen skriftlig har forpligtet seg til ved leveringen af disse ydelser mindst at betale sine ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn inden for den overenskomstmæssigt fastsatte frist. Byggearbejder i første punktums forstand er ydelser fra hovedentreprenøren og fra underentreprenører.”

I det brudd på disse bestemmelsene ble avdekket ble kontrakten med ”Objekt und Bauregie” sagt opp, og de fikk en bot på 84 934,31 Euro, 1 % av kontraktsverdien. Senere har selskapet gått konkurs. Konkursboet engasjerte advokat Dirk Rüffert, som tok saken med utgangspunkt i at EU-retten var brutt, og at Niedersachsens håndtering var et brudd på regelverket rundt fri flyt av tjenester. Den tyske regjering engasjerte seg til fordel for Niedersachsen med den begrunnelse at dette lovverket var viktig for å forsvare både arbeidstakers lønnsnivå og tyske velferdsordninger. Også den norske regjering har engasjert seg i saken ved å henvende seg til domstolen, noe som er lett å forstå med bakgrunn i at implementering av ILO-konvensjon nr. 94 er et svært viktig tiltak mot sosial dumping. I praksis vil et pålegg om å følge tariffavtaler ved offentlige oppdrag fungere slik at det også er med på å opprettholde et anstendig lønnsnivå når de samme selskap utfører oppdrag for private. Innføring og bruk

av ILO-konvensjon nr. 94 har derfor vært et av fagbevegelsens viktigste krav i arbeidet mot sosial dumping.

Men EF-domstolen ser det annerledes. For EF-domstolen er fri flyt av tjenester, og retten til å bruke lønn som et virkemiddel i konkurransen, helt avgjørende. De tolker derfor utstasjoneringsdirektivet svært snevert, og krever at for å kunne kreve tarifflønn må lønna anvendes som minstelønn for alle som arbeider i bransjen i det enkelte land. Pressemeldingen fra domstolen oppsummerer dette slik:

”Endvidere dækker den bindende virkning af den kollektive overenskomst ”Offentlig bygge- og anlægsarbejde” kun en del af byggesektoren i det berørte geografiske område, eftersom, for det første, den relevante lovgivning kun finner anvendelse på offentlige kontrakter og således ikke omfatter private kontrakter og, for det andet, nævnte kollektive overenskomst ikke finder generell anvendelse. Således iagttager delstatsloven ikke bestemmelserne i fællesskabsdirektivet om udstationering af arbejdstagere, hvori det er fastsat, at medlemsstaterne under visse nærmere betingelser har ret til at fastsætte mindsteløn for virksomheder i andre medlemsstater i forbindelse med grænseoverskridende levering av tjenesteydelser.”

For domstolen er muligheten for et selskap til å konkurrere ved å betale lavere lønn helt sentralt i premissene for dommen. Lav lønn er et viktig virkemiddel i konkurransen for å få oppdrag.

”.....mindsteløn, der er fastsat i den kollektive overenskomst ”Offentlig bygge- og anlægsarbejde”, [kan, vår anm.] pålægge en tjenesteyder hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvor mindstelønnen er lavere, en ydeligere økonomisk omkostning, som kan være til hinder eller innebærer ulemper for præstationen af vedkommendes tjenesteydelser i værtsmedlemsstaten eller gøre denne præstation mindre tiltrækkende.”

Ytterligere oppsiktsvekkende er denne dommen fordi 9 EU-land (og Norge i 1996) har ratifisert ILO-konvensjon 94. Alle sammen riktignok før de ble medlem i EU, og Tyskland er ikke blant dem. Men EF-domstolen fastslår i praksis at hensynet til fri flyt av tjenester er overordnet den forpliktelse til å sikre ordnede lønn- og arbeidsforhold som er formålet med ILO-konvensjon nr. 94.

De norske reglene for offentlige anskaffelser, som ble innført fra 1.mars i år, har bestemmelser som likner på regelverket i Niedersachsen:

”§ 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.”

Den viktigste forskjellen er at de norske reglene er mer altomfattende, men også mer upresise. Vi tror det er stor risiko for at dette kan bety at de norske reglene får liten verdi. Unntaket vil være hvis det kan henvises til allmenngjorte tariffavtaler, i alle faller når de er allmenngjort på nasjonal basis. Når domstolen i sin pressemelding sier:

”Selv om der i Tyskland findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler finder generell anvendelse, ses dette ikke at være tilfældet for så vidt angår den omhandlede kollektive overenskomst.”

Et sentralt spørsmål her vil være hva som ligger i begrepet ”generell anvendelse”. Det kan se ut som om EF-domstolen avgrensner seg fra et regelverk som bare tar utgangspunkt i at reglene skal gjelde innenfor et distrikt eller område, slik det vil gjøre når det er delstaten Niedersachsen som gir pålegget i sine lover. Slik er det mulig at domstolens dom også vil snevre inn grensene for anvendelse av den norsk allmenngjøringsloven. Bestemmelsene i den norske forskriften om lønn- og arbeidsvilkår ”som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke” er klart i strid med domstolens krav. Det normale for vedkommende sted og yrke er vesentlig mer upresist enn en lovmessig bestemt minstelønn eller allmenngjort tariffavtale.

Både i denne saken og i Vaxholm /Laval betyr EF-domstolens avgjørelser en klar liberalisering med klare begrensninger i Utstasjoneringdirektivets rekkevidde for nasjonale bestemmelser. Dette illustreres ytterligere ved at generaladvokaten i EU hadde innstilt på motsatt avgjørelse i begge saker. I tillegg hadde en rekke regjeringer forsøkt å påvirke domstolen til å ta et motsatt standpunkt, eller som det sår i dommen fra EF-domstolen:

”Envidere kan en sådan foranstaltning (delstatsloven, vår anm) – i modsætning til, hva Land Niedersachsen og flere af de regeringer, der har aggit indlæg for Domstolen, har gjort gældende – ikke betragtes som berettiget af formålet om arbejdstagernes beskyttelse.”

Både i Vaxholm/Laval-saken og Ruffert/Niedersachsen tok EF-domstolen et standpunkt som kom overraskende på mange som arbeider med arbeidsrett og EU. Selv om den faktiske betydningen kan diskuteres, vant fagbevegelsen en viktig politisk seier når en fikk erstattet opprinnelseslandsprinsippet med en ”rett til å yte tjenester” i Tjenestedirektivet. Det kan se ut som om EF-domstolen med sine vedtak nå tar tilbake det tilhengerne av ytterligere markedsliberalisering tapte, og vel så det.

5. Tjenestedirektivet og nasjonal arbeidsrett

I Fafo-rapporten (kap. 4) redegjøres det for forholdet mellom Tjenestedirektivet og nasjonal arbeidsrett generelt, og om forholdet til Utstasjoneringsdirektivet spesielt (s. 32-33). Der heter det blant annet:

”Direktivets artikkel 1 nr. 6 unntar som nevnt ”arbeidsrettslige regler”, nærmere angitt, og artikkel 1. nr. 7 gjør unntak for kollektivarbeidsrettslige spørsmål, enkelt sagt”.

I rapportens punkt 4.4 Sammenfatning heter det:

”Gjennom unntaksbestemmelsene faller det alt vesentlige av arbeidsrettsrelaterte spørsmål ved tjenesteytelser over landegrensene utenfor Tjenestedirektivet. Det mest sentrale regelverket i denne sammenhengen er utstasjoneringsdirektivet, som kan sies å bygge på ”vertsstatsprinsippet” (s. 40).

Riktignok erkjenner Fafo at alt ”ikke er helt uproblematisk” (s.40). Dette berøres indirekte i en drøfting av hva som ligger i at nasjonal rett må ”respektere fellesskapsretten” (s. 33). Etter først, på nokså arrogant vis, å slå fast at

”Det er et generelt – og ganske selvsagt – prinsipp at nasjonal rett i alminnelighet må ”respektere”, eller være ”i samsvar med”, fellesskapsrettens regler. Nasjonal rett kan ikke stride mot traktatens eller sekundærlovgivningens regler – og et direktiv kan ikke fritas for plikten til å etterleve overordnet rett”.

... så følger det formuleringer som viser at også Fafo vet hvor ”hunden ligger begravd”:

”Gjennom en omfattende og konsekvent rettspraksis har EF-domstolen lagt det samme prinsippet til grunn på områder der fellesskapet ikke har direkte reguleringskompetanse. Selv om det for eksempel ikke kan gis fellesskapsregler om utformingen av nasjonale trygderegler, om lønnsfastsettelse eller arbeidskamp, er medlemsstatenes frihet til å regulere slike spørsmål begrenset av fellesskapsretten på en indirekte måte: Nasjonale regler kan ikke utformes slik at de undergraver eller kommer i konflikt med de rettigheter som fellesskapsrettens direkte reguleringer skal sikre. Tjenestedirektivet gjør ingen endring i dette prinsippet, verken ved å fravike det til fordel for større frihet på nasjonalt nivå eller ved å gripe inn med større begrensninger enn ellers i forhold til fellesskapsretten i sin alminnelighet.

I dette ligger det et ytterligere poeng som er felles, ikke bare for unntaksreglene, men også for Tjenestedirektivet og andre slike reguleringer. Hvis noe ikke er omfattet av en unntaksregel, eller av

direktivet, kan det likevel være at forholdet faller inn under en annen og alminnelig fellekapsrett.”

Dette er formuleringer som setter Fafo-rapportens skråsikre konklusjoner om unntakene for arbeidsretten og forholdet mellom Tjenstedirektivet og Utstasjoneringdirektivet i et litt annet lys. Og når det i tillegg tas med at EU-retten hele tiden er i utvikling, og at retningen ubestridelig er å gi markedsfrihetene forrang, så finnes det i prinsippet knapt noe saksområde som EU-retten ikke når. Vaxholm/Laval-dommen bekrefter til fulle at dette også gjelder på arbeidsrettens område.

Men rundt disse spørsmålene pågår det samtidig en kontinuerlig drakamp mellom ulike interesser innenfor EU-systemet. De som er motstandere av at fellekapsretten systematisk skal gi markedsfrihetene forrang, arbeider i praksis langs to ulike linjer:

På den ene siden kjemper man for at EU-retten selv skal underlegge markedskreftene strengere reguleringer (den klassiske høyre/venstre-dimensjonen i politikken). Men siden det i ytterste konsekvens er en kamp mot selve traktatgrunnlaget i EU, er det begrenset hvor langt man kan nå langs denne veien. Det sørger blant annet EF-domstolen for.

På den andre siden prøver man å få inn eksplisitte formuleringer om at bestemte saksområder skal være unntatt EUs jurisdiksjon. De skal være arenaer for nasjonal sjølråderett. Problemene oppstår hvis det området man ønsker å ”unnta fra EU-retten” tangerer reglene for det indre markedet. De refererte avsnittene fra Fafo-rapporten er en oppsummering av forholdet mellom fellekapsretten og nasjonal rett i slike tilfeller.

Spørsmålet i denne sammenheng er altså: Hvilke deler av arbeidsretten tangerer reglene for det indre markedet (slik at det overordnede regelverket slår igjennom), og kan eksplisitte formuleringer i direktivene eventuelt hindre dette? I kampen om dette er det ikke bare EF-domstolen som er på banen.

5.1 EU-parlamentarikernes forsøk på å avgrense EU-retten

De avsnittene fra Fafo-rapporten som er referert ovenfor, viser at konfliktene og usikkerheten om forståelsen av EU-regelverkets anvendelse må erkjennes. Og det er rimelig arrogant å påstå at fellekapsrettens overordnede rolle i forhold til for eksempel nasjonal arbeidsrett er en selvfølgelighet. Eller var det kanskje en manglende ”klargjøring” fra Fafo som gjorde at sosialistfraksjonen i EU-parlamentet (etter påtrykk fra bl.a. europeisk fagbevegelse) ikke lot være å fremme sine forslag til endringer i den endelige teksten i Tjenstedirektivet høsten 2006?

På vegne av sosialistfraksjonen (de sosialistiske og sosialdemokratiske partiene) i EU-parlamentet fremmet deres saksordfører, tyske Evelyn Gebhardt, elleve forslag til endringer i den endelig direktivteksten. Hovedsiktemålet med endringene var å tydeliggjøre at nasjonal arbeidsrett ”og praksis” ikke skal påvirkes av Tjenstedirektivet, og at dette ”særlig gjelder det som omhandler

forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere". De to små ordene "og praksis" henspilte på de skandinaviske landenes kollektivavtaleregulerte systemer.

Forslagene kom som en reaksjon på at EU-kommisjonen hadde endret teksten fra EU-Parlamentets første behandling (februar 2006), og føyd til at nasjonale, arbeidsrettslige regler "må være i samsvar med, eller respektere fellesskapsretten". Men forslagene fra sosialistfraksjonen ble bestemt avvist av både de konservative og de liberale partiene i EU-Parlamentet. I forkant av parlamentets endelige behandling av Tjenestedirektivet (desember 2006) truet disse partiene med å bryte forliket fra første runde, dersom endringsforslagene ble vedtatt. Sosialistpartiene bøyde unna, og EU-kommisjonen og de konservative fikk det som de ville.

Mener Fafo at hele denne bataljen skyldtes at parlamentarikerne ikke skjønnte "et generelt – og ganske selvsagt - prinsipp om at nasjonal rett i alminnelighet må "respektere" eller være "i samsvar med" fellesskapsretten"?

5.2 *Arbeidsretten og Vaxholm/Laval-saken*

I forkant av den svenske folkeavstemningen om EU-medlemskap i november 1994 forsikret både ledelsen i LO og det sosialdemokratiske partiet om at man hadde fått garantier for at den svenske arbeidslivsmodellen var forenlig med EUs lover og regler. I brosjyren "Facket och EG" nr. 3/1994 skrev LOs EU-komite:

"Når det gjelder kravet om at svenske kollektivavtaler ikke må underordnes ulike EU-direktiver, har det til fulle blitt akseptert i forhandlingsresultatet" (vår oversettelse, fra "Så faller den svenska modellen", s. 7).

Kritikerne var riktignok mer skeptiske. Professor i arbeidsrett ved Universitetet i Stockholm, Ronny Eklund, skrev for eksempel i Gøteborgs-Posten 31. mai 1994:

"Det fribrevet for den nordiske kollektivavtalemodellen som ... Sverige har fått, har ingen støtte i Roma-traktaten. Derfor må spørsmålet prøves i EF-domstolen" (vår oversettelse, fra "Så faller den svenska modellen", s. 7).

Den første virkelige store testen kom i Vaxholm/Laval-saken. Saken ble først brakt inn for den svenske Arbetsrettsdomstolen (AD) av Laval (godt støttet og sannsynligvis finansiert av den svenske arbeidsgiverorganisasjonen).

I april 2005 konkluderte AD med at saken var for komplisert til å løses uten å innhente en veiledning fra EF-domstolen. AD sendte to spørsmål til dommerne i Luxemburg. I det første ba man i realiteten om en vurdering av hele den svenske modellen. I Gösta Torstenssons bok beskrives dette slik:

"AD lurer på om det er forenlig med EUs regler for fri bevegelse av tjenester og forbud mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og

med utstasjoneringsdirektivet at en faglig organisasjon med kampmidler prøver å få en utstasjonert arbeidsgiver, som allerede har kollektivavtale i hjemlandet, til å tegne en svensk tariffavtale.”

Det andre spørsmålet beskrives slik;

”Det andre spørsmålet går på om Lex Britannia er forenlig med de samme reglene som nevnt i spørsmål en. (Lex Britannia gir svensk fagbevegelse rett til å kreve tariffavtale med utenlandske selskaper som er midlertidig i Sverige, og til å bruke kampmidler / blokade mot dem dersom de nekter dette, vår presisering). Ifølge AD innebærer loven en ”rettslig særbehandling” av utenlandske selskap som er midlertidig i Sverige” (vår oversettelse, s. 20).

I forkant av behandlingen i EF-domstolen gikk representanter for EU-Kommisjonen ut og tok klar stilling for arbeidsgiverne og mot svensk fagbevegelse. Den gang ansvarlig kommissær for det indre markedet, Charlie McCreevy, besøkte Sverige i oktober 2005. Da uttalte han blant annet:

”Det handler om den frie bevegeligheten, og om hvor langt Utstasjoneringsdirektivet rekker” (vår oversettelse fra ”Så faller den svenska modellen, s. 22).

McCreevy var klar på at svenske fagforeninger ikke kan kreve at latviske arbeidere i Vaxholm skal ha svenske arbeidsvilkår. Uttalelsene skapte sterke reaksjoner i Sverige. Den svenske LO-lederen, Wanja Lundby-Wedin hadde følgende kommentar:

”Blir McCreevys oppfatning virkelighet brytes avtalen, som EU-kommisjonen var del i under forhandlingene om svensk EU-medlemskap, om kollektivavtalene og den svenske arbeidsmarkedsmodellen stilling” (vår oversettelse fra ”Så faller den svenska modellen, s. 22-23).

Som vi allerede har referert, ble resultatet fra EF-domstolen nettopp det mange fryktet: Det finnes ikke noe prinsipielt unntak for den svenske arbeidsmarkedsmodellen.

Bakgrunnen for at vi har gitt en så pass grundig gjennomgang av Vaxholm/Laval-saken, er at vi vil illustrere det genuint politiske i den drakampen som har preget denne saken. Avgjørelsene på alle de politiske spørsmålene og avveiningene var det altså EF-domstolen som kom med. Men kampene om hvor grensene for ulike regelverk skal gå er selvsagt ikke over. Det minner ikke minst EU-kommissær McCreevys forsøk på å trekke oppmerksomheten mot Utstasjoneringsdirektivet om.

6. Hva betyr det at Tjenestedirektivet er underordnet Utstasjoneringsdirektivet?

I den norske debatten forsøker mange å redusere Tjenestedirektivets konsekvenser for arbeidsmarkedet med å vise til at det er underordnet Utstasjoneringsdirektivet. Utstasjoneringsdirektivet er EUs regler for hvordan en medlemsstat skal regulere lønn og arbeidsforhold for arbeidstakere som kommer fra et annet land for å utføre et arbeid, og gir anvisning om hvordan det for eksempel kan fastsettes regler for minstelønn. I Fafos rapport til Næringsdepartementet heter det for eksempel:

”I Tjenestedirektivets artikkel 3 gjøres det også unntak for spørsmål som omfattes av utstasjoneringsdirektivet gjennom en bestemmelse som gir dette forrang fremfor Tjenestedirektivets regler”. (s. 14)

Vi har i dette notatet forsøkt å vise at dette ikke kan tolkes som at ”arbeidsretten og den nordiske arbeidslivsmodellen er unntatt”. Men i tillegg til at Vaxholm/Laval-saken klart viser at også disse områdene i mange tilfeller må prøves mot den overordnede fellesskapsretten, pågår det en kamp om hvordan Utstasjoneringsdirektivet i seg selv skal forstås. I siste instans tilligger det EF-domstolen å avgjøre slike spørsmål, men underveis er flere aktører på banen. En viktig illustrasjon på dette var den ”meddelelsen” EU-Kommisjonen sendte ut etter EU-Parlamentets første behandling (april 2006) av Tjenestedirektivet.

I De Factos rapport ”EUs Tjenestedirektiv – Hva blir prisen? Hvem betaler?” (Oslo 2006) omtales dette slik:

”...ifølge Kommisjonens ”meddelelse” skal ikke Utstasjoneringsdirektivet forstås eller praktiseres slik at det svekker effekten av Tjenestedirektivet. I meddelelsen understreker de følgende fem punkter (vår sammenfatning av punktene i den danske utgaven) :

- 1. Et eventuelt krav om at en utenlandsk tjenesteyter skal ha en stedlig representant i vertslandet, kan ikke trekkes lenger enn å pålegge tjenesteyteren å utpeke en formann som kan fungere som forbindelsesledd mellom virksomheten og den kompetente myndighet.*
- 2. Det er ikke anledning å pålegge en tjenesteyter en plikt til på forhånd å underlegge seg en systematisk kontroll, heller ikke et krav om forhåndstillatelse eller registrering i forbindelse med utstasjoneringen.*
- 3. Vertslandet kan pålegge en tjenesteyter om å avgi en erklæring, senest innen påbegynnelsen av et arbeid, med opplysninger om de utstasjonerte arbeidstakere, samt tjenesteytelsens varighet.*
- 4. Det er ikke anledning å pålegge en tjenesteyter å oppbevare andre dokumenter i vertslandet enn de som på grunn av sin karakter*

utarbeides på arbeidsplassen, som timesedler eller dokumenter om helse og sikkerhet på arbeidsplassen.

5. *Det er ikke anledning å bruke administrative formaliteter eller stille supplerende krav til utstasjonerte arbeidstakere fra tredjeland, dersom disse er lovlig ansatt hos en tjenesteyter i en annet medlemsstat. Vertslandet kan dog kontrollere at betingelsene for lovlig ansettelse i hjemlandet er oppfylt” (s. 29-30).*

Konkret er dette et forsøk på å presisere ”hvor langt” Utstasjoneringdirektivet rekker, og hvor det støter mot overordnede regler som skal sikre den frie flyten i det indre markedet. Selv om det fra flere hold ble påpekt at det er opp til EF-domstolen, og ikke Kommisjonen, å bestemme hvor disse grensene skal gå, er meddelelsen et eksempel på at sterke krefter ønsker å redusere Utstasjoneringdirektivets status som ”arbeidsmarkedets beskytter”. Etter Vaxholm/Laval-dommen må det uansett anses helt avklart at Utstasjoneringdirektivet ikke gjør et generelt unntak for arbeidsretten som sådan, men at det kun presiserer rommet for nasjonal arbeidsrett til noen få, helt spesifikke spørsmål. I forhold til lønn er både direktivet (?) og dommen klare på at det kun er en klart spesifisert (nasjonal) minstelønn som kan gjøres gjeldende for utenlandske arbeidstakere på midlertidig oppdrag i et annet land. For de skandinaviske landene, som ikke har lovbestemte minstelønner, skaper dette særlige problemer. For Norges del har bestemmelsene vært tolket slik at det kun er mulig å allmenngjøre tariffavtalenes minstesatser (ved å bruke prosedyrene i allmenngjøringsloven).

I forbindelse med Vaxholm/Laval-saken la svenske arbeidsgivere sterk vekt på at kravet om svensk tariffavtale ikke kunne gjøres gjeldende fordi de ikke gjaldt alle svenske arbeidstakere (ikke-diskrimineringsprinsippet). EF-domstolen går langt i å anerkjenne denne argumentasjonen, og det kan i neste omgang sette hele den norske allmenngjøringsmodellen i fare. (se også kpt. 4.6)

7. Vurdering av tiltak mot sosial dumping

I dette kapitlet vil vi gå mer inn på noen av de konkrete vurderingene rundt tiltak mot sosial dumping. Først vil vi se på grunnlaget for Fafos vurderinger (Fafos notat er skrevet av Kristin Alsos, Stein Evju og Anne Mette Ødegaard) før vi vurderer noen konkrete tiltak.

Fafos vurderinger av tiltakene mot sosial dumping baserer seg grunnleggende på en vurdering av at tiltak mot sosial dumping hører inn under Utstasjoneringsdirektivets område og derved ikke vil bli påvirket av om Tjenstedirektivet blir innført. Ikke bare mener de det gjelder for tiltak som "ligger innenfor det som omfattes av utstasjoneringsdirektivet", men også for tiltak der det kan være tvil:

" Hvis et tiltak etter sin art er et som kunne ligge innenfor rammen av utstasjoneringsdirektivet, men er for vidtgående, ligger det nærmest å se på saken på samme måte. Tjenstedirektivet vil ikke ha noen betydning eller noen direkte anvendelse for grensdragningen. Spørsmålet om noe er for vidtgående i forhold til utstasjoneringsdirektivet, må avgjøres ut fra alminnelige felleskapsrettslige regler, med EF-traktatens artikkel 49 (EØS artikkel 36) som den sentrale forankring." (side 34)

Konkret dreier denne diskusjonen seg om hvor vidtrekkende en skal tolke bestemmelsene i Utstasjoneringsdirektivet, samt at arbeidsrett er unntatt fra Tjenstedirektivets virkeområde. Som vi tidligere har sett på, minner argumentasjonene mistenkelig om det resonnement som ble lagt til grunn for at mange trodde EF-domstolen kom til å godkjenne svensk praksis i Vaxholm/Laval-saken. Argumentet var at siden dette dreide seg om lønn- og arbeidsforhold, og dette i følge Utstasjoneringsdirektivet var et nasjonalt anliggende, så ville ikke EUs øvrige regler komme til anvendelse. Slik gikk det ikke.

I sitt notat om "Tjenstedirektivet og fagbevegelsen" fra januar 2007, gir høyesterettsadvokat Håkon Helle en helt annen vurdering av forholdet mellom Tjenstedirektivet og Utstasjoneringsdirektivet, en vurdering dommen i Vaxholm/Laval-saken har styrket:

"Selv om utstasjoneringsdirektivet går foran dersom det skulle oppstå motstrid mellom bestemmelser i de to direktivene, betyr ikke det at formålet med utstasjoneringsdirektivet modifiserer Tjenstedirektivets bestemmelser. Når art. 16 nr. 2 i Tjenstedirektivet setter forbud mot at vertsstaten stiller krav til tjenesteyter som er nødvendige for å kunne kontrollere at kravene i utstasjoneringsdirektivet blir oppfylt, betyr ikke det nødvendigvis at forbudene i Tjenstedirektivet må vike. Begge regler gjelder ved siden av hverandre, og det trenger ikke foreligge noen formell motstrid, selv om Tjenstedirektivets bestemmelser i praksis er til

hinder for å håndheve utstasjoneringsdirektivet. Sånn tenker jurister, og i EU er det juristene som har siste ordet.” (s. 11-12)

Det som vil skje er at det må gjøres en konkret avveining av de tiltak som nasjonalstaten gjennomfører. Er tiltaket, og kontrollen som gjennomføres, nødvendig for å sikre formålet, som i dette tilfelle er bedre sikring mot sosial dumping? Er tiltaket for omfattende i forhold til formålet? Finnes det andre tiltak som gjør det mulig å fremme samme formål uten å bryte med Tjenstedirektivets bestemmelser? Det er ikke nasjonalstaten som skal avgjøre dette, men slik praksis i EU/EØS har utviklet seg vil det være en konkret vurdering domstolene må gjøre.

Vi er tilbøyelig til å være enig med Anne Mette Ødegård fra FAFO når hun 03.04.08 skriver følgende i Klassekampen:

”Laval-dommen, som jeg nevnte ovenfor, handler om forholdet mellom utstasjoneringsdirektivet og tjenestereglene i EU/EØS.”

Deretter hevder hun at Tjenstedirektivet ikke vil ha noen selvstendig funksjon. Men i det øyeblikk Tjenstedirektivet er implementert vil det være en del av de tjenestereglene som utgjør regelverket i EU/EØS, og vil derved være et element i den konkrete avveining domstolen må gjøre. Derfor betyr ikke Tjenstedirektivets unntak for arbeidsrett at et hvert tiltak som gis en arbeidsrettslig begrunnelse vil være å anse som tilhørende Utstasjoneringsdirektivets virkeområde, og derved et nasjonalt anliggende.

Dommen EF-domstolen kom med i saken mellom Dirk Ruffert og Niedersachsen 3.april 08 kan også være med på å belyse rekkevidden av utstasjoneringsdirektivet. Her heter det i pressemelding fra domstolen:

*”Domstolen tilføjer endvidere, at denne fortolkning af direktivet bekræftes, når det sammenholdes med princippet om fri utveksling av tjenesteydelser. Domstolen fastslår nærmere bestemt, at **den restriktion, der hindrer fri utveksling af tjenesteydelser, som er en følge af forpligtelsen til at betale de ansatte det vederlag, der er fastsatt i den gældende kollektive overenskomst, i denne sag ikke er berettiget af formålet om beskyttelse af arbeidstagerene.**”*

EF-domstolen gjør her en konkret avveining av Utstasjoneringsdirektivets rekkevidde sammenholdt med regelverket for fri flyt av tjenester. Men Tjenstedirektivet er en konkretisering av hvordan denne retten til fri flyt av tjenester skal forstås, og vil trolig være en del av det juridisk grunnlaget som vil bli anvendt i en konkret avveining hvis ikke de generelle hensyn til fri flyt er tilstrekkelig.

7.1 Artikkel 16 – fri bevegelighet av tjenester

En annen viktig basis for Fafos vurderinger er at artikkel 16 i Tjenestedirektivet, som regulerer vilkårene for de krav som kan settes til grenseoverskridende tjenesteytelser, i praksis ikke stiller noe strengere vilkår enn det som følge av alminnelig EU-rett. Artikkel 16 er svært viktig for å forstå virkningene av Tjenestedirektivet, og er den artikkelen som legger opp til sterke begrensninger i hvilke muligheter et land har til å legge restriksjoner på tjenesteleverandører som ikke er etablert i vertslandet enn de som etablerer seg i det landet tjenesten ytes. I tillegg inneholder artikkelen en liste med forbudte restriksjoner overfor tjenesteleverandører som ikke er etablert i landet.

Fafos notat går også i praksis langt i å hevde at hele den opphetede diskusjonen som foregikk i EU-parlamentet om hvilke tiltak som skulle tas inn i artikkel 16.1, var et spill for galleriet. I følge artikkel 16.1 er det bare følgende 4 forhold som berettiger tiltak overfor tjenesteytere; ”hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet, den offentlige sunnhet eller beskyttelse av miljøet”. Dette er en kraftig innsnevring av hvilke begrunnelser en stat kan bruke som grunnlag for å vedta restriksjoner for levering av tjenester. FAFOs notat sier på følgende:

” I artikkel 16 nr. 1 nevnes bare” hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhet, den offentlige sunnhet eller beskyttelse av miljøet” som slike hensyn som kan berettige restriksjoner (hensyn som kan gjøre restriksjoner ”nødvendige”). Det illustreres av fortalens pkt. 40, hvor de fleste typene av hensyn er regnet opp. Det omfatter blant annet opprettholdelse av samfunnsordenen, sosialpolitiske formål, forbrukerbeskyttelse, beskyttelse av arbeidstakere, herunder den sosiale beskyttelse av disse, dyrevelferd, opprettholdelse av den økonomiske balanse i det sosiale sikringssystem, i tillegg til mye annet. Men dette punktet er da også egnet til å vise at det neppe kan antas at teksten i artikkel 16 nr. 1 tredje ledd,b, er ment å skulle være uttømmende.” (side 36)

Det er vanskelig å forstå at fortalens punkt 40 gir noen anvisning på hvordan artikkel 16 i Tjenestedirektivet skal forstås. Fortalens pkt 40 sier følgende (dansk versjon):

”Begrebet »tvingende almene hensyn«, der er nævnt i visse af dette direktivs bestemmelser, er blevet udviklet af Domstolen i dens praksis vedrørende traktatens artikel 43 og 49 og vil formentlig undergå en yderligere udvikling.

Begrebet, således som det er blevet anerkendt ved Domstolens praksis, dækker mindst følgende områder:offentlig orden, offentlig sikkerhet....” osv

Deretter følger en opprøpning av alle de hensyn som hører inn under ”tvingende allmenne hensyn”, og ingenting mer. Hvis Fafos vurderinger er riktige, så kunne hele artikkel 16, artikkel 1, vært strøket fra Tjenestedirektivet og erstattet med

en henvisning til at det eneste som kan berettige inngrep i forhold til fri utveksling av tjenester er "tvingende allmenne hensyn". Er den tolkningen korrekt reduseres formålet med hele Tjenstedirektivet til bare å være et redskap for å fremme en viss grad av standardisering.

Fortalens punkt 40 er satt i en sammenheng der punktene både før og etter er definisjoner av begreper i Tjenstedirektivet. Således definere punkt 38 "juridiske personer", punkt 39 "tillatelsesordninger" og punkt 41 "Offentlig orden". Slike definisjoner er nødvendig for å forstå Tjenstedirektivet, og siden "tvingende allmenne hensyn" er et viktig begrep i deler av direktivet, må det også defineres. Men "tvingende allmenne hensyn" er ikke nevnt i direktivets artikkel 16, som er den viktigste artikkelen i direktivet som legger grunnlaget for at Tjenstedirektivet betyr en liberalisering av handel med tjenester.

Flere av de andre utredningene Nærings- og Handelsdepartementet har fått tolker Tjenstedirektivet helt annerledes, i tråd med det vi mener er en riktig vurdering. Wikborg Rein har skrevet en utredning som spesielt tar for seg Tjenstedirektivet og forbrukervern. Utredningen er skrevet av advokatene Mads Magnussen, Helle Nørgaard og Simen M. Klevstrand. De tolker direktivet til at det ikke vil være i overensstemmelse med Tjenstedirektivet å begrunne reguleringer bare med forbrukervern, et av de hensyn som er med i EF-domstolens praksis ved fortolkning av "tvingende allmenne hensyn", men som er utelatt i den langt snevrere opplistingen av hensyn som finnes i direktivets artikkel 16.

"Et viktig skille mellom reglene som gjelder for besøkende tjenesteytere og reglene som gjelder for de som etablerer seg i vertsstaten (staten der tjenesten leveres) er at restriksjoner på besøkende tjenesteyteres adgang til å yte tjenester ikke kan begrunnes i forbrukerhensyn. Medlemsstatene kan etter Tjenstedirektivet pålegge etablerte tjenesteytere restriksjoner som kan begrunnes i forbrukerhensyn, mens slike restriksjoner i utgangspunktet ikke kan gjøres gjeldene overfor besøkende tjenesteytere. I forhold til besøkende tjenesteytere kan restriksjoner bare begrunnes i hensynet til offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkehelsen eller til miljøet. På dette punktet snevrer direktivet inn medlemsstatenes handlingsrom sammenlignet med det som følger av EF-domstolens rettspraksis knyttet til traktatbestemmelsene om de fire friheter. Domstolen har anerkjent forbrukerhensyn som et lovlig allment hensyn som kan begrunne ikke-diskriminerende restriksjoner på den frie bevegelse for tjenester." (side 4)

I rapporten heter det dessuten:

"Direktivet snevrer inn medlemsstatenes handlingsrom sammenlignet med det som følger av EF-domstolens rettspraksis når det gjelder adgangen til å gi regler til beskyttelse av forbrukere. I den utstrekning norsk forbrukervernlovgivning innebærer restriksjoner for besøkende tjenesteytere må lovgivningen endres, med mindre den kan begrunnes i noen av de lovlige hensynene direktivet nevner. Lovgivning som regulerer besøkende tjenesteyteres virksomhet og som oppstiller

restriksjoner som bare kan begrunnes i forbrukerhensyn, kan ikke opprettholdes etter gjennomføring av direktivet." (side 6)

Wikborg Rein har her en helt annen tolkning av konsekvensene av artikkel 16, som nettopp dreier seg om tjenesteytere som ikke etablerer seg i landet der tjenesten ytes.

Også advokatfirmaet Hjorts utredning av "Tjenstedirektivets gjennomslagskraft for andre tjenester enn dem som er omfattet av direktivet", skrevet av Frode Elgesem og Ane Grimelid, har en annen tolkning enn Fafo rundt betydningen av artikkel 16. I en vurdering av Tjenstedirektivet i forholdet til gjeldende rett framhever de særlig artikkel 16:

"Når det gjelder bestemmelsene om fri bevegelighet av tjenesteytelse i direktivets kapittel IV, er det særlig artikkel 16 som kan tenkes å gå ut over en kodifisering av gjeldende rett.

.....

Bestemmelsen innebærer en begrensning i forhold til læren om allmenne hensyn som grunnlag for nasjonale restriksjoner: Etter denne læren kan langt flere hensyn enn de som er nevnt i bokstav b) begrunne hindringer for utvekslingen av tjenesteytelser, så lenge de nasjonale tiltakene er såkalt nasjonalitetsnøytrale."

Som vi ser har altså Fafo valgt å tolke artikkel 16 helt annerledes enn det to av de andre juridiske utredningene departementet har bestilt. Hvordan artikkel 16 tolkes vil også ha konsekvenser for virkningene av Tjenstedirektivet i forhold til Norges muligheter for å regulere forholdene for tjenesteytere som leverer sine tjenester fra andre land.

Den fortolkning som både Wikborg Rein og Hjort legger til grunn gjør det også enkelt å forstå hvorfor blant annet den sosialdemokratiske grupperingen i EU-parlamentets forsøkte å få inn forbrukervern som et av de formål som skulle kunne berettiget tiltak i artikkel 16. Med Fafos tolkning ville dette vært en unødvendig øvelse. Og det ville vært meningsløst av flertallet å jobbe for å unngå at flere forhold ble inkludert i artikkel 16. Vi tror ikke verken kommisjon eller parlament bruker tiden sin på å diskutere regler som ikke skal gis noe innhold. Det er vesentlig mer sannsynlig at begrunnelsen for fortalens pkt. 40 er å definere "tvingende allmenne hensyn", fordi det fortsatt skal være en akseptabel begrunnelse for regler overfor de tjenesteytere som er etablert i det landet tjenesten ytes. Som vi har vært inne på tidligere (pkt.3), er en viktig arbeidsmetode i EU at fri flyt, også av tjenester, skal påvirke de enkelte lands lovverk og praksis. Det er liten grunn til å tro at måten en tenker at Tjenstedirektivet skal fungere skiller seg fra EUs praksis på en lang rekke andre områder.

7.2 *Id-kort i byggenæringen*

Innføring av Id-kort i byggenæringen er et viktig tiltak for å sikre seriøse forhold i byggenæringen. Forutsetningen for å utføre oppdrag på byggeplasser i Norge er at en skal være utstyrt med et særegent identitetsbevis. Kortet skal være gyldig i to år, men ikke lenger enn oppdraget varer. Da skal kortet innleveres til makulering. Staten er ansvarlig for ordningen, men kortene skal produseres av en kortprodusent etter egen avtale. Forutsetningen for utstedelse av kortet er at selskapet som skal utføre oppdraget er registrert i henhold til nærmere bestemmelser, og selskapet må kontrollere identiteten til de som skal ha kortet.

Fafos vurdering av id-kort er at det er mulig også i forhold til Tjenestedirektivets bestemmelser. En av begrunnelsene er at formålet med ordningen er ”å ivareta sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- og arbeidsplasser”. (Forskriftens § 1). Slik vi har sett i dette notatet er det ikke tilstrekkelig å henvise til arbeidsrettslige formål for at et tiltak ikke skal underlegges en konkret vurdering. I artikkel 16, pkt 2, i Tjenestedirektivet heter det uttrykkelig at ikke skal kunne stilles krav om *”at tjenesteyderen for at kunne udøve servicevirksomhed skal være i besiddelse af et særlig identitetsbevis, som udstedes af deres kompetente myndigheter”*. Den norske ordningen med id-kort er et myndighetskrav, selv om det ikke er myndighetene som utsteder selve kortet. Hvis noen ønsker å bringe dette spørsmålet inn for domstolen vil det derfor være domstolen, i dette tilfellet EFTA-domstolen som vil avgjøre om id-kort er et tiltak som er proporsjonalt i forhold til det formålet det er ment å ivareta, eller om det er et stengsel for fri flyt av tjenester og således i strid med bestemmelsene i Tjenestedirektivet.

I tillegg antar Fafo at id-kort er et tiltak som kan gjennomføres fordi id-kort skal bæres av arbeidstakere som utfører tjenesteytelsen, og ikke er et identitetsbevis som tjenesteyter skal ha. Her henvises til Tjenestedirektivets definisjon av tjenesteyter i artikkel 4.2. I denne artikkelen heter det at tjenesteyter er enhver fysisk person eller juridisk person som er etablert i en medlemsstat og som utfører en tjenesteytelse. Slik sett omfattes ikke tjenesteyters ansatte av dette forbudet, bare personen/selskapet som sådan. Fafo viser til at dette da kan komplisere forholdet for enkeltpersonsforetak, der den enkelte åpenbart må gjøre arbeidet selv, men går ikke nærmere inn på å drøfte dette med utgangspunkt i at arbeidsrett er unntatt.

Hvis det er riktig at grunnlaget for forbudet mot særskilte identitetsbevis ikke er myntet på den enkelte arbeidstaker, vil vi kunne komme i den situasjon at det er akseptabelt med et pålegg om id-kort for ansatte, men ingen særskilte identitetsbevis for firmaet. Dette virker særdeles ulogisk. Kravene som stilles i Norge for utstedelse av id-bevis er av en slik karakter at de også går på registrering av firmaet. Godkjennes således kravet om id-bevis vil artikkel 16 på dette området ikke ha noen selvstendig mening.

7.3 Godkjenningsordning for bemanningsselskap

Det er nå foreslått en godkjenningsordning for bemanningsselskap i Norge. I utkastet til forskrifter skal alle bemanningsforetak som skal drive virksomhet i Norge registreres. Det skal stilles krav til selskapsform eller stilles sikkerhet hvis ikke selskapet er aksjeselskap eller allmennaksjeselskap i Norge. Også selskap registrert i andre EU/EØS-land skal godkjennes. Dokumentasjon skal framskaffes blant annet på følgende områder:

- Virksomhetens navn og forretningsadresse
- Navn og adresse på norsk representant for utenlands selskap uten forretningssted i Norge
- Registrering i Enhetsregisteret eller Foretaksregisteret
- Registrering hos skatteetaten

Artikkel 16 i Tjenstedirektivet har et forbud mot at tjenesteyter skal innhente særskilte tillatelser. Fafos vurdering er, i tillegg til kommentarer om at dette også er et arbeidsrettslig tiltak, at vikarbyråer er unntatt fra Tjenstedirektivet fordi artikkel 2 nr.2 e i Tjenstedirektivet unntar ”tjenesteytelser i forbindelse med vikarbyråer”. Deres begrunnelse for det er at ”*Ut fra sammenhengen må det anses klart at nr.2, e, ikke bare omfatter selve leveringen av tjenester, men at også nasjonale reguleringer av vilkår for etablering, registrering, og lignende er unntatt fra Tjenstedirektivets område*”. Noen nærmere begrunnelse finnes ikke. Om vikarbyråer eller ”tjenesteytelser i forbindelse med vikarbyråer” var det som skulle unntas var gjenstand for drakamp i forbindelse med utforming av Tjenstedirektivet. Hadde hensikten vært å unnta vikarbyråer helt og fullt ville det også vært rimelig å skrive det. Dette vil trolig bli en sak som domstolen vil avgjøre, hvis noen finner det hensiktsmessig å prøve saken.

7.4 Antikontraktørklausulene

På et område har Fafo konkludert med at Tjenstedirektivet kan få betydning i forhold til konkrete tiltak mot sosial dumping. Det gjelder de såkalte antikontraktørbestemmelsene, som i dag er regulert i forskriften om offentlige anskaffelser. I følge forskriften kan det stilles vilkår i forbindelse med oppdrag for det offentlige som gjør det vanskelig å omgå forpliktelser i forhold til lønn og arbeidsforhold ved å omgjøre arbeidstakere til selvstendig næringsdrivende, såkalte kontraktører. Bestemmelsen er viktig for å forhindre at en som utfører et oppdrag for det offentlige skal kunne organisere seg bort fra sine forpliktelser ved å omgjøre arbeidstakere til selvstendig næringsdrivende.

De norske bestemmelsene bryter med artikkel 16, pkt. 2 d i Tjenstedirektivet, der det heter:

”Medlemsstaterne må ikke innskrenke den frie udveksling af tjenesteydelser, der udføres af en tjenesyder, som er etableret i en anden medlemsstat, ved at still følgende krav:

.....

d) at der skal bestå et særlig kontraktsforhold mellem tjenesteyder og tjenestemodtager, som forhindrer eller begrænser selvstændiges muligheder for at udføre tjenesteydelser.”

I forbindelse med antikontraktørbestemmelsene har det vært en debatt om bestemmelsene ikke allerede er i strid med gjeldene EØS – rett. Foreløpig har ikke dette fått noen konsekvenser for bestemmelsene. Men så klart som Tjenestedirektivet er formulert på dette punkt vil Tjenestedirektivet medføre at bestemmelsene blir vanskelige å videreføre.

7.5 Påseplikt, innsynsrett og solidaransvar

Påseplikt, innsynsrett for tillitsvalgte og solidaransvar er alle tiltak som skal gjøre det enklere å kontrollere at bestemmelser om lønn og arbeidsforhold blir fulgt. I tillegg har bestiller av et oppdrag en informasjonsplikt overfor underleverandør rundt hvilke forpliktelser en har i forhold til å følge en allmenngjort tariffavtale.

Informasjonsplikt, påseplikt og innsynsrett er tiltak som er innført i Norge. Informasjonsplikt og påseplikt er tiltak rettet mot at hovedleverandør også har et ansvar for at bedriftene lenger ned i kontraktskjeden følger de bestemmelsene de er pålagt i følge allmenngjøringsvedtak.

Selv om tiltakene ikke har det omfang de burde ha, er det viktige tiltak i kampen mot sosial dumping. Som eksempel er det store begrensninger i innsynsretten for tillitsvalgte. Innsynsrett er nå bare gitt til tillitsvalgte hos hovedleverandør eller underleverandør (hvis det ikke finnes tillitsvalgte hos hovedleverandør på samme tariffavtale) som går på samme tariffavtale som den som er allmenngjort. Dette er en viktig begrensning i forhold til hvem som har innsyn. Spesielt kunne det vært viktig å få innsynsrett der en ikke har allmenngjorte tariffavtaler for å bygge opp et krav om allmenngjøring på flere områder enn i dag. Det er også et stort problem at det en eventuelt finner ut ved bruk av innsynsrett ikke kan offentliggjøres. De kan tas opp med forbund for å søke råd, og informasjonen kan gis til offentlige kontrollmyndigheter. Men offentliggjøring av det en finner er ikke tillatt. På tross av svakhetene, er tiltakene viktige, men virkeområdet bør utvides.

Solidaransvar er ikke innført, men er et viktig krav. Hensikten er at den hovedleverandør også skal gjøres ansvarlig for at lønn blir innbetalt hvis ikke underleverandør følger sine forpliktelser.

Vi vil ikke i denne rapporten gå inn på en grundig vurdering av disse tiltakene sett i forhold til Tjenestedirektiv og EØS-rett. Men vi vil påpeke at hvis de skal få den betydningen de er ment å ha, kreves det en helt annen plattform for kampen mot sosial dumping enn det Norge har i dag. Vi har svært få allmenngjorte tariffavtaler, og til og med noen av de vi har er trolig i strid med EØS-avtalen etter at vi fikk dommen i Rüffert/Niedersachsen – saken. (Se kpt. 4.6). Dommen tilsier også at bruken av kontraktsbestemmelser i offentlig

anskaffelser (ILO-konvensjon 94) ikke er mulig å bruke, det må i så fall foreligge en allmenngjort tariffavtale. På denne måten begrenser dommen virkeområdet for Utstasjoneringsdirektivet ved at det i praksis er lovfestet minstelønn eller allmenngjorte tariffavtaler på nasjonalt nivå som ser ut til å passere nåløyet.

Med en begrensning av Utstasjoneringsdirektivets rekkevidde vil også Tjenestedirektivet få økt betydning, fordi det området der Tjenestedirektivet får direkte betydning blir større. Utviklingen av EU-rett, som særlig Ruffert/Niedersachsen og Vaxholm/Laval representerer, gjør det viktig med nye diskusjoner om hvordan kampen mot sosial dumping skal føres. Det kan se ut som det er vanskelig å komme utenom en betydelig mer utbredt bruk av allmenngjøringsinstituttet, noe som trolig betyr lovendringer for å kunne anvende reglene på langt flere bransjer. Samtidig må det bli lettere å få gjennomslag for at allmenngjøring trengs. Dilemmaet er at dette er en måte å føre kampen mot sosial dumping på som er omstridt i fagbevegelsen, fordi det kan hevdes at allmenngjøring reduserer betydningen av fagorganisering og tariffavtale. Og innføres Tjenestedirektivet vil tjenestehandelen ytterligere øke kraftig utover dagens nivå. Det vi da trenger er kraftig utvidede tiltakspakker og ikke den begrensning EF-domstolen i praksis legger opp til ved sine vedtak.

Ved å snevre inn rekkevidden av Utstasjoneringsdirektivet, begrenser også EF-domstolen den mulige rekkevidden av tiltak som påseplikt, informasjonsplikt og solidaransvar. Skal slike tiltak ha noen mening, må de fungere i forhold til et regelverk. Med det omfanget vi ser av sosial dumping i Norge nå, er en utvidelse av regelverket det vi trenger. Med en innskrenkning av Utstasjoneringsdirektivets rekkevidde, utvides samtidig rekkevidden av Tjenestedirektivet. Men samtidig øker spesielt betydningen av å få en kraftig utvidet innsynsrett, uavhengig av om det er tariffavtale eller ikke, fordi det er viktig hvis nye krav om allmenngjøring skal fremmes.

Referanser:

Alsos, Kristin, Stein Evju og Anne Mette Ødegård: "Tjenestedirektivet og regjeringens handlingsplan mot sosial dumping" Fafo-notat 2008:5

Dølvik, Jon Erik" EUs tjenestedirektiv – konsekvenser for norsk arbeidsliv". Foredrag (2007)

Dølvik, Jon Erik, Line Eldring, Jon Horgen Friberg, Torunn Kvinge, Sigmund Aslesen, Anne Mette Ødegård: "Grenseløst arbeidsliv" Fafo-rapport 548

Eilertsen, Roar og Stein Stugu: "EUs tjenestedirektiv. Hva blir prisen – hvem betaler" De Facto 2006

Elgesem, Frode og Ane Grimelid: "Tjenestedirektivets gjennomslagskraft for andre tjenester enn dem som er omfattet av direktivet". Advokatfirmaet Hjort DA 2008

Friberg, Jon Horgen og Guri Tyldum, red. Med bidrag av Line Eldring, Joanne Napierala og Paulina Trevena: "Polonia i Oslo. En studie av arbeids- og levekår blant polakker i hovedstadsområdet". Fafo-rapport 2007:27

Grimsby, Gjermund og Leo A. Grünfeld: "Norsk økonomi og EUs tjenestedirektiv" Menon Business Economics 2008

Grünfeld, Leo: "EUs forslag til nytt tjenestedirektiv. Samfunns- og næringsøkonomiske konsekvenser for Norge." NUPI, notat januar 2005

Helle, Håkon: "Tjenestedirektivet og fagbevegelsen". Nei til EU arbeidsnotat nr. 1/2007

Magnussen, Mads, Helle Nørgaard og Simen M. Klevstrand: "Tjenestedirektivet og forbrukerrettigheter". Wikborg Rein 2008

Torstensson, Gösta: "Så faller den svenska modellen". Stockholm 2008

Ødegård, Anne Mette: "Tjenestedirektivets betydning for reguleringer i arbeidslivet". Fafo 2007