EFTA-DOMSTOLENS DOM
20. november 2024*

(*Grunnleggende friheter – EØS-avtalen artikkel 28 – EØS-avtalen artikkel 31 – EØS-avtalen artikkel 36 –Direktiv 2008/104/EF – Bemanningsforetak – Intern situasjon – Restriksjon – Rettferdiggjøring*)

I sak E-2/24,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i en sak mellom

Bygg & Industri Norge AS m.fl.

og

Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet,

om tolkningen av artikkel 36 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president (saksforberedende dommer), og dommerne Bernd Hammermann og Michael Reiertsen,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innleggene inngitt på vegne av:

- Bygg & Industri Norge AS m.fl. («Bygg & Industri Norge»), representert ved advokatene Nicolay Skarning og Jan Magne Langseth,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

- den norske stat, representert ved Ida Thue, som partsrepresentant,

- Tysklands regjering, representert ved Dr Nikolaus Scheffel, som partsrepresentant,

- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Ewa Gromnicka, Marte Brathovde og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og

- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Lorna Armati, Mislav Mataija og Gero Meessen, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Bygg & Industri Norge, representert ved Nicolay Skarning og Jan Magne Langseth; den norske stat, representert ved Ida Thue; ESA, representert ved Ewa Gromnicka og Marte Brathovde; og Kommisjonen, representert ved Mislav Mataija, i rettsmøtet 19. juni 2024,

slik

D O M

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-rett

1 Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») artikkel 28 lyder:

> *1. Fri bevegelighet for arbeidstagere skal gjennomføres mellom EFs medlemsstater og EFTA-statene.*
>
> *2. Den frie bevegelighet innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstagere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av statsborgerskap skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår.*
>
> *3. Med forbehold for de begrensninger som er begrunnet ut fra hensynet til den offentlige orden, sikkerhet og folkehelsen, skal den frie bevegelighet gi rett til*
>
> > *a. å ta faktisk tilbudt arbeid,*
> >
> > *b. å flytte fritt innen territoriet til EFs medlemsstater og EFTA-statene i dette øyemed,*

c. å oppholde seg på territoriet til en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat for å arbeide der i samsvar med de lover og forskrifter som gjelder for innenlandske arbeidstagere,

d. å bli boende på territoriet til en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat etter å ha hatt arbeid der.

4. Bestemmelsene i denne artikkel skal ikke anvendes på stillinger i den offentlige administrasjon.

5. Vedlegg V inneholder særlige bestemmelser om den frie bevegelighet for arbeidstagere.

2 EØS-avtalen artikkel 31 lyder:

1. I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapittel 4.

2. Vedlegg VIII til XI inneholder særlige bestemmelser om etableringsrett.

3 EØS-avtalen artikkel 33 lyder:

Bestemmelsene i dette kapittel og tiltak truffet med hjemmel i disse bestemmelsene, skal ikke hindre at bestemmelser om særbehandling av fremmede statsborgere får anvendelse når de er fastsatt ved lov eller forskrift og begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen.

4 EØS-avtalen artikkel 34 lyder:

Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittel, skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i EFs medlemsstater eller EFTA-statene.

Ved selskaper skal forstås selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper, samt andre juridiske personer i offentlig-

eller privatrettslig forstand, unntatt dem som ikke driver ervervsmessig virksomhet.

5 EØS-avtalen artikkel 36 lyder:

1. Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottager.

2. Vedlegg IX til XI inneholder særlige bestemmelser om adgangen til å yte tjenester.

6 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid (EUT 2008 L 327, s. 9; EØS-tillegg 2016 nr. 64 s. 138) («direktiv 2008/104») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 149/2012 av 13. juli 2012 (EUT 2012 L 309, s. 34; EØS-tillegg 2012 nr. 63, s. 39) og er vist til i EØS-avtalen vedlegg XVIII nr. 32k (Helse og sikkerhet på arbeidsplassen, arbeidsrett og lik behandling av menn og kvinner). Forfatningsrettslige krav angitt av Island og Liechtenstein ble oppfylt 4. mars 2013, og beslutningen trådte i kraft 1. mai 2013.

7 Punkt 10, 11, 12 og 15 i fortalen til direktiv 2008/104 lyder:

10) Innenfor Den europeiske union er det betydelige forskjeller i bruken av vikararbeid og i vikarers rettslige stilling, status og arbeidsvilkår.

11) Vikararbeid tilgodeser ikke bare foretakenes behov for fleksibilitet, men også arbeidstakernes behov for å forene privatliv og yrkesliv. Det bidrar dermed til å skape arbeidsplasser og til deltaking og integrering på arbeidsmarkedet.

12) Ved dette direktiv opprettes en ramme for vern av vikarer, som ikke innebærer forskjellsbehandling, er åpen og står i rimelig forhold til formålet, samtidig som den respekterer mangfoldet i arbeidsmarkedene og i forholdet mellom partene i arbeidslivet.

15) Arbeidsavtaler uten tidsbegrensning er den vanlige formen for ansettelsesforhold. Når det gjelder arbeidstakere som har en arbeidsavtale uten tidsbegrensning med vikarbyrået, og med tanke på det særlige vernet en slik avtale gir, bør det gis mulighet til å tillate unntak fra de reglene som gjelder i brukerforetaket.

8 Direktiv 2008/104 artikkel 4 nr. 1, med overskriften «Gjennomgåelse av restriksjoner eller forbud», lyder:

Forbud mot eller restriksjoner på bruk av vikararbeid skal begrunnes bare med allmenne hensyn, særlig vern av vikarer, krav til sikkerhet og helse på arbeidsplassen eller behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk.

9 Direktiv 2008/104 artikkel 5 nr. 5, med overskriften «Prinsippet om likebehandling», lyder:

> *Medlemsstatene skal treffe nødvendige tiltak i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis for å forebygge misbruk ved anvendelsen av denne artikkel, særlig for å forebygge flere oppdrag som følger etter hverandre og som har til formål å omgå bestemmelsene i dette direktiv. De skal underrette Kommisjonen om de tiltak som er truffet.*

10 Direktiv 2008/104 artikkel 6, med overskriften «Adgang til ansettelse, felles goder og yrkesopplæring», lyder i utdrag:

> *1. Vikarer skal underrettes om eventuelle ledige stillinger i brukerforetaket, slik at de har samme muligheter til å få fast ansettelse som andre arbeidstakere i foretaket. Dette kan skje ved kunngjøring på egnet sted i det foretaket vikarene arbeider for og under tilsyn og ledelse av.*
>
> *2. Medlemsstatene skal treffe alle nødvendige tiltak for å sikre at eventuelle klausuler som forbyr eller i praksis hindrer inngåelse av en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold mellom brukerforetaket og vikaren etter at oppdraget er avsluttet, er ugyldige eller kan erklæres ugyldige.*
>
> *Dette nummer berører ikke bestemmelser om at vikarbyråer skal motta en rimelig godtgjøring for tjenester ytt til brukerforetak i forbindelse med oppdrag utført av vikarer samt rekruttering og opplæring av vikarer.*
>
> *...*

11 Direktiv 2008/104 artikkel 9, med overskriften «Minstekrav», lyder:

> *1. Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes rett til å anvende eller innføre lover eller forskrifter som er mer fordelaktige for arbeidstakerne, eller til å fremme eller tillate at partene i arbeidslivet inngår tariffavtaler som er mer fordelaktige for arbeidstakerne.*
>
> *2. Gjennomføringen av dette direktivet skal ikke under noen omstendigheter utgjøre tilstrekkelig grunn til å innskrenke det generelle vernet av arbeidstakere på de områdene som omfattes av dette direktivet. Dette berører ikke den rett medlemsstatene og/eller partene i arbeidslivet har til på bakgrunn av endrede forhold å vedta lover, forskrifter eller avtalebestemmelser som avviker fra dem som gjelder på tidspunktet for vedtakelsen av dette direktiv, forutsatt at minstekravene fastsatt i dette direktiv overholdes.*

Nasjonal rett

12 Ifølge den anmodende domstolen er hovedregelen etter norsk arbeidsrett at arbeidstakere skal ansettes fast, direkte hos arbeidsgiver, jf. lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. («arbeidsmiljøloven») § 14-9. Andre

tilknytningsformer, som midlertidig ansettelse og innleie, kan benyttes på bestemte vilkår.

13 Regler om innleie fra bemanningsforetak er inntatt i arbeidsmiljøloven § 14-12. Ved lov 20. desember 2022 nr. 99 ble arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd endret. Etter denne endringen er innleie fra bemanningsforteak etter § 14-12 første ledd tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav b til e. Ifølge den anmodende domstolen innebærer dette at det kan inngås avtaler om innleie fra bemanningsforetak:

> b) for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)
>
> c) for praksisarbeid
>
> d) med deltaker i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med arbeids- og velferdsetaten
>
> e) med idrettsutøvere, idrettstrenere, dommere og andre ledere innen den organiserte idretten.

14 Det fremgår videre av arbeidsmiljøloven § 14-12 at i virksomheter som er bundet av tariffavtale med fagforening med innstillingsrett (dvs. minst 10 000 medlemmer), kan arbeidsgiver og tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder, inngå skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie uten hinder av vilkårene i § 14-9 andre ledd bokstav b til e.

15 Endringene til arbeidsmiljøloven § 14-12 første ledd er foreløpig ikke satt i kraft for «innleie til avløsning i jordbruksforetak» eller «innleie til kortvarig arrangement», jf. forskrift 20. desember 2022 nr. 290 om overgangsregler til lov om endringer i arbeidsmiljøloven m.m. (inn- og utleie fra bemanningsforetak) («overgangsreglene») §§ 4 og 5.

16 Etter forskrift 11. januar 2013 nr. 3 om innleie fra bemanningsforetak («innleieforskriften») § 3 første ledd bokstav a er det tillatt med innleie av helsepersonell for å sikre forsvarlig drift av helse- og omsorgstjenester når arbeidet er av midlertidig karakter. Det er også tillatt å leie inn «arbeidstakere med spesialkompetanse som skal utføre rådgivnings- og konsulenttjeneste i klart avgrenset prosjekt», jf. forskriften § 3 første ledd bokstav b.

17 Innleieforskriften § 4 oppstiller et forbud mot innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid i Oslo, Viken og tidligere Vestfold:

> *Innleie fra bemanningsforetak til bygningsarbeid på byggeplasser i Oslo, Viken og tidligere Vestfold er ikke tillatt.*
>
> *Med bygningsarbeid menes*
>
> *1. oppføring av bygninger,*

2. *innrednings-, utsmykkings- og installasjonsarbeid,*
3. *montering og demontering av prefabrikkerte elementer,*
4. *riving, demontering, ombygging og istandsetting,*
5. *sanering og vedlikehold, utenom arbeid som er rutinemessig eller mindre omfattende,*
6. *graving, sprengning og annet grunnarbeid i tilknytning til byggeplass, og*
7. *annet arbeid som utføres i tilknytning til byggearbeid.*

Med byggeplass menes enhver arbeidsplass hvor det utføres midlertidig eller skiftende bygningsarbeid av et visst omfang.

II FAKTUM OG SAKSGANG

18 Saksøkerne i hovedsaken er bemanningsforetak etablert i Norge. Ett av disse foretakene har utenlandske eiere etablert innenfor det europeiske økonomiske samarbeidsområdet. Samtlige av saksøkerne leier ut arbeidskraft i Norge til foretak etablert i Norge. Noen av saksøkernes ansatte er statsborgere fra andre EØS-stater, og noen av dem er ikke bosatt i Norge.

19 Saksøkerne hevder at nylige endringer i norsk lovgivning om innleie fra bemanningsforetak er i strid med EØS-avtalen artikkel 36.

20 Stortinget vedtok i desember 2022 regler som begrenser adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak. Endringene opphevet den generelle muligheten til å leie inn arbeidskraft når arbeidet er av midlertidig karakter. Det er imidlertid fortsatt mulig å leie inn arbeidskraft i visse situasjoner, slik som vikarer eller etter avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte i virksomheten i samsvar med norsk rett.

21 I januar 2023 ble det gitt en forskrift som forbød innleie fra bemanningsforetak for bygningsarbeid i Oslo, Viken og tidligere Vestfold.

22 De ovennevnte lov- og forskriftsendringene trådte i kraft 1. april 2023, med overgangsordninger frem til 1. juli 2023. Saksøkerne hevder at deres mulighet til å leie ut arbeidskraft har blitt begrenset av disse reglene, og at dette har påført dem økonomisk tap. Saksøkerne har derfor anlagt sak for den anmodende domstolen med krav om erstatning fra den norske stat for påstått brudd på EØS-retten.

23 På denne bakgrunn har Oslo tingrett besluttet å forelegge EFTA-domstolen følgende spørsmål:

1. *Har det noen betydning ved vurderingen av om det foreligger et grenseoverskridende element etter reglene om fri bevegelighet av tjenester, jf. EØS-avtalen artikkel 36 at et bemanningsforetak fra en EØS-stat som leier ut arbeidskraft til foretak i samme EØS-stat, har ansatte som er statsborgere fra andre EØS-stater?*

2. *Hva kan utgjøre legitime hensyn for restriksjoner på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 i form av forbud og begrensninger på innleie av arbeidskraft?*

3. *Hvilke kriterier vil være relevante ved vurderingen av om restriksjoner på innleie av arbeidskraft vil være egnede og nødvendige for å ivareta legitime hensyn? Er det i denne sammenheng av betydning at restriksjonen utgjør et geografisk og bransjespesifikt forbud mot innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak.*

24 Den 30. april 2024 vedtok EFTA-domstolen tiltak for tilrettelegging av rettergangen i henhold til rettergangsordning for EFTA-domstolen artikkel 56 nr. 1 og 57 nr. 3 bokstav a og b, og inviterte de som deltar i rettergangen for EFTA-domstolen til å svare på spørsmål om anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 28 og 31 og forenligheten av de aktuelle tiltakene som hovedsaken gjelder med disse bestemmelsene.

25 Den 22., 23. og 24. mai 2024 ble svar på tiltakene for tilrettelegging av rettergangen mottatt fra Bygg & Industri Norge, den norske stat, den tyske regjeringen, ESA og Kommisjonen.

26 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige bakgrunnen, de faktiske forholdene, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter nevnes eller drøftes i det følgende bare så langt det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-DOMSTOLENS SVAR

Innledende betraktninger

27 Ved sitt første spørsmål spør den anmodende domstolen om det har betydning for vurderingen av om EØS-avtalen artikkel 36 får anvendelse at et bemanningsforetak fra en EØS-stat som leier ut arbeidskraft til foretak i samme EØS-stat, har ansatte som er statsborgere fra andre EØS-stater. Ved sitt andre spørsmål spør den hva som kan utgjøre legitime hensyn for restriksjoner på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 i form av forbud og begrensninger på innleie av arbeidskraft. Ved sitt tredje spørsmål spør den anmodende domstolen hvilke kriterier som vil være relevante ved vurderingen av om en restriksjon på innleie av arbeidskraft vil være egnet og nødvendig for å vareta legitime hensyn. I denne sammenheng spør den anmodende domstolen om det er av betydning at restriksjonen utgjør et geografisk og bransjespesifikt forbud mot innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak. EFTA-domstolen anser det hensiktsmessig å besvare spørsmålene samlet.

28 Selv om de forelagte spørsmålene ikke eksplisitt nevner direktiv 2008/104, følger det av anmodningen, som inneholder henvisninger til direktivet som følge av hovedsakens tvistegjenstand, samt partenes skriftlige innlegg og deres muntlige innlegg under høringen, at direktiv 2008/104 anses å være relevant for vurderingen av tiltakene hovedsaken gjelder.

29 Videre følger det av noen av partenes innlegg at den frie bevegelighet for arbeidstakere etter EØS-avtalen artikkel 28 og etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 anses å være relevante for vurderingen av tiltakene hovedsaken gjelder, selv om spørsmålene fra den anmodende domstolen bare gjelder tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36. Bygg & Industri Norge påpeker særlig at de påberoper seg EØS-avtalen artikkel 28 og 31 ved siden av EØS-avtalen artikkel 36 som grunnlag for sitt krav i hovedsaken.

30 EFTA-domstolen minner om at etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol («ODA») kan enhver domstol i en EFTA-stat som finner at en rådgivende uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse. Formålet med ODA artikkel 34 er å etablere et samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstolene. Dette er ment som en måte å bidra til ensartet tolkning av EØS-retten og gi domstolene i EFTA-statene bistand i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten (se dom 15. juli 2021 i *Eyjólfur Orri Sverrisson*, E-11/20, avsnitt 33).

31 EFTA-domstolen påpeker at prosedyren etter ODA artikkel 34 baserer seg på en klar atskillelse av funksjoner mellom nasjonale domstoler og EFTA-domstolen. Enhver vurdering av de faktiske forhold i saken er et anliggende for den nasjonale domstolen, som må påta seg ansvaret for den påfølgende rettsavgjørelsen, og det er denne domstolens oppgave å tolke bestemmelsene i den aktuelle nasjonale lovgivningen og i siste instans avgjøre om de er forenlige med EØS-retten. For å gi den nasjonale domstolen et nyttig svar, kan imidlertid EFTA-domstolen av hensyn til godt samarbeid med nasjonale domstoler, gi all veiledning som den anser nødvendig (se dom 16. juli 2020 i *Tak – Malbik*, E-7/19, avsnitt 45, og dom 28. september 2012 i *Irish Bank*, E-18/11, avsnitt 56).

32 Det er fast rettspraksis at EFTA-domstolen kan utlede de EØS-rettslige elementene som krever tolkning med hensyn til tvistens gjenstand i hovedsaken blant alle de forhold den anmodende domstolen har forelagt. Selv om den anmodende domstolen har begrenset spørsmålene til tolkningen av EØS-avtalen artikkel 36, påhviler det derfor EFTA-domstolen å gi et så fullstendig og nyttig svar som mulig og forhindrer ikke EFTA-domstolen fra å gi den nasjonale domstolen alle elementene for tolkning av EØS-retten som kan være til hjelp når den skal avgjøre saken, enten det er vist til dem i et spørsmål forelagt for EFTA-domstolen eller ikke (se dom 13. mai 2020 i *Campbell*, E-4/19, avsnitt 44 og 45).

33 Ut fra sakens omstendigheter og for å realisere formålet om samarbeid etter ODA artikkel 34, finner EFTA-domstolen det hensiktsmessig å behandle de forelagte spørsmålene i lys av direktiv 2008/104 og EØS-avtalen artikkel 28, 31 og 36.

Direktiv 2008/104 om vikararbeid

34 Noen av partene i saken har gjort gjeldende at direktiv 2008/104 artikkel 4 nr. 1 har betydning for tvisten i hovedsaken. Artikkel 4 nr. 1 fastsetter at forbud mot eller restriksjoner på bruk av vikararbeid bare skal begrunnes med allmenne hensyn, særlig vern av vikarer, krav til sikkerhet og helse på arbeidsplassen eller behovet for å sikre et

velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk.

35 For å fastslå den nøyaktige betydningen av direktiv 2008/104 artikkel 4 nr. 1 må imidlertid artikkelen leses i sin helhet, samtidig som det tas hensyn til sammenhengen den inngår i. For det første fastsetter artikkel 4 nr. 2 og 3 at etter samråd med partene i arbeidslivet, eller dersom forbudene mot eller restriksjonene på bruk av innleie er fastsatt i tariffavtaler med partene i arbeidslivet som har fremforhandlet dem, skal EØS-statene gjennomgå eventuelle forbud mot eller restriksjoner på bruk av innleie fra bemanningsforetak «for å kontrollere om de er begrunnet med de hensyn som er nevnt i nr. 1» (jf. dom 17. mars 2015 i *AKT*, C-533/13, EU:C:2015:173, avsnitt 24 og 26).

36 For det andre hadde EFTA-statene etter artikkel 4 nr. 5 plikt til å underrette ESA om resultatene av gjennomgåelsen. Ved å pålegge EFTA-statenes kompetente myndigheter en plikt til å gjennomgå sitt nasjonale regelverk for å sikre at forbud mot eller restriksjoner på bruk av innleie fra bemanningsforetak fortsetter å være begrunnet med allmenne hensyn, og en plikt til å underrette ESA om resultatene av gjennomgåelsen, følger det at artikkel 4 nr. 1, lest i sammenheng med de andre leddene i denne artikkelen, utelukkende er rettet mot EFTA-statenes kompetente myndigheter. Slike forpliktelser kan ikke utføres av de nasjonale domstolene. Avhengig av resultatet av denne gjennomgåelsen, som måtte være fullført innen samme dato som fastsatt i artikkel 11 nr. 1 for innarbeidingen av direktiv 2008/104, kunne EØS-statene, som er pålagt å overholde sine forpliktelser etter artikkel 4 nr. 1 i nevnte direktiv fullt ut, ha vært forpliktet til å endre sin nasjonale lovgivning om innleie fra bemanningsforetak (jf. dommen i *AKT*, C-533/13, sitert over, avsnitt 27 til 29).

37 EØS-statene står imidlertid i denne sammenheng fritt til enten å fjerne eventuelle forbud og restriksjoner som ikke kan begrunnes etter denne bestemmelsen, eller tilpasse dem slik at de blir forenlige med bestemmelsen der det er aktuelt og hensiktsmessig. Det følger av dette at artikkel 4 nr. 1, lest i sin sammenheng, må forstås slik at den fastsetter rammene for regelverket EØS-statene kan vedta med hensyn til forbud mot eller restriksjoner på bruk av innleie fra bemanningsforetak, og ikke slik at den krever at det innføres en bestemt lovgivning på området (jf. dommen i *AKT*, C-533/13, sitert over, avsnitt 30 og 31).

38 Direktiv 2008/104 artikkel 4 nr. 1 pålegger derfor ikke nasjonale domstoler en plikt til ikke å anvende en nasjonal rettsregel som inneholder forbud mot eller restriksjoner på bruk av innleie fra bemanningsforetak som ikke er begrunnet med allmenne hensyn som nevnt i denne bestemmelsen (jf. dommen i *AKT*, C-533/13, sitert over, avsnitt 32).

39 Direktiv 2008/104 artikkel 4 nr. 1 er derfor ikke av direkte betydning for løsningen av tvisten i hovedsaken.

Anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 28, 31 og 36

40 For å besvare spørsmålene fra den nasjonale domstolen, er det nødvendig å avklare om EØS-avtalen artikkel 28, 31 og 36 får anvendelse under omstendigheter som i hovedsaken.

41 I denne sammenheng må det påpekes at i et søksmål reist av ESA for manglende oppfyllelse av forpliktelser etter ODA artikkel 31, kan EFTA-domstolen vurdere en EFTA-stats overholdelse av en av de grunnleggende frihetene i EØS-avtalen. Det kan ikke på grunnlag av dette forhold alene konkluderes med at en privatperson kan påberope seg denne friheten i en sak der alle relevante forhold er begrenset til én enkelt EØS-stat. I et søksmål fra ESA for manglende oppfyllelse av forpliktelser, undersøker EFTA-domstolen om det nasjonale tiltaket som ESA har påklaget, generelt kan avskrekke aktører fra andre EØS-stater fra å gjøre bruk av den aktuelle friheten. EFTA-domstolens oppgave ved anmodninger om rådgivende uttalelser er derimot å hjelpe den anmodende domstolen å løse den konkrete tvisten domstolen har til behandling, noe som forutsetter at det er godtgjort at den aktuelle friheten faktisk får anvendelse på tvisten (jf. dom 15. november 2016 i *Ullens de Schooten*, C-268/15, EU:C:2016:874, avsnitt 49).

42 Det fremgår klart av fast rettspraksis at formålet med den aktuelle lovgivningen må tas i betraktning ved vurderingen av om nasjonal lovgivning faller inn under virkeområdet for den ene eller andre av de grunnleggende frihetene som EØS-avtalen sikrer. Dessuten vil et omtvistet tiltak i prinsippet kun vurderes opp mot én av frihetene hvis det fremgår av sakens omstendigheter at den ene friheten er helt sekundær i forhold til den andre og kan vurderes sammen med denne. Videre tar EFTA-domstolen de faktiske forholdene i den enkelte sak i betraktning for å vurdere om situasjonen som tvisten i hovedsaken gjelder, faller inn under virkeområdet for den ene eller andre av disse bestemmelsene (se dom 21. mars 2024 i *LDL*, E-5/23, avsnitt 45 og rettspraksis som det vises til der).

43 Ved vurderingen av om et foretak driver virksomhet etter etableringsretten eller tjenestefriheten, må den anmodende domstolen ta hensyn til varigheten, regelmessigheten, den periodiske karakteren eller kontinuiteten av saksøkernes virksomhet i Norge. En person kan opprette en viss infrastruktur i vertsstaten, herunder et kontor, en praksis eller et konsultasjonsrom, og fortsatt holde seg innenfor tjenestefrihetens område, så lenge slik infrastruktur er nødvendig for å kunne yte den aktuelle tjenesten. Det må imidlertid sondres mellom denne situasjonen og situasjonen for en person som på en stabil og vedvarende måte utøver ervervsvirksomhet i en annen stat, der han fra et etablert forretningssted henvender seg til blant annet statsborgere i denne staten. En slik person omfattes av bestemmelsene om etableringsrett og ikke tjenestefrihet (se dom 3. august 2016 i *B og B*, forente saker E-26/15 og E-27/15, avsnitt 101 og rettspraksis som det vises til der).

44 I lys av at de forelagte spørsmålene spesifikt nevner EØS-avtalen artikkel 36, og for å gi den anmodende domstolen et så fullstendig og nyttig svar som mulig, finner EFTA-domstolen det likevel passende å undersøke om EØS-avtalen artikkel 36 kan få anvendelse på omstendigheter som dem i hovedsaken.

EØS-avtalen artikkel 36

45 EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 fastsetter at innenfor rammen av bestemmelsene i EØS-avtalen skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-

stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteytelsens mottaker. I denne sammenheng bør det minnes om at det følger av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 at den ikke får anvendelse på en situasjon der alle relevante forhold er begrenset til én enkelt EØS-stat (se dom 16. november 2018 i *Kristoffersen*, E-8/17, avsnitt 67 og rettspraksis som det vises til der, jf. dommen i *Ullens de Schooten*, C-268/15, sitert over, avsnitt 47).

46 Bygg & Industri Norge gjør gjeldende at det foreligger et grenseoverskridende element i den foreliggende sak, som åpner for anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 36, blant annet fordi bemanningsforetak fra Norge eller en annen EØS-stat yter sine tjenester i Norge ved å benytte ansatte som er statsborgere fra andre EØS-stater, sammen med disse foretakenes rett til å motta tjenester fra foretak etablert i andre EØS-stater.

47 Den norske stat gjør gjeldende at siden både bemanningsforetakene og brukerforetakene som de yter tjenestene sine til, befinner seg i Norge, foreligger det ikke noe grenseoverskridende element med hensyn til tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36.

48 ESA gjør gjeldende at det foreligger et grenseoverskridende element med hensyn til EØS-avtalen artikkel 36 i situasjoner som dem hovedsaken gjelder, der et bemanningsforetak fra en EØS-stat som leier ut arbeidskraft til foretak i samme EØS-stat, har ansatte som er statsborgere fra andre EØS-stater.

49 Kommisjonen gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 36 ikke får anvendelse på omstendigheter som dem hovedsaken gjelder, siden tjenestene saksøkerne i hovedsaken yter, utføres i Norge for norske foretak.

50 EFTA-domstolen påpeker at det i prinsippet er fire mulige grensekryssende situasjoner der tjenestefriheten får anvendelse. For det første den situasjon der tjenesteyteren krysser grensen for å tilby tjenestene. For det andre den situasjon der tjenestemottakeren krysser grensen for å motta tjenestene. For det tredje situasjoner der både tjenesteyteren og -mottakeren krysser en grense og tjenesten deretter leveres. For det fjerde situasjoner der selve tjenesten krysser grensen (jf. generaladvokat Szpunars uttalelse 3. september 2020 i *BONVER WIN*, C-311/19, EU:C:2020:640, avsnitt 47 og rettspraksis som det vises til der).

51 Det fremgår av anmodningen at partene for den anmodende domstolen er etablert i Norge og leier ut arbeidskraft i Norge til foretak etablert i Norge.

52 I denne sammenheng må det påpekes at EØS-avtalen artikkel 36 ikke får anvendelse på situasjoner der alle relevante forhold er begrenset til én enkelt EØS-stat. I en situasjon der både tjenesteleverandøren og tjenestemottakeren er etablert i samme EØS-stat og alle relevante fakta finner sted i denne EØS-staten, er det derfor ingen forbindelse til situasjonene som omfattes av EØS-avtalen artikkel 36 slik at bestemmelsen ikke får anvendelse (jf. dom 22. desember 2010 i *Omalet*, C-245/09, EU:C:2010:808, avsnitt 12 til 14).

53 Det faktum at en tjenesteyter kan ha ansatte fra en annen EØS-stat, kan ikke i seg selv endre denne konklusjonen. Når det gjelder saksøkernes og ESAs anførsler under rettsmøtet, påpeker EFTA-domstolen at det ikke er fremlagt opplysninger som tyder på at arbeidet med å velge ut og rekruttere vikarer fra andre EØS-stater utgjør en integrert del av tjenesten saksøkerne tilbyr, på en slik måte at det utgjør et relevant grenseoverskridende element etter EØS-avtalen artikkel 36.

54 I sine skriftlige innlegg for EFTA-domstolen har imidlertid Bygg & Industri Norge gjort gjeldende at et rekrutteringsbyrå etablert i Polen, som utelukkende yter tjenester til norske foretak, har søkt om å slutte seg til søksmålet for den anmodende domstolen etter at anmodningen om rådgivende uttalelse ble oversendt til EFTA-domstolen. Bygg & Industri Norge gjør gjeldende at restriksjonene som saken gjelder, medfører at rekrutteringsbyrået i realiteten er forhindret fra å yte sine tjenester.

55 Under rettsmøtet forklarte den norske stat at det polske rekrutteringsbyråets begjæring om å bli part i hovedsaken ikke vil bli avgjort av den anmodende domstolen før den har gjenopptatt rettergangen etter at EFTA-domstolen har avgitt sin rådgivende uttalelse.

56 Et rekrutteringsbyrå etablert i Polen, som yter sine tjenester til bemanningsforetak i Norge, omfattes av EØS-avtalen artikkel 36. Opplysningene i anmodningen om rådgivende uttalelse og opplysningene fremlagt av partene i saken er imidlertid ikke tilstrekkelige til at EFTA-domstolen kan vurdere om de aktuelle tiltakene under omstendigheter som i hovedsaken utgjør en restriksjon på tjenestefriheten for et slikt rekrutteringsbyrå.

57 I denne forbindelse fremgår det av fast rettspraksis at nasjonal lovgivning som gjelder for alle aktører som utøver virksomhet på nasjonalt territorium, og som ikke har til formål å fastsette vilkårene for de berørte foretakenes tjenesteyting, og hvis eventuelle begrensende virkninger på tjenestefriheten er for usikre og indirekte til at den fastsatte forpliktelsen kan anses å begrense denne friheten, ikke er i strid med forbudet i EØS-avtalen artikkel 36 (jf. dom 27. april 2022 i *Airbnb Ireland*, C-674 /20, EU:C:2022:303, avsnitt 42).

58 Under disse omstendigheter må det være opp til den anmodende domstolen å vurdere om de omtvistede tiltakene begrenser tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 i relasjon til rekrutteringsbyrået etablert i Polen, eller om eventuelle begrensende virkninger er for usikre og indirekte.

59 I denne sammenheng bør det minnes om at EØS-avtalen behandler restriksjoner som pålegges tjenesteytere og restriksjoner som pålegges tjenestemottakere på samme måte. I en situasjon som faller inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 36, kan derfor både mottakeren og yteren av en tjeneste påberope seg denne artikkelen (jf. dom 3. desember 2020 i *BONVER WIN*, C-311/19, EU:C:2020:981, avsnitt 21).

60 Det er dermed opp til den anmodende domstolen å vurdere om tiltakene hovedsaken gjelder, utgjør en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 i relasjon til et rekrutteringsbyrå etablert i en EØS-stat og som yter tjenester til bemanningsforetak

etablert i en annen EØS-stat, og i relasjon til bemanningsforetakene som mottar byråets tjenester, eller om eventuelle begrensende virkninger er for usikre og indirekte.

EØS-avtalen artikkel 28

61 Det følger av EØS-avtalen artikkel 28 nr. 2 at den frie bevegelighet for arbeidstakere innebærer at all forskjellsbehandling av arbeidstakere fra EFs medlemsstater og EFTA-statene på grunnlag av nasjonalitet skal avskaffes når det gjelder sysselsetting, lønn og andre arbeidsvilkår. Det er fast rettspraksis at alle bestemmelsene i EØS-avtalen om fri bevegelighet for personer har som formål å lette EØS-borgeres utøvelse av alle typer ervervsvirksomhet i hele EØS og utelukker tiltak som kan være til ulempe for EØS-borgere når de ønsker å utøve økonomisk aktivitet på en annen EØS-stats territorium (se dom 4. juli 2023 i *RS*, E-11/22, avsnitt 29).

62 Ifølge anmodningen leier alle saksøkerne i hovedsaken ut arbeidskraft i Norge til foretak etablert i Norge. Noen av saksøkernes ansatte er statsborgere fra andre EØS-stater, og noen av dem er ikke bosatt i Norge.

63 Bygg & Industri Norge gjør gjeldende at arbeidsgivers korresponderende rett til å påberope seg EØS-avtalen artikkel 28 er en nødvendig forutsetning for å sikre at fri bevegelighet for arbeidstakere blir effektiv. De påpeker videre at mange av de utleide arbeidstakerne de har ansatt, bor utenfor Norge og reiser til Norge for å arbeide for disse foretakene.

64 Den norske stat gjør gjeldende at tolkningen av EØS-avtalen artikkel 28 ikke er relevant for saken. Tiltakene i hovedsaken gjelder ikke ansettelseskrav i bemanningsforetak, men regulerer bemanningsforetakenes yting av tjenester. Slike tiltak omfattes ikke av EØS-avtalen artikkel 28.

65 ESA gjør gjeldende at den relevante bestemmelsen for bemanningsforetak med arbeidstakere som er statsborgere fra andre EØS-stater, vil være EØS-avtalen artikkel 28. ESA understreker imidlertid at det til syvende og sist er den anmodende domstolen som må vurdere hvilken grunnleggende frihet som er relevant i hvert enkelt tilfelle. ESA har også gjort gjeldende at de aktuelle tiltakene i det minste innebærer indirekte forskjellsbehandling av arbeidstakere fra andre EØS-stater, med henvisning til forarbeidene til endringene som innførte de aktuelle tiltakene, der det ble påpekt at rundt 55 prosent av de innleide arbeidstakerne berørt av forbudet hadde innvandrerbakgrunn, hovedsakelig fra Øst-Europa.

66 Kommisjonen gjør gjeldende at logikken i EU-domstolens rettspraksis om arbeidsgiveres rett til å påberope seg bestemmelsen i EU-retten som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 28, ikke er til stede i omstendighetene i hovedsaken. Denne rettspraksisen gjelder nasjonale bestemmelser som direkte begrenser arbeidsgiveres adgang til å ansette arbeidstakere. Kommisjonen påpeker imidlertid at når det gjelder muligheten for indirekte forskjellsbehandling, har den anmodende domstolen ikke tatt opp dette i sin anmodning om rådgivende uttalelse, og det foreligger derfor ikke tilstrekkelige opplysninger til å konkludere på dette punktet.

67 Ut fra omstendighetene i den foreliggende sak er det klart at ingen av partene i hovedsaken er arbeidstakere etter EØS-avtalen artikkel 28. EFTA-domstolen påpeker likevel at reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere lett vil kunne motvirkes hvis EØS-statene kan omgå forbud etter disse reglene bare ved å pålegge arbeidsgivere forpliktelser eller vilkår med hensyn til en arbeidstaker ansatt hos dem, og som ville vært hindringer på utøvelsen av arbeidstakerens rett til fri bevegelighet etter EØS-avtalen artikkel 28 dersom de ble pålagt arbeidstakeren direkte (jf. dom 15. juni 2023 i *Thermalhotel Fontana*, C-411/22, EU:C:2023:490, avsnitt 41 og rettspraksis som det vises til der).

68 For at arbeidstakernes rett til å bli ansatt og arbeide uten forskjellsbehandling reelt sett skal være effektiv, må den nødvendigvis suppleres av arbeidsgiverens korresponderende rett til å ansette dem i samsvar med reglene om fri bevegelighet for arbeidstakere (jf. dom 16. april 2013 i *Las*, C-202/11, EU:C:2013:239, avsnitt 18 og rettspraksis som det vises til der).

69 Videre må det minnes om at det er fast rettspraksis at reglene om likebehandling ikke bare forbyr åpenbar diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, men også alle skjulte former for diskriminering på grunnlag av andre kriterier som fører til samme resultat (se dommen i *RS*, E-11/22, sitert over, avsnitt 31).

70 Selv om en bestemmelse i nasjonal lovgivning gjelder for alle arbeidstakere uavhengig av nasjonalitet, må den anses å medføre indirekte forskjellsbehandling dersom den i seg selv kan påvirke arbeidstakere fra andre EØS-stater i større grad enn innenlandske arbeidstakere, og dermed risikerer å stille særlig arbeidstakere fra andre EØS-stater dårligere, med mindre den er objektivt begrunnet og står i rimelig forhold til målet som forfølges (se dom 3. mai 2006 i *ESA* mot *Norge*, E-3/05, avsnitt 56 og rettspraksis som det vises til der, jf. dom 15. juni 2023 i *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Classements spéciaux)*, C-132/22, EU:C:2023:489, avsnitt 29 og rettspraksis som det vises til der).

71 For at et tiltak skal kunne anses å innebære indirekte forskjellsbehandling, er det ikke nødvendig at det fører til en fordel for alle statsborgere i den aktuelle staten eller ulempe bare for statsborgere fra andre EØS-stater og ikke også egne statsborgere (jf. dommen i *Ministero dell 'Istruzione, dell' Università e della Ricerca (Classements spéciaux)*, C-132/22, sitert over, avsnitt 30 og rettspraksis som det vises til der). Det er heller ikke nødvendig å fastslå at den aktuelle bestemmelsen faktisk berører en vesentlig høyere andel migrantarbeidere. Det er tilstrekkelig at det kan ha en slik virkning (se dommen i *ESA* mot *Norge*, E-3/05, sitert over, avsnitt 56 og rettspraksis som det vises til der).

72 For at ulik behandling av arbeidstakere på grunnlag av deres ansettelsesordning skal kunne anses å innebære indirekte forskjellsbehandling etter EØS-avtalen artikkel 28, når nasjonal lovgivning påvirker alle arbeidstakere negativt såvel nordmenn som statsborgere fra andre EØS-stater, må den imidlertid etter selve sin art kunne ha større innvirkning på arbeidstakere som er statsborgere fra andre EØS-stater (jf. dom 13. mars 2019 i *Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach*, C-437/17, EU:C:2019:193, avsnitt 26 til 30).

73 Selv om ESA har pekt på muligheten for at det foreligger indirekte forskjellsbehandling under omstendigheter som i hovedsaken, foreligger det som påpekt av Kommisjonen ikke tilstrekkelige opplysninger i sakens dokumenter til at EFTA-domstolen kan konkludere med at tiltak som dem hovedsaken gjelder, som får anvendelse på alle arbeidstakere uavhengig av nasjonalitet, i seg selv kan ha større innvirkning på arbeidstakere fra andre EØS-stater enn innenlandske arbeidstakere.

74 Det er derfor opp til den anmodende domstolen å vurdere om tiltakene hovedsaken gjelder, innebærer indirekte forskjellsbehandling ved at de i seg selv kan ha større innvirkning på arbeidstakere fra andre EØS-stater enn innenlandske arbeidstakere. Dersom dette er tilfelle, utgjør de aktuelle tiltakene en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 28, som må rettferdiggjøres for å være forenlig med denne artikkelen. I så fall er betraktningene nedenfor om EØS-avtalen artikkel 31 like aktuelle i forbindelse med EØS-avtalen artikkel 28.

EØS-avtalen artikkel 31

Begrepet etablering

75 EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 fastsetter at det i samsvar med bestemmelsene i EØS-avtalen ikke skal være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal også gjelde adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse statenes territorium. Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 andre ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere.

76 Etter fast rettspraksis er etableringsretten ment å gi borgerne i EØS-statene mulighet til å delta, på en stabil og vedvarende måte, i det økonomiske liv i en annen medlemsstat enn sin egen og dra fordel av denne deltakelsen, og dermed bidra til den økonomiske velferden i EØS-området (se dom 19. april 2016 i *Holship*, E-14/15, avsnitt 109).

77 Etableringsadgangen etter EØS-avtalen artikkel 31, sammenholdt med EØS-avtalen artikkel 34, innebærer en rett for selskap som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innenfor EØS, til å fortsette sin virksomhet i en annen EØS-stat gjennom en filial etablert der (se dommen i *Holship*, E-14/15, sitert over, avsnitt 110).

78 Etableringsretten omfatter dermed særlig den situasjon der et selskap etablert i en EØS-stat oppretter et datterselskap i en annen EØS-stat. Det samme gjelder ifølge fast rettspraksis når et slikt selskap eller en statsborger i en EØS-stat erverver en eierandel i kapitalen i et selskap etablert i en annen EØS-stat som gjør det mulig for vedkommende å utøve en bestemmende innflytelse over selskapets beslutninger og treffe avgjørelser om dets virksomhet (jf. dom 22. september 2022 i *Admiral Gaming Network*, forente saker C-475/20 til C-482/20, EU:C:2022:714, avsnitt 37 og rettspraksis som det vises

til der).

79 Som det fremgår av de faktiske forholdene beskrevet i anmodningen, har et av bemanningsforetakene blant saksøkerne i hovedsaken ikke-norske eiere etablert i det europeiske økonomiske samarbeidsområdet. Bygg & Industri Norge har forklart at en av saksøkerne i hovedsaken er et datterselskap av et dansk morselskap.

80 Under slike omstendigheter, der et foretak etablert i en EØS-stat har opprettet eller kjøpt opp et datterselskap i en annen EØS-stat for å utøve sin virksomhet der, må EØS-avtalen artikkel 31 anses anvendelig.

81 Den norske stat har gjort gjeldende at siden det aktuelle datterselskapet allerede var etablert i Norge på tidspunktet da tiltakene hovedsaken gjelder trådte i kraft, kan det ikke påberope seg etableringsretten overfor disse tiltakene.

82 Dette argumentet må imidlertid avvises. Etableringsadgangen som EØS-avtalen artikkel 31 skal sikre, garanterer retten til å delta, på en stabil og vedvarende måte, i det økonomiske liv i EØS-staten etableringen finner sted. Dette fremgår særlig av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1, som uttrykkelig nevner både retten til å «starte» og «utøve» virksomhet i vertsstaten.

83 Etter EØS-avtalens bestemmelser om etableringsrett innebærer begrepet «etablering» at det faktisk utøves økonomisk virksomhet fra et fast forretningssted i vertsstaten på ubestemt tid. Begrepet forutsetter derfor at det aktuelle selskapet faktisk har etablert seg i den aktuelle EØS-staten og utøver økonomisk virksomhet der (jf. dom 2. september 2021 i *Institut des Experts en Automobiles*, C-502/20, EU:C:2021:678, avsnitt 32 og rettspraksis som det vises til der).

84 Nye vilkår for utøvelse av virksomhet som pålegges eksisterende økonomiske aktører som allerede er etablert i den aktuelle EØS-staten, kan derfor gjøre det mindre attraktivt eller til og med umulig å benytte seg av etableringsretten som EØS-avtalen artikkel 31 sikrer (jf. dom 20. desember 2017 i *Global Starnet*, C-322/16, EU:C:2017:985, avsnitt 36). Etableringsretten omfatter dermed ikke bare den innledende etableringen på markedet, men også den løpende forretningsvirksomheten.

85 Dersom EØS-avtalen artikkel 31 bare gjaldt restriksjoner innført før etableringen ble gjennomført i en EØS-stat, og denne EØS-staten deretter fritt kunne innføre restriksjoner etter at en økonomisk aktør først var etablert, ville etableringsretten lett kunne omgås.

86 Følgelig må det undersøkes om tiltak som dem hovedsaken gjelder, begrenser etableringsadgangen som EØS-avtalen artikkel 31 skal sikre.

Eksistensen av en restriksjon på etableringsretten

87 EØS-avtalen artikkel 31 forbyr enhver restriksjon på etableringsretten i det europeiske økonomiske området. Det er fast rettspraksis at begrepet «restriksjon» etter EØS-avtalen artikkel 31 omfatter tiltak som kan hindre eller gjøre det mindre interessant å

utøve de grunnleggende frihetene som EØS-avtalen sikrer, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet (se dommen i *Holship*, E-14/15, sitert over, avsnitt 115, jf. dom 21. desember 2016 i *AGET Iraklis*, C-201/15, EU:C:2016:972, avsnitt 48).

88 Begrepet omfatter dermed særlig tiltak truffet av en EØS-stat som, selv om de gjelder likt for alle, påvirker adgangen til markedet for foretak fra andre EØS-stater og dermed hindrer samhandelen i EØS-området (jf. dommen i *AGET Iraklis*, C-201/15, sitert over, avsnitt 49).

89 For at lovgivning skal anses som en restriksjon på etableringsretten, er det videre tilstrekkelig at den kan begrense utøvelsen av denne friheten, uten at det er nødvendig å bringe på det rene om den aktuelle lovgivningen faktisk har hatt til konsekvens at selskaper etablert i en annen EØS-stat har avstått fra å etablere, erverve eller opprettholde datterselskap i den aktuelle EØS-staten (jf. dom 1. juni 2022 i *PRA*, E-3/21, avsnitt 36).

90 Det fremgår av anmodningen at de omtvistede tiltakene gjelder bemanningsforetaks virksomhet. Lovendringene det vises til i anmodningen, som begrenser adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak, opphevet den generelle muligheten til å leie inn arbeidskraft når arbeidet er av midlertidig karakter. Dessuten ble det senere gitt en forskrift som forbød innleie fra bemanningsforetak for bygningsarbeid i et bestemt geografisk område, nemlig Oslo, Viken og tidligere Vestfold.

91 Bygg & Industri Norge gjør gjeldende at de har hatt økonomiske vanskeligheter siden de aktuelle tiltakene trådte i kraft. Alle saksøkerne i hovedsaken har lidd betydelige kontraktstap, både som følge av det totale forbudet mot innleie fra bemanningsforetak i byggebransjen, og fordi det ikke lenger er mulig å leie inn arbeidskraft for arbeid av midlertidig karakter.

92 Det synes å fremgå av omstendighetene i den foreliggende sak, noe den anmodende domstolen må kontrollere, at virksomheten til bemanningsforetakene i hovedsaken består i utleie av arbeidskraft, og at tiltak som dem hovedsaken gjelder sterkt begrenser utøvelsen av slik virksomhet. EFTA-domstolen påpeker også at det kan se ut som at det uttrykkelige formålet bak de aktuelle lovendringene var å redusere markedet for bemanningsforetak.

93 Under slike omstendigheter må det legges til grunn at de omtvistede tiltakene, som for det første begrenser bemanningsforetakenes adgang til å leie ut arbeidskraft når arbeidet er av midlertidig karakter, og for det andre forbyr innleie fra bemanningsforetak for bygningsarbeid i Oslo, Viken og tidligere Vestfold, kan hindre eller gjøre det mindre interessant å benytte seg av etableringsadgangen som EØS-avtalen artikkel 31 skal sikre. Derfor utgjør tiltak som dem hovedsaken gjelder, en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31.

Rettferdiggjøring

94 Det er fast rettspraksis at en restriksjon på etableringsadgangen kan rettferdiggjøres

enten etter EØS-avtalen artikkel 33 eller, dersom restriksjonen får anvendelse uavhengig av nasjonalitet, av tvingende allmenne hensyn, forutsatt at tiltaket er egnet til å sikre oppnåelsen av det fastsatte målet og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå det (se dommen i *Holship*, E-14/15, sitert over, avsnitt 121, og dommen i *PRA*, E-3/21, sitert over, avsnitt 39).

95 Det er fast rettspraksis at når kompetente myndigheter vedtar et tiltak som fraviker et prinsipp nedfelt i EØS-retten, i hvert enkelt tilfelle må vise at tiltaket er egnet til å oppnå målet som ble lagt til grunn, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det. Det må også påpekes at grunner som en EØS-stat påberoper seg som rettferdiggjøring, må ledsages av passende dokumentasjon eller en analyse av egnetheten og forholdsmessigheten av tiltaket vedkommende stat har truffet, samt konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter (se dom 5. mai 2021 i *N*, E-8/20, avsnitt 95 og rettspraksis som det vises til der).

96 Det må videre påpekes at rene generaliseringer om et gitt tiltaks mulighet for å nå de fastsatte målene ikke er nok til å vise at målet med tiltaket er egnet til å rettferdiggjøre unntak fra en av de grunnleggende frihetene i EØS-retten, og utgjør ikke bevis som gjør det mulig å fastslå med rimelighet at de valgte tiltakene er egnet til å nå dette målet (se dommen i *N*, E-8/20, avsnitt 104 og rettspraksis som det vises til der).

97 I denne sammenheng må det bemerkes at det faktum at en EØS-stat har valgt en annen ordning for beskyttelse enn den som er vedtatt i en annen EØS-stat, ikke har betydning for vurderingen av forholdsmessigheten av bestemmelsene vedtatt for dette formål. Disse bestemmelsene må vurderes utelukkende i lys av målene den berørte EØS-statens kompetente myndigheter forfølger og det beskyttelsesnivået de søker å sikre (se dom 16. mai 2017 i *Netfonds*, E-8/16, avsnitt 131 og rettspraksis som det vises til der).

98 I denne forbindelse må en EØS-stat som ønsker å påberope seg et formål som kan rettferdiggjøre en restriksjon på en grunnleggende frihet, legge frem alle bevis som er egnet til å sette domstolen som skal avgjøre forenligheten av en slik restriksjon i stand til å forvisse seg om at tiltaket faktisk er i samsvar med kravene som følger av forholdsmessighetsprinsippet (jf. dom 30. april 2014 i *Pfleger m.fl.*, C-390/12, EU:C:2014:281, avsnitt 50 og rettspraksis som det vises til der)

99 Den anmodende domstolen må derfor foreta en samlet vurdering av omstendighetene omkring vedtakelsen og gjennomføringen av en restriktiv lovgivning som den hovedsaken gjelder (jf. dommen i *Pfleger m.fl.*, C-390/12, sitert over, avsnitt 52).

Legitime formål

100 For det første må det undersøkes om det foreligger legitime formål som kan begrunne en restriksjon på etableringsadgangen som følge av tiltak som dem hovedsaken gjelder.

101 I anmodningen om en rådgivende uttalelse forklarer den anmodende domstolen at den norske stat anfører at den omtvistede restriksjonen kan begrunnes i formål som å beskytte relasjoner på arbeidsmarkedet og den berørte arbeidsstokkens legitime

interesser.

102 Under rettsmøtet gjorde den norske stat gjeldende at det overordnede målet med de omtvistede tiltakene var å begrense bruken av innleie fra bemanningsbyråer som fortrenger faste, direkte ansettelser, men enda viktigere at de underliggende formålene er å beskytte arbeidstakere, forebygge misbruk, sikre et velfungerende arbeidsmarked og ivareta arbeidstakernes helse og sikkerhet.

103 Det er fast rettspraksis at disse underliggende formålene, å beskytte arbeidstakere, forebygge misbruk, sikre et velfungerende arbeidsmarked og ivareta arbeidstakernes helse og sikkerhet, er legitime formål som kan påberopes for å begrunne en restriksjon på etableringsfriheten.

104 Den anmodende domstolen må derfor undersøke om tiltakene kan anses som et middel for å oppnå de legitime formålene om å beskytte arbeidstakere, forebygge misbruk, sikre et velfungerende arbeidsmarked og ivareta arbeidstakernes helse og sikkerhet.

105 I den utstrekning den anmodende domstolen konkluderer med at de omtvistede tiltakene kan begrunnes i legitime formål, må den videre undersøke om tiltakene er i samsvar med EØS-rettens forholdsmessighetsprinsipp som krever at slike tiltak er egnede til å oppnå målene som forfølges på en konsistent og systematisk måte og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dem (se dommen i *Netfonds*, E-8/16, sitert over, avsnitt 117 og 125 og rettspraksis som det vises til der).

Egnethet

106 Den anmodende domstolen må vurdere om tiltakene hovedsaken gjelder er egnede til å nå de fastsatte målene. Ved denne vurderingen må den anmodende domstolen vurdere om EØS-staten treffer, fremmer eller tolererer andre tiltak som går på tvers av målsetningene som de omtvistede tiltakene forfølger. Slik mangel på sammenheng kan gjøre tiltakene det gjelder uegnede til å oppnå de fastsatte målene (se dom 30. mai 2007 i *Ladbrokes*, E-3/06, avsnitt 50 og 51 og rettspraksis som det vises til der).

107 Det er EØS-staten som pålegger en restriksjon, som må godtgjøre at tiltakene den har truffet er egnede til å oppnå de oppgitte målene. Videre må både den nasjonale lovgivningen i sin helhet og de forskjellige relevante bestemmelsene virkelig gjenspeile et ønske om å oppnå målene som forfølges på en konsistent og systematisk måte (se dommen i *N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 93, jf. dom 15. oktober 2015 i *Grupo Itevelesa m.fl.*, C-168/14, EU:C:2015:685, avsnitt 76 og rettspraksis som det vises til der).

108 Det må minnes om at grunnene som kan påberopes av en EØS-stat må være ledsaget av en analyse av egnetheten til de vedtatte tiltakene samt konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter (se dommen i *N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 125 og rettspraksis som det vises til der).

109 I denne sammenheng må det påpekes, som forklart i anmodningen, at tiltakene hovedsaken gjelder, er underlagt visse unntak.

110 For det første fremgår det at i virksomheter som er bundet av en tariffavtale med en fagforening med innstillingsrett, dvs. minst 10 000 medlemmer, kan en arbeidsgiver og de tillitsvalgte som til sammen representerer et flertall av den arbeidstakerkategori innleien gjelder, inngå en skriftlig avtale om tidsbegrenset innleie uten hinder av vilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-9 annet ledd bokstav b til e.

111 For det andre er det tillatt med tidsbegrenset innleie av helsepersonell for å sikre forsvarlig drift av helse- og omsorgstjenester, når arbeidet er av midlertidig karakter.

112 For det tredje er det adgang til å leie inn «arbeidstakere med spesialkompetanse som skal utføre rådgivnings- og konsulenttjeneste i klart avgrenset prosjekt».

113 For det fjerde er de aktuelle tiltakene foreløpig ikke satt i kraft for «innleie til avløsning i jordbruksforetak» eller «innleie til kortvarig arrangement».

114 Bygg & Industri Norge har gjort gjeldende at det er manglende konsistens i utformingen av de aktuelle tiltakene fordi det finnes egne unntak for helsepersonell, enkelte deler av landbrukssektoren og spesialkonsulenter. Bygg & Industri Norge anfører at unntakene som åpner for innleie fra bemanningsforetak i helsesektoren, samtidig som den generelle muligheten for innleie når arbeidet er av midlertidig karakter er opphevet og innleie fra bemanningsforetak i byggebransjen er forbudt, er uforenlige med målet om å sikre et velfungerende arbeidsmarked gjennom å øke andelen faste og direkte ansettelser.

115 Den norske stat gjør imidlertid gjeldende at bestemmelsene i nasjonal lovgivning som tillater innleie fra bemanningsforetak når arbeidet er av midlertidig karakter for helsepersonell, er underlagt andre og strengere krav. Disse bestemmelsene er ment som en siste utvei. Hvis behovet for arbeidskraft kan dekkes gjennom andre former for arbeid, kan innleie ikke brukes. Den norske stat mener derfor at forskriften i denne bransjen ikke er sammenlignbar med det som ellers gjelder på andre områder.

116 ESA gjør gjeldende at unntakene fra forbudet mot bruk av innleie når arbeidet er av midlertidig karakter, bekrefter tiltakets manglende konsistens. Når det for eksempel gjelder unntaket som tillater bruk av innleie fra bemanningsforetak for arbeid av midlertidig karakter i helsesektoren, anfører ESA at dette ikke lett kan ses å være i samsvar med målet om å øke andelen faste ansettelser, siden det kan antas at behovet for arbeidskraft i denne sektoren er ganske konstant, i motsetning til for eksempel i reiselivsnæringen.

117 EFTA-domstolen påpeker at unntak fra bestemmelsene i en lov i visse tilfeller kan påvirke lovens konsistens, særlig når de på grunn av deres rekkevidde fører til et resultat som er i strid med lovens formål (jf. dom 21. juli 2011 i *Fuchs og Köhler*, forente saker C-159/10 og C-160/10, EU:C:2011:508, avsnitt 86 og rettspraksis som det vises til der).

118 Det bør særlig tas hensyn til formålet bak disse unntakene og konsekvensene de konkret har for oppnåelsen av målene som forfølges (jf. dom 23. mars 2023 i *Booky.fi*, C-662/21, EU:C:2023:239, avsnitt 55).

119 Under omstendigheter som i hovedsaken må det påpekes at hvis unntakene er av et slikt omfang at de tillater virksomhet av lignende art som virksomheter tiltakene skal begrense på grunn av deres angivelige skadevirkninger, kan slike tiltak ikke sies å forfølge de fastsatte målene på en tilstrekkelig konsekvent måte.

120 Det må derfor vurderes om unntakene fra de omtvistede tiltakene er av et slikt omfang at de hindrer oppnåelsen av målene som er lagt til grunn for å rettferdiggjøre den aktuelle restriksjonen (jf. dom 7. september 2022 i *Boriss Cilevičs m.fl.*, C-391/20, EU:C:2022:638, avsnitt 76). Slike unntak kan ikke være av et slikt omfang at de undergraver selve sammenhengen i tiltakene slik at målene som forfølges, ikke kan nås (jf. dom 11. mars 2021 i *Kommisjonen* mot *Ungarn (Marges bénéficiaires)*, C-400/19, EU:C:2021:194, avsnitt 51 og 52).

121 Som Kommisjonen påpekte under rettsmøtet, må det tas hensyn til om det finnes viktige unntak som ikke kan forklares i lys av målene som forfølges, men som snarere synes å være begrunnet i økonomiske eller administrative bekvemmelighetshensyn.

122 Det vil være opp til den anmodende domstolen å vurdere om de aktuelle tiltakene forfølger de påberopte målene på en virkelig konsistent og systematisk måte.

123 For at tiltakene hovedsaken gjelder skal anses gjennomført på en konsistent og systematisk måte med hensyn til de påberopte målene, må det godtgjøres at kategorien av arbeidstakere de utelukker fra sine begrensende virkninger, på relevant vis skiller seg fra andre kategorier av arbeidstakere som ikke utelukkes (jf. dom 24. februar 2022 i *TGSS (Chômage des employés de maison)*, C-389/20, EU:C:2022:120, avsnitt 62).

124 Det må særlig vurderes om kategoriene av arbeidstakere som ikke omfattes av restriksjonene, har de samme kjennetegn og arbeidsvilkår som kategoriene av arbeidstakere som omfattes av restriksjonene og dermed er utsatt for de samme risikoene. Hvis den anmodende domstolen kommer til at disse kategoriene arbeidstakere har lignende kjennetegn og arbeidsvilkår og er utsatt for samme risiko, men likevel behandles forskjellig under de omtvistede tiltakene, ville dette være en indikasjon på at tiltakene hovedsaken gjelder, ikke er gjennomført på en konsistent og systematisk måte (jf. dommen i *TGSS (Chômage des employés de maison)*, C-389/20, sitert over, avsnitt 64).

125 Når det gjelder mer generelt om de aktuelle tiltakene er egnede til å nå målene som forfølges, har Bygg & Industri Norge gjort gjeldende at det ikke er noen sammenheng mellom det å fremme direkte ansettelser og det å fremme faste ansettelser. Bygg & Industri Norge fremhever særlig at de ansatte i bemanningsforetakene i hovedsaken var fast ansatt i disse foretakene. Bygg & Industri Norge setter spørsmålstegn ved hvorfor det ikke er tilstrekkelig at de aktuelle arbeidstakerne er direkte ansatt i bemanningsforetaket. Bygg & Industri Norge påpeker at de omtvistede tiltakene i hovedsaken gjelder arbeidstakere som er fast ansatt i bemanningsforetakene som er parter i hovedsaken. Bygg & Industri Norge bemerker også at lignende regler som dem hovedsaken gjelder, ikke har blitt innført for tidsbegrensede arbeidsavtaler i tosidige arbeidsforhold.

126 Den norske stat har gjort gjeldende at det var konsistent å regulere innleie fra bemanningsforetak på en annen måte enn midlertidige ansettelser, noe som rett og slett skyldtes at det ikke var tilsvarende problemer med at midlertidig arbeid fortrengte direkte, faste stillinger i det norske arbeidsmarkedet. Problemet med fortrengning var begrenset til bruken av innleie fra bemanningsforetak.

127 ESA har gjort gjeldende at de ikke ser den nødvendige årsakssammenhengen mellom tiltakene hovedsaken gjelder og målet om å øke andelen faste og direkte ansettelser. Etter ESAs oppfatning kan dette like gjerne føre til mer midlertidig arbeid, mer deltidsarbeid, mer overtidsarbeid, flere selvstendig næringsdrivende, mer utkontraktering og flere oppsigelser. ESA klarer heller ikke å se sammenhengen mellom det å redusere bruken av innleie fra bemanningsforetak og det å øke andelen faste ansettelser når hovedregelen i Norge er at også innleide arbeidstakere har faste arbeidsavtaler med bemanningsforetak.

128 I denne forbindelse må det påpekes at selv om det i punkt 15 i fortalen til direktiv 2008/104 fremheves at arbeidsavtaler uten tidsbegrensning er den vanlige formen for ansettelsesforhold, står det videre at når det gjelder arbeidstakere som har en arbeidsavtale uten tidsbegrensning med bemanningsforetaket, og med tanke på det særlige vernet en slik avtale gir, bør det gis mulighet til å tillate unntak fra reglene som gjelder i brukerforetaket. Som sådant erkjenner direktivet at utleide arbeidstakere med fast avtale med deres bemanningsforetak ikke er i samme situasjon som arbeidstakere uten slik fast avtale.

129 Direktiv 2008/104 er utformet med sikte på å forene målet om fleksibilitet som bedriftene ønsker og målet om sikkerhetfor så vidt angår beskyttelse av arbeidstakere. Dette todelte formålet oppfyller dermed lovgivers intensjon om å bringe vilkårene for innleie fra bemanningsforetak nærmere «normale» ansettelsesforhold, særlig tatt i betraktning av at lovgiver i punkt 15 i fortalen til direktiv 2008/104 uttrykkelig har presisert at arbeidsavtaler uten tidsbegrensning er den vanlige formen for ansettelse. Direktivet har dermed også til formål å stimulere innleide arbeidstakeres adgang til fast ansettelse i brukerforetaket (jf. dom 22. juni 2023 i *ALB FILS Kliniken*, C-427/21, EU:C:2023:505, avsnitt 54 og rettspraksis som det vises til der). Videre må EØS-statene etter direktivet artikkel 5 nr. 5 treffe tiltak for å bevare den midlertidige karakteren av innleie av arbeidskraft og forhindre flere påfølgende oppdrag for samme arbeidstaker i samme brukerforetak (jf. dom 14. oktober 2020 i *KG (Missions successives dans le cadre du travail intérimaire)*, C-681/18, EU:C:2020:823, avsnitt 72).

130 Det vil være opp til den anmodende domstolen, når den skal vurdere de aktuelle tiltakenes egnethet, å vurdere om disse tiltakene forfølger sine mål på en konsistent og systematisk måte når de også omfatter innleide arbeidstakere som har faste avtaler med sine bemanningsforetak.

131 Når det gjelder relevansen av det geografiske virkeområdet for vurderingen av de aktuelle tiltakenes egnethet, må den anmodende domstolen vurdere om det foreligger forskjeller som på relevant vis atskiller innleide arbeidstakeres situasjon med hensyn til de målene som forfølges, og den risiko de er utsatt for i de områdene som ikke omfattes

av det geografiske forbudet fastsatt i de aktuelle tiltakene, i forhold til de områdene som omfattes av deres virkeområde.

Nødvendighet

132 Til slutt må den anmodende domstolen vurdere om de omtvistede tiltakene går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå de legitime formålene som forfølges. Dette innebærer at de valgte tiltakene ikke må kunne erstattes med et alternativt tiltak som vil være like nyttig, men mindre inngripende i de grunnleggende frihetene som EØS-avtalen sikrer (se dommen i *N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 94 og rettspraksis som det vises til der).

133 Det må minnes om at grunnene som kan påberopes av en EØS-stat som rettferdiggjøring, må være ledsaget av en analyse av egnetheten av de vedtatte tiltakene samt konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter (se dommen i *N*, E-8/20, sitert over, avsnitt 125 og rettspraksis som det vises til der).

134 Når det gjelder spørsmålet om det fantes mindre inngripende tiltak som hadde kunnet sikre oppnåelse av de påberopte målene, har den norske stat forklart at den ba høringsinstansene om å komme med forslag til alternative tiltak, men at den etter å ha vurdert hvert forslag nøye kom til at ingen av dem ville kunne hindre at bruken av innleie fra bemanningsforetak fortrengte direkte, faste ansettelser like effektivt som de aktuelle tiltakene. Særlig viser den norske stat til det nasjonale arbeidstilsynets vanskeligheter med å føre kontroll med bestemmelsen om utleie for arbeid av midlertidig karakter.

135 I denne forbindelse må det nevnes at en påstått vanskelighet med å kontrollere en virksomhet og håndheve reglene som gjelder ikke i seg selv kan utgjøre en tilstrekkelig begrunnelse for nødvendigheten av et totalforbud med mindre slike problemer er av en særlig alvorlig art. Det er fast rettspraksis at restriksjoner på bevegelsesfriheten ikke kan begrunnes i en generell presumsjon om ulovlig atferd (jf. dom 19. desember 2012 i *Kommisjonen* mot *Belgia*, C-577/10, EU:C:2012:814, avsnitt 53, og dom 25. april 2024 i *Edil Work 2 og S.T.*, C-276/22, EU:C:2024:348, avsnitt 48).

136 For å rettferdiggjøre forbudet hovedsaken gjelder, har den norske stat særlig vist til EFTA-domstolens rettspraksis om at EØS-statene ikke kan nektes muligheten til å oppnå et formål ved å innføre generelle og ukompliserte regler som det vil være lett for allmennheten å forstå og anvende og for kompetente myndigheter å forvalte og kontrollere (se dommen i *LDL*, E-5/23, sitert over, avsnitt 93 og rettspraksis som det vises til der). EFTA-domstolen påpeker imidlertid at denne rettspraksisen ikke kan påberopes for å forby en virksomhet i sin helhet bare fordi det er enklere enn å regulere og håndheve reglene som gjelder. I så fall ville kravet om tiltakets nødvendighet lett kunne bli undergravd.

137 Når det gjelder betydningen av forbudets geografiske og bransjespesifikke art, må det avklares om situasjonene innenfor og utenfor virkeområdet for de aktuelle tiltakene på relevant vis skiller seg fra hverandre. Hvis kjennetegnene ved og risikoene i andre

områder eller bransjer er like, men likevel er underlagt mindre inngripende tiltak, kan dette være en indikasjon på at forbudet for det bestemte geografiske området og den bestemte bransjen kan erstattes av slike mindre inngripende tiltak.

IV SAKSOMKOSTNINGER

138 Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør et ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstolen, ligger det til denne domstolen å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene. Omkostninger som er påløpt i forbindelse med inngivelsen av innlegg for EFTA-domstolen, annet enn partenes omkostninger, kan ikke kreves dekket.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

1. **Artikkel 4 nr. 1 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid må tolkes slik at bestemmelsen for det første bare er rettet mot kompetente myndigheter i EØS-statene, og pålegger dem en gjennomgåelsesplikt for å sikre at eventuelle forbud mot eller restriksjoner på bruk av innleie fra bemanningsforetak er begrunnet. For det andre pålegger ikke denne bestemmelsen nasjonale domstoler noen plikt til ikke å anvende en nasjonal rettsregel som inneholder forbud mot eller restriksjoner på bruk av innleie fra bemanningsforetak som ikke er begrunnet med allmenne hensyn som nevnt i artikkel 4 nr. 1 i nevnte direktiv.**

2. **Det er opp til den anmodende domstolen å vurdere om tiltakene hovedsaken gjelder, utgjør en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 i relasjon til et rekrutteringsbyrå etablert i en EØS-stat som yter sine tjenester til bemanningsforetak som er etablert i en annen EØS-stat, og i relasjon til de bemanningsforetakene som mottar byråets tjenester, eller om eventuelle begrensende virkninger er for usikre og indirekte.**

3. **Det er opp til den anmodende domstolen å vurdere om tiltakene hovedsaken gjelder, innebærer indirekte forskjellsbehandling ved at de i seg selv kan ha større innvirkning på arbeidstakere som er statsborgere fra andre EØS-stater enn på innenlandske arbeidstakere. Dersom dette er tilfelle, utgjør de aktuelle tiltakene en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 28, som må rettferdiggjøres for å være forenlig med denne artikkelen.**

4. **Under omstendigheter som i hovedsaken, der virksomheten til et bemanningsforetak som er datterselskap av et morselskap etablert i en annen EØS-stat, er underlagt restriksjoner etter nasjonal lovgivning,**

foreligger det en restriksjon på etableringsretten som EØS-avtalen artikkel 31 skal sikre.

5. **En restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31 under omstendigheter som i hovedsaken kan i prinsippet rettferdiggjøres av tvingende allmenne hensyn særlig knyttet til vern av innleide arbeidstakere, krav til helse og sikkerhet på arbeidsplassen eller behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk. Det er opp til den anmodende domstolen å identifisere hvilke formål tiltakene i hovedsaken faktisk forfølger.**

6. **Det er opp til den anmodende domstolen å vurdere om tiltakene hovedsaken gjelder, er i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet etter EØS-retten. For det første må den anmodende domstolen undersøke om tiltakene er egnede til å sikre oppnåelsen av de fastsatte målene på en konsistent og systematisk måte. For det andre må den anmodende domstolen vurdere om de omtvistede tiltakene går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå de legitime formålene som forfølges, og om de kan erstattes av alternative tiltak som vil være like nyttige, men mindre inngripende i de grunnleggende frihetene som EØS-avtalen sikrer.**

Páll Hreinsson Bernd Hammermann Michael Reiertsen

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 20. november 2024.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President