RETTSMØTERAPPORT

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 saken 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.

I Innledning

1. Ved brev 26. januar 2024, registrert ved EFTA-domstolen samme dag, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i saken den har til behandling mellom Bygg & Industri Norge AS m.fl. og staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

2. Saken for Oslo tingrett gjelder hvorvidt visse nasjonale regler som begrenser adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak, er forenlige med Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS»).

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. 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.*

4. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid («direktivet») (EUT 2008 L 327, s. 9; EØS-tillegg 2016 nr. 64 s. 138) 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. Forfatningsrettslige krav angitt av Island og Liechtenstein, ble oppfylt 4. mars 2013, og beslutningen trådte i kraft 1. mai 2013.

5. Direktivet artikkel 4 nr. 1 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.*

Nasjonal rett[1]

6. Ifølge den anmodende domstol 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 dersom bestemte vilkår er oppfylt.

7. Vilkårene for innleie fra bemanningsforetak er regulert i arbeidsmiljøloven § 14-12. Det følger av § 14-12 første ledd at innleie fra bemanningsforetak er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav b til e. Ifølge den anmodende domstol 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.

8. Det følger 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 første ledd bokstav b til e.

9. Etter forskrift 11. januar 2013 nr. 3 om innleie fra bemanningsforetak («innleieforskriften») § 3 første ledd bokstav a er det også tillatt med innleie av

[1] Alle engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle.

helsepersonell for å sikre forsvarlig drift av helse- og omsorgstjenester, når arbeidet er av midlertidig karakter. Det er dessuten adgang til å leie inn «arbeidstakere med spesialkompetanse som skal utføre rådgivnings- og konsulenttjeneste i klart avgrenset prosjekt», jf. forskriften § 3 første ledd bokstav b.

10. Innleieforskriften § 4 fastsetter et forbud mot innleie 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.*

III Faktum og saksgang

11. Bygg & Industri Norge AS m.fl. er bemanningsforetak hjemmehørende i Norge. Ett av disse foretakene har utenlandske eiere hjemmehørende innenfor EØS. Samtlige av saksøkerne i hovedsaken leier ut arbeidskraft i Norge til foretak som er hjemmehørende i Norge. Noen av saksøkernes ansatte er borgere fra andre EØS-stater, og noen av dem er ikke bosatt i Norge.

12. Saksøkerne hevder at nylige endringer i norsk lovgivning om innleie fra bemanningsforetak er i strid med EØS-avtalen artikkel 36 om fri bevegelighet av tjenester.

13. Stortinget vedtok i desember 2022 regler som begrenser adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak. Denne endringen opphevet den generelle adgangen til å leie inn arbeidskraft når arbeidet er av midlertidig karakter. Det er imidlertid fortsatt adgang til å leie inn arbeidskraft i flere situasjoner, for eksempel vikarer eller etter avtale mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte i virksomheten i samsvar med norsk rett.

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

15. Ovennevnte lov- og forskriftsendringer trådte i kraft 1. april 2023, med overgangsordninger frem til 1. juli 2023. Saksøkerne hevder at deres adgang til å leie ut arbeidskraft har blitt begrenset av disse reglene, og at dette har påført dem et økonomisk tap.

16. 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.**

17. 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.

18. Den 22., 23. og 24. mai 2024 ble svar på tiltakene for tilrettelegging av rettergangen mottatt fra Bygg & Industri Norge AS m.fl., den norske stat, den tyske regjeringen, EFTAs overvåkningsorgan og Europakommisjonen.

IV Skriftlige innlegg

19. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 90 nr. 1 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

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

- 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 and Gero Meessen, som partsrepresentanter,

V Fremsatte forslag til svar

Bygg & Industri Norge AS m.fl.

20. Bygg & Industri Norge AS m.fl. anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

> *Det faktum at bemanningsforetak fra Norge eller en annen EØS-stat yter sine tjenester i Norge ved å benytte ansatte som er statsborgere i andre EØS-stater, sammen med bemanningsforetakenes rett til å motta tjenester fra foretak som er hjemmehørende i en annen EØS-stat, og det faktum at andre bemanningsforetak er forhindret fra å komme inn på det norske markedet for å yte sine tjenester til innenlandske eller utenlandske EØS-baserte foretak, utgjør grenseoverskridende elementer som åpner for utøvelse av EØS-avtalens grunnleggende friheter.*
>
> *Målet om å øke andelen faste, direkte ansettelser og dermed i realiteten redusere bruken av innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak, er ikke et legitimt mål i seg selv som kan begrunne et unntak fra en grunnleggende EØS-frihet i form av et absolutt forbud mot innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak, eller ved sterkt å begrense retten til å leie ut arbeidskraft for arbeid av midlertidig karakter. Dette målet kan følgelig ikke utgjøre et allment hensyn eller et tvingende allment hensyn som kan begrunne en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 eller noen annen grunnleggende frihet i EØS-avtalen.*
>
> *Tiltakene staten har truffet, både endringene i arbeidsmiljøloven og i forskriften om innleie fra bemanningsforetak, er verken egnede, konsekvente eller nødvendige for å nå de målene som forfølges, og utgjør derfor et unntak fra tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 eller andre grunnleggende friheter nedfelt i EØS-avtalen som ikke kan begrunnes. Staten har ikke dokumentert at innleie har de negative konsekvensene staten legger til grunn, og den har uansett ikke vist at de gjennomførte tiltakene faktisk har de tilsiktede virkningene. Teoretiske betraktninger eller udokumenterte fakta som angivelig viser at det er nødvendig at forbudene er så vidtrekkende, er irrelevante for vurderingen av om tiltakene er forholdsmessige. Det geografiske og bransjespesifikke forbudet mot innleie av arbeidskraft kan ikke i noe tilfelle anses som egnet, konsekvent eller nødvendig, og er derfor i strid med EØS-avtalen artikkel 36 og andre grunnleggende friheter nedfelt i EØS-avtalen.*

Den norske stat

21. Den norske stat anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

> *Nasjonaliteten til personer som er ansatt hos en tjenesteyter, er ikke relevant for vurderingen av om det foreligger en grenseoverskridende situasjon i relasjon til tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36.*
>
> *Nasjonale forbud mot og restriksjoner på innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak, som dem hovedsaken gjelder, utgjør ikke en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36.*
>
> *Målet om å øke andelen faste, direkte ansettelser er et legitimt mål som kan begrunne en restriksjon på tjenestefriheten i form av forbud mot og restriksjoner på innleie av arbeidskraft.*
>
> *En restriksjon i form av et geografisk og bransjespesifikt forbud mot innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak kan begrunnes med allmenne hensyn.*

Tysklands regjering

22. Tysklands regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

> *Ettersom det ikke foreligger noe grenseoverskridende element, får EØS-avtalen artikkel 36 ikke anvendelse på situasjoner der utleie av arbeidskraft ytes av et bemanningsforetak som er hjemmehørende i samme EØS-stat som den staten der tjenesten ytes, uten hensyn til om bemanningsforetakets ansatte er statsborgere i en annen EØS-stat.*
>
> *Beskyttelsen av gode relasjoner på arbeidsmarkedet, den berørte arbeidsstokkens rettmessige interesser, utbedringen av en sektorspesifikk dysfunksjonell del av arbeidsmarkedet der innleie fra bemanningsforetak er særlig utbredt, og fremme av tosidige arbeidsforhold som alminnelig ansettelsesform, utgjør legitime hensyn som kan begrunne restriksjoner på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36 i form av forbud mot og begrensninger på innleie av arbeidskraft.*
>
> *Spesifikke geografiske og sektorspesifikke forhold kan gjøre restriksjoner på og forbud mot bemanningsforetaks virksomhet i en bestemt sektor og/eller region både egnet og nødvendig for å ivareta legitime tvingende allmenne hensyn.*

ESA

23. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

1. *Det foreligger et grenseoverskridende element i relasjon til EØS-avtalen artikkel 36 i en situasjon som i den foreliggende sak, der et bemanningsforetak fra en EØS-stat som leier ut arbeidskraft til foretak i samme EØS-stat, har ansatte som er statsborgere i andre EØS-stater. Et slikt grenseoverskridende element er også til stede ved anvendelsen av EØS-avtalen artiklene 28 og 31.*

   Uansett krever vikarbyrådirektivet ikke at det foreligger et grenseoverskridende element.

2. *Restriksjoner som følger av nasjonal lovgivning, kan bare begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn dersom det etter en samlet vurdering av omstendighetene rundt vedtakelsen og gjennomføringen av denne lovgivningen kan fastslås at målene som faktisk forfølges, er legitime.*

   Vikarbyrådirektivet artikkel 4 nr. 1 og EØS-avtalen artiklene 36, 28 og 31 er til hinder for nasjonal lovgivning som den hovedsaken gjelder, som fjerner den generelle adgangen til å leie inn arbeidskraft fra bemanningsforetak når arbeidet er av midlertidig karakter, og som forbyr all innleie av arbeidskraft fra bemanningsforetak til bygningsarbeid på byggeplasser i Oslo, Viken og tidligere Vestfold, med sikte på å redusere innleiens omfang og rolle generelt for å øke andelen faste, direkte ansettelser, fordi slik lovgivning forfølger ikke et legitimt mål.

3. *Ved vurderingen av forholdsmessigheten ved restriksjoner som i den foreliggende sak, må det vises at restriksjonene reelt reflekterer et ønske om å nå det påberopte målet på en konsekvent og systematisk måte, at de er egnede og nødvendige for å nå det legitime målet som forfølges, og at de ikke kan erstattes av alternative tiltak som vil være like nyttige, men som vil innebære mindre inngripende restriksjoner på EØS-rettens grunnleggende friheter.*

   Nasjonal lovgivning som den hovedsaken gjelder, er ikke egnet, konsekvent og/eller nødvendig for å ivareta målet om å redusere innleiens omfang og rolle generelt for å øke andelen faste, direkte ansettelser.

Kommisjonen

24. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmålene på følgende måte:

1. *Det at et bemanningsforetak fra en EØS-stat som leier ut arbeidskraft til foretak i samme EØS-stat, har ansatte som er statsborgere i andre EØS-stater, er ikke i seg selv avgjørende ved vurderingen av om det foreligger et grenseoverskridende element i en tvist som behandles i en domstol i en EØS-stat. Dersom etableringen av bemanningsforetaket innebærer at etableringsretten utøves i en annen EØS-stat, foreligger det imidlertid klart et grenseoverskridende element.*

2. *I det minste kan allmenne hensyn særlig knyttet til vern av arbeidskraft fra bemanningsforetak, krav til helse og sikkerhet på arbeidsplassen og behovet for å sikre et velfungerende arbeidsmarked og forebygge misbruk, påberopes av en EØS-stat for å begrunne restriksjoner, etter EØS-avtalen artikkel 31, på bruken av innleie, forutsatt at henvisningen til disse hensynene ikke er generell eller abstrakt, og at den nasjonale regelen som skal vurderes, faktisk ble vedtatt for å forfølge disse målene.*

3. *Ved vurdering av om restriksjoner, etter EØS-avtalen artikkel 31, på bruken av innleie fra bemanningsforetak er egnet og nødvendig for å nå de oppgitte målene, er det opp til den anmodende domstol å undersøke om den berørte EØS-stat har godtgjort at den nasjonale regelen som skal vurderes, er egnet til å sikre på en konsekvent og systematisk måte at minst ett av de oppgitte målene nås for hver sektor og hvert geografiske område den får anvendelse på, og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette målet.*

Páll Hreinsson
Saksforberedende dommer