



Uit

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## **EØS-avtalens betydning ved allmenngjøring av lønnsvilkår i norske tariffavtaler.**

*Avhandlingen omhandler adgangen til å allmenngjøre lønnsvilkår i norske tariffavtaler, i lys av EU/EØS-retten. Formålet er å belyse hvilke lønnsselementer som inngår i minstelønnsbegrepet etter utsendingsdirektivets artikkel 3.*

**Ragnar Helmersen Aas**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap, desember 2017*





# Innholdsfortegnelse

<b>1 Innledning</b> .....	1
1.1 Avhandlingens problemstilling og aktualitet .....	1
1.2 Utviklingslinjer – Regulering av minstelønn før og etter EØS-avtalen .....	2
1.3 Avgrensninger .....	5
1.4 Veien videre .....	5
<b>2 Rettskildesituasjonen</b> .....	6
2.1 EØS-avtalen artikkel 36 .....	6
2.2 Direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere .....	7
2.2.1 Generelt .....	7
2.2.2 Hjemmelskravet i utsendingsdirektivet .....	8
2.2.3 Utsendingsdirektivets krav til harmonisering .....	9
2.2.4 Lovvalgdirektiv .....	10
2.3 Rettspraksis fra EU/EFTA-domstolen om minstelønnsbegrepet .....	11
2.4 Norsk lovgivning om innholdet i minstelønnsbegrepet .....	11
2.4.1 Generelt .....	11
2.4.2 Lønnsbegrepet etter norsk rett .....	12
2.4.3 Allmenngjøringsloven .....	13
2.4.4 Forskrift om utsendte arbeidstakere .....	13
<b>3 Forholdet mellom artikkel 36 og utsendingsdirektivet</b> .....	14
3.1 Innledning .....	14
3.2 Restriksjonsforbudet .....	16
3.2.1 Utgangspunktet etter primærretten .....	16
3.2.2 Primærrettens betydning for sekundærlovgivningen .....	17
3.3 Oppsummering .....	19
<b>4 Vurderingen etter EØS-avtalen artikkel 36</b> .....	20
4.1 Innledning .....	20

4.2	Rettferdiggjøringstesten .....	20
4.2.1	Legitime hensyn .....	21
4.2.2	Diskrimineringsforbudet .....	21
4.2.3	Proporsjonalitetsvurderingen.....	23
4.2.4	Respekten for de grunnleggende rettighetene .....	24
4.3	Oppsummering .....	25
<b>5</b>	<b>Minstelønn etter utsendingsdirektivet.....</b>	<b>25</b>
5.1	Innledning.....	25
5.2	«Minimum rates of pay» i artikkel 3 nr. 1 bokstav c) .....	25
5.3	Forholdet til artikkel 3 nr. 1 annet ledd .....	27
5.4	Forholdet til artikkel 3 nr. 7 første og annet ledd.....	29
5.4.1	Artikkel 3 nr. 7 første ledd .....	29
5.4.2	Artikkel 3 nr. 7 annet ledd.....	30
5.5	Forholdet mellom artikkel 3 nr. 1 bokstav c) og artikkel 3 nr. 10.....	30
5.6	Oppsummering .....	32
<b>6</b>	<b>Lønnelementer omfattet av minstelønnsbegrepet i utsendingsdirektivet.....</b>	<b>33</b>
6.1	Innledning.....	33
6.2	Grunnlønn - «Basic salary».....	33
6.2.1	Timelønn og lønnsklasser.....	34
6.2.2	Tilgjengelighets og klarhetskravet .....	35
6.3	Overtid - «Overtime rates».....	36
6.4	Tillegg til grunnlønnen - «Bonuses and other supplements».....	37
6.4.1	Generelt .....	37
6.4.2	Skifttillegg.....	40
6.4.3	Kveldstillegg .....	41
6.4.4	Helgetillegg .....	41
6.4.5	Høytids- og helligdagstillegg .....	42

6.5	Utenbystillegg .....	43
6.6	Utgifter til arbeidstøy .....	44
6.7	Utgifter til reise, kost og losji «Mobility- related payments» .....	45
6.7.1	Dagpenger «daily allowance» .....	47
6.7.2	Dekning av kostnader for overnatting (losji) «accommodation».....	48
6.7.3	Norsk rett om dekning av kostnader for reise, kost og losji.....	48
6.7.4	Matkuponger «meal vouchers» .....	50
6.7.5	Kompensasjon for daglig reisetid «Compensation for daily travelling time»....	51
6.8	Feriepenger «holiday pay» .....	51
6.9	Oppsummering .....	52
<b>7</b>	<b>Avsluttende merknader</b> .....	<b>54</b>
7.1	Generelt .....	54
7.2	Veien videre .....	54
	<b>Litteraturliste</b> .....	<b>56</b>
	Lover, forskrifter og forarbeider .....	56
	Traktater, direktiver og forordninger.....	58
	Rettspraksis .....	59
	Juridisk teori .....	61
	Rapporter og vedtak .....	62
	Nettressurser .....	63

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens problemstilling og aktualitet

Bakgrunnen for valget av tema i denne avhandlingen er hvilken frihet staten har til å allmenngjøre lønsvilkår ovenfor utsendte arbeidstakere som sendes til Norge på midlertidige arbeidsoppdrag. Det er særlig aktuelt å se på hvilken betydning utsendingsdirektivets<sup>1</sup> «minimum rates of pay» har for definisjonen av det norske lønnsbegrepet på dette området.

Etter at Norge gjennom EØS-avtalen tok del i EUs indre marked, har statens frihet til å vedta nasjonale bestemmelser om lønsvilkår blitt innskrenket, som følge av at det kan utgjøre en restriksjon på reglene om fri flyt av tjenester i det indre marked. Dersom man ser utelukkende på reglene om fri flyt av tjenester, vil land med lavere lønnskostnader kunne sende sine arbeidstakere til Norge og tilby tjenester til en vesentlig lavere pris enn hva norske bedrifter kan. Dette skaper tøff konkurranse for norske bedrifter og norsk arbeidskraft. Gjennom utsendingsdirektivet artikkel 3 gis medlemsstatene i EU/EØS mulighet til å regulere lønns- og arbeidsvilkår for utsendte arbeidstakere.

I Norge møtte man utfordringen dette kunne få for norske lønninger gjennom allmenngjøringsloven.<sup>2</sup> På nærmere angitte vilkår kan Tariffnemnda i kraft av allmenngjøringsloven, vedta å gjøre en tariffavtale<sup>3</sup> allmenngyldig. Da vil de delene av tariffavtalen som angår lønns- og arbeidsvilkår gjøres gjeldende for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art som avtalen regulerer.<sup>4</sup> Dette vil bidra til likebehandling av norske og utenlandske arbeidstakere.

Minstelønnsbegrepets faktiske omfang og den politiske debatten om utsendingsdirektivet er svært aktuell. Arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene<sup>5</sup> har ulike oppfatninger om hva

---

<sup>1</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet).

<sup>2</sup> Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

<sup>3</sup> Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven) § 1 bokstav e) *tariffavtale: «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønsvilkår eller andre arbeidsforhold».*

<sup>4</sup> Allmenngjøringsloven § 5.

<sup>5</sup> Fag- og arbeidsgiverorganisasjonene om reise, kost og losji: NHO: <https://www.nho.no/Politikk-og-analyse/Arbeidslivspolitik/esa-folger-nhos-syn/> (sist besøkt 20.12.17) LO: <http://www.lo.no/Brussel/Nyheter/ESA-og-Hoyesterett-Over-til-partene/> (sist besøkt 20.12.17)

som er minstelønn etter direktivet. Uenigheten må anses å ha nådd sitt toppunkt da NHO klaget staten inn for ESA<sup>6</sup> etter Høyesteretts dom i *STX-saken*.<sup>7</sup> Problemstillingen har imidlertid ikke bare versert i det norske rettssystem og vært gjenstand for politisk debatt. Internasjonalt har også andre EU/EØS-stater hatt problemer knyttet til tolkningen av direktivet. Dette vil vise seg blant annet gjennom EU-domstolens praksis som benyttes i avhandlingen. Saken *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>8</sup> er sentral, da dette er den seneste dommen hvor EU-domstolen tolket minstelønnsbegrepet i utsendingsdirektivet.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er å se på hvilken adgang staten har til å allmenngjøre lønsvilkår i tariffavtaler, uten å komme i konflikt med forpliktelsene etter EØS-avtalen og utsendingsdirektivet. Jeg vil spesielt vurdere hvilke lønselementer som kan inngå i beregningen av minstelønn etter utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav c. Regelverket for utsendte arbeidstakere er komplisert, men gjennom avhandlingen søkes det å gi svar på hvordan direktivet skal tolkes og dermed belyse hva som er gjeldende rett i EU/EØS.

## **1.2 Utviklingslinjer – Regulering av minstelønn før og etter EØS-avtalen**

I tiden før allmenngjøringsloven trådte i kraft ble problemstillingen med utenlandske arbeidstakere som utfordret norsk lønnsnivå, regulert gjennom en avtale fra 1975 mellom LO og NHO.<sup>9</sup> Bakgrunnen for avtalen var St.meld.nr.39 (1973-1974) om innvandringspolitikken. Avtalen gav retningslinjer ved søknad om å få benytte seg av utenlandsk arbeidskraft på kortvarige arbeidsoppdrag, og fremgangsmåte ved behandling av lønns- og arbeidsvilkår. Det ble stilt som forutsetning for utstedelse av arbeidstillatelse, at de utenlandske arbeidstakerne fikk likeverdige lønns- og arbeidsvilkår som de norske arbeidstakerne.<sup>10</sup>

I forbindelse med lovforslaget i forkant av allmenngjøringsloven, ble det vurdert hvilke utfordringer ratifikasjonen av EØS-avtalen ville medføre. Det ville for fremtiden bli stilt

---

<sup>6</sup> European Surveillance Authority – EFTA statenes overvåkningsorgan.

<sup>7</sup> Rt. 2013 s. 258 (heretter *STX-saken*).

<sup>8</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry v Elektrobudowa Spolka Akcyjna* (heretter *Sähköalojen ammattiliitto*).

<sup>9</sup> Kjell Asbjørn Skjærvø, *Et alternativ til dagens allmenngjøringsordning*, Rapport til Fellesforbundet januar 2011 s. 12 - som i fotnote 13 viser til - «Avtale mellom Landsorganisasjonen i Norge og Norsk Arbeidsgiverforening om retningslinjer for framgangsmåten ved behandling av lønns- og arbeidsvilkår m v ved søknader om å få benytte utenlandsk arbeidskraft på tidsbegrensete oppdrag i Norge. 25. februar 1975.».

<sup>10</sup> Ot.prp.nr.26 (1992-1993), s. 3.

strengere krav til myndighetene for å videreføre prinsippet om likebehandling mellom norske og utenlandske arbeidstakere, noe som tidligere lå til arbeidslivets parter og deres avtaler.<sup>11</sup> I det samme forarbeidet ble det vist til en uttalelse fra regjeringen hvor det ble fremholdt at det måtte sikres at EØS-avtalen ikke fikk utilsiktede virkninger.<sup>12</sup> Dette skulle skje gjennom å fremme et lovforslag der siktemålet var å hindre at EØS-avtalen fikk en negativ virkning, ved at utenlandske arbeidstakere kunne komme til Norge på lønns- og arbeidsvilkår som var vesentlig dårligere enn for norske arbeidstakere.<sup>13</sup>

Den 1. januar 1994, trådte både EØS-avtalen<sup>14</sup> og allmenngjøringsloven i kraft. Gjennomføringen av EØS-avtalen innebar at Norge for fremtiden ble underkastet avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester. Samtidig førte avtaleinngåelsen til at staten måtte frafalle det tidligere kravet om arbeidstillatelse.<sup>15</sup> Undertegningen av EØS-avtalen medførte dermed en innskrenkning i hva lovgiver kunne regulere av lønns- og arbeidsvilkår.<sup>16</sup> Dette kunne slått negativt ut både for norske arbeidstakere og ikke minst for norsk næringsliv. Samtidig gav det staten, i tråd med EØS-avtalen, en mulighet til å fastsette nasjonale regler for lønns- og arbeidsvilkår, forutsatt at disse ikke virket diskriminerende mot arbeidstakere/arbeidsgivere fra andre EØS-land.<sup>17</sup>

Den vide adgangen for en medlemsstat til å gjennomføre nasjonale tiltak, eksempelvis ved kollektive arbeidsavtaler som skulle sikre lønns- og arbeidsvilkår for utsendte arbeidstakere, ble fastslått av EU-domstolen i et obiter dictum i saken *Rush Portuguesa*.<sup>18</sup> Ved utformingen av allmenngjøringsloven måtte det tas hensyn til ikke-diskrimineringsprinsippet i EF, noe som innebar at loven måtte gjelde på lik linje for både organiserte, uorganiserte og utenlandske arbeidstakere.<sup>19</sup> I tiden etter at staten gjennomførte EØS-avtalen i norsk rett, vedtok EU i 1996 direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting. Direktivet inneholder regler som skal gjelde ved utsending av arbeidstakere.

---

<sup>11</sup> *Ibid.* s. 5.

<sup>12</sup> St.prp.nr.100 (1991-1992).

<sup>13</sup> Ot.prp.nr.26 (1992-1993), s. 5.

<sup>14</sup> Gjennomført i norsk lov ved Lov 27.november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

<sup>15</sup> Ot.prp.nr. 26 (1992-1993) s. 5.

<sup>16</sup> Se EØS-avtalen artikkel 36.

<sup>17</sup> Ot.prp.nr.26 (1992-1993) s. 3.

<sup>18</sup> Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Ltd v Office national d'immigration* (avsnitt 18).

<sup>19</sup> Ot.prp.nr.26 (1992-1993) s. 6.

Det tok 10 år fra allmenngjøringslovens ikrafttredelse, til første begjæring om allmenngjøring i Norge kom. Bakgrunnen for begjæringen var arbeidsinnvandringen fra land i Øst-Europa etter EUs utvidelse.<sup>20</sup> Utvidelsen førte til sterk konkurranse på lavere lønninger for utenlandske arbeidstakere, der arbeidstakersiden fryktet hvilket utfall dette ville få for norske lønninger. Dette ble møtt av en begjæring om allmenngjøring fra LO som fryktet store forskjeller mellom norske og utenlandske lønns- og arbeidsvilkår.<sup>21</sup> Forskriften trådte i kraft 1. desember 2004, og det første vedtaket om allmenngjøring omfattet arbeidsvilkår ved syv landbaserte petroleumsanlegg.<sup>22</sup>

I tiden etter er det vedtatt allmenngjøring på flere områder. Per dags dato finnes det allmenngjøringsvedtak med bestemmelser om minstelønn på 8 områder: bygg- og anlegg, skips- og verftsindustri, elektro, fiskeindustribedrifter godstransport på vei, jordbruks og gartnerinæringene, renhold, persontransport med turbil og godstransport på vei.<sup>23</sup> Det siste er at Tariffnemnda 3.november 2017 vedtok også å allmenngjøre deler av tariffavtalen for overnattings, serverings og cateringsvirksomhet.<sup>24</sup>

I tiden etter *STX-saken* hvor Høyesterett tolket kostnader for reise, kost og losji til å være en del av minstelønnen, i strid med EFTA-domstolens rådgivende forhåndsuttalelse,<sup>25</sup> ble staten satt under overvåkning av ESA. NHO mener at Høyesterett la til grunn en feil forståelse av hva minstelønnsbegrepet omfatter. ESA skrev i sitt i første brev til staten at reglene om reise, kost og losji som er en del av minstelønnen i tre norske forskrifter, var i strid med EØS-avtalens regler om fri tjenesteytelse i det indre marked.<sup>26</sup> I sitt formal notice fra 2016 påpeker

---

<sup>20</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:e50017> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>21</sup> Torgeir Aarvag Stokke, *Allmenngjøring i EU og Norge*, FaFo-rapport 2010:14, s. 59.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Forskrift av 23. september 2016 nr. 1241 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge § 4, Forskrift av 23. september 2016 nr. 1242 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten for skips- og verftsindustrien § 3, Forskrift av 23. september 2016 nr. 1243 om delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene § 3, Forskrift av 11. november 2016 nr. 1323 om allmenngjøring av tariffavtale for fiskeindustribedrifter § 3, Forskrift av 5. januar 2017 nr. 24 om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene § 3, Forskrift av 31. mars 2017 nr. 533 om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter § 3, Forskrift av 31. mars 2017 nr. 534 om allmenngjøring av tariffavtaler for persontransport med turbil § 3 og Forskrift av 31. mars 2017 nr. 535 om allmenngjøring av tariffavtaler for godstransport på vei § 3.

<sup>24</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2017/tariffnemndas-vedtak-3.-november-2017-om-fastsettelse-av-forskrift-om-allmenngjoring-av-tariffavtale-for/id2579189/> (sist besøkt 20.12.17) – forskriften trer i kraft 1. januar 2018.

<sup>25</sup> Sak E-02/11 *STX Norway Offshore m.fl. og Staten v/Tariffnemnda*.

<sup>26</sup> <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/klage-til-esa-om-allmenngjoring-av-regler-om-reise-kost-og-losji/id2435344/> (sist besøkt 20.12.17) og



ESA at Norge har lagt til grunn en feilaktig forståelse av utsendingsdirektivets artikkel 3, når Høyesterett tolket direktivet slik at utgifter for reise, kost og losji kan regnes som en del av minstelønnen.<sup>27</sup> ESA konkluderer i brevet med at bestemmelsene om reise, kost og losji hverken kan begrunnes i direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav c eller artikkel 3 nr. 10, og at en opprettholdelse av bestemmelsene i de allmenngjorte tariffavtalene vil være i strid statens EØS-forpliktelse.<sup>28</sup>

### 1.3 Avgrensninger

Jeg velger å avgrense avhandlingen mot forskrift om lønnsvilkår i offentlige kontrakter.<sup>29</sup> Av plasshensyn utgår også nærmere vurdering av forskriften, da denne fordrer at det redegjøres for ILO-konvensjonen nr. 94 og forholdet mellom denne og EØS-avtalen som folkerettslig avtale. I denne sammenhengen opplyses det om at forskriften stiller krav for oppdragsgiver om å betale minstelønn etter allmenngjort sats på områder som går inn under en allmenngjøringsforskrift.

Videre avgrenses den mot å omfatte behandling av reglene om etableringsretten i EØS-avtalens kapittel 2. Dette på tross av at disse har en side mot tjenestereglene og utsending av arbeidstakere, for eksempel ved at arbeidsgivere kan omgå krav om dekning av utenbystillegg i en allmenngjort tariffavtale ved å etablere en filial i vertsstaten.<sup>30</sup> Dette gjøres av plasshensyn. Avhandlingen avgrenses dessuten mot en nærmere vurdering av de ulike lønnsbegrepene i EU/EØS-retten ettersom disse kan forstås ulikt. Utsendingsdirektivet benytter termen «minimum rates of pay» hvilket denne oppgaven vil vurdere omfanget av.

### 1.4 Veien videre

I kapittel 2 redegjør jeg kort for regelverket som er gjeldende for det aktuelle rettsområdet for avhandlingens tema. Her vil jeg redegjøre for tjenestereglene i EØS-avtalen, utsendingsdirektivet og noe av den sentrale rettspraksis som skal bidra til å løse problemstillingene i avhandlingen som omhandler lønns-elementer. Jeg vil benytte engelske

---

[https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2015/brev\\_fra\\_esa\\_10\\_juli\\_2015.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2015/brev_fra_esa_10_juli_2015.pdf) (sist besøk 20.12.17).

<sup>27</sup> Letter of formal notice to Norway concerning posting of workers, 25 October 2016:

<https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2016/letter-of-formal-notice-complaint-against-norway-concerning-posting-of-workers.pdf> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>28</sup> *Ibid.* (avsnitt 87).

<sup>29</sup> Forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

<sup>30</sup> EØS-avtalen art. 31.

språkversjoner av de EØS-rettslige kildene i avhandlingen. Videre vil jeg redegjøre kort for norske regler om fastsetting av minstelønn. I kapittel 3 ser jeg nærmere på forholdet mellom artikkel 36 i EØS-avtalen og utsendingsdirektivet, med sikte på å avklare hvordan forholdet mellom primærretten/sekundærlovgivningen er i EU/EØS. Dette er nødvendig fordi en restriksjon på tjenestområdet må kunne begrunnes etter primærretten dersom den ikke omfattes av direktivet.

I kapittel 4 belyser jeg virkeområdet for EØS-avtalens artikkel 36 og hvilke begrensninger primærretten medfører for adgangen til å allmenngjøre lønnsvilkår. Her ser jeg nærmere på hvordan en medlemsstat gjennom lovfestede/ulovfestede regler kan rettferdiggjøre en restriksjon på tjenestefriheten. I kapittel 5 vurderer jeg minstelønnsbegrepet i utsendingsdirektivets artikkel 3 og de bestemmelser i direktivet som er relevant når en medlemsstat skal definere minstelønnen nasjonalt. I denne delen vil jeg presisere at direktivet, med unntak av overtidsbetaling og supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger, ikke angir noe om hvilke lønnelementer som inngår i minstelønnsbegrepet, men i stor grad overlater det til nasjonal lovgivning å definere det nærmere omfanget av begrepet.

I kapittel 6 vurderer jeg ulike lønnelement som antas å kunne inngå i «minimum rates of pay». Jeg vil se nærmere på hvilke krav EU/EØS-retten stiller, hvordan det er gjennomført i norske allmenngjorte tariffavtaler og konkluderer fortløpende med om norsk rett samsvarer med EU-retten. Jeg begrenser imidlertid ikke drøftingen til kun å omfatte lønnelementer som fremgår av norske allmenngjorte tariffavtaler. Avslutningsvis i kapittel 7 vil jeg oppsummere hovedpoengene i avhandlingen, og kommentere veien videre på området for utsendte arbeidstakere.

## **2 Rettskildesituasjonen**

### **2.1 EØS-avtalen artikkel 36**

EØS-avtalen sikrer Norge tilgang til EUs indre marked.<sup>31</sup> Traktatene som medlemsstatene har inngått, særlig TFEU og TEU,<sup>32</sup> er med på å danne grunnlaget for reguleringen av det indre

---

<sup>31</sup> <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/tema-norge-eu/norge-eu/id684934/> (sist besøkt 20.12.17) - avtalen sikrer både markedsadgang til EU og forutsigbarhet for det norske næringsliv. Regjeringen påpeker at avtalen er av avgjørende økonomisk betydning for Norge.

marked og utgjør en del av primærretten i EU.<sup>33</sup> For at EØS-avtalen skal kunne oppfylle målsetningen om å integrere EFTA-statene i det indre marked, fremholder Fredriksen og Mathisen at det må ligge som en forutsetning at relevant regelverk som er hentet fra EU-retten, som utgangspunkt og klar hovedregel tolkes likt i EU-rettslig og EØS-rettslig sammenheng.<sup>34</sup> EØS-avtalen artikkel 36 er av betydning for avhandlingens problemstilling.

I engelsk språkdrakt<sup>35</sup> er EØS-avtalen artikkel 36 nærmest identisk med TFEU art. 56 om «services»– og gjelder med virkning for medlemsstatene i EØS-avtalen:

*«Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions on freedom to provide services within the territory of the Contracting Parties in respect of nationals of EC Member States and EFTA States who are established in an EC Member State or an EFTA State other than that of the person for whom the services are intended. »*

Innenfor rammen av bestemmelsene i EØS-avtalen skal det som hovedregel ikke være restriksjoner på adgangen til å yte tjenester. Dette gjelder innen avtalepartenes territorium. Artikkel 36 etablerer dermed en rett for virksomheter i alle medlemsstater til å yte tjenester på tvers av landegrensene i EØS-området. Dersom en medlemsstat innfører nasjonale regler som diskriminerer, enten direkte eller indirekte, så vil dette kunne utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten. Nasjonale minstelønnsbestemmelser utgjør i utgangspunktet en restriksjon på tjenestefriheten, da enhver hindring på adgangen til markedet blir ansett som en restriksjon.<sup>36</sup> En restriksjon kan likevel være lovlig dersom de er begrunnet i legitime hensyn som er akseptert i EU. Se kapittel 4.

## **2.2 Direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere**

### **2.2.1 Generelt**

Reguleringen av det indre marked i EU skjer blant annet gjennom direktiver.<sup>37</sup> EU-direktivene betraktes som sekundærlovgivning eller såkalt «avledet rett». Det gir

---

<sup>32</sup> Treaty on European Union (TEU) av 7. februar 1992 og Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) av 13. desember 2007 - se også Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave (Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2014) s. 21.

<sup>33</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 32.

<sup>34</sup> *Ibid*, s. 20.

<sup>35</sup> Agreement on the European Economic Area, article 36.

<sup>36</sup> Sak C-165/98 *André Mazzoleni and ISA* (avsnitt 41).

<sup>37</sup> Med hjemmel i primærretten, se TFEU art. 288 (1) og (3).

medlemsstatene et pålegg om å vedta nasjonale regler med et visst innhold innen en gitt frist.<sup>38</sup> I litteraturen pekes det på at et direktiv ikke er ment å være en form for *lex-specialis* i EU-retten, men at det som sekundærlovgivning må tolkes i lys av de traktater som utgjør primærretten.<sup>39</sup>

På tjenesteområdet i EU er det vedtatt et eget tjenstedirektiv.<sup>40</sup> Artikkel 3 nr. 1 bokstav a) i tjenstedirektivet bestemmer at utsendingsdirektivet skal gis forrang fremfor andre lover dersom det oppstår motstrid, når det omfatter «*sider ved adgangen eller til utøvelsen av tjenestevirksomhet i bestemte sektorer eller for bestemte yrker...*».<sup>41</sup> Dette er vesentlig å fremheve, ettersom utgangspunktet for hva som er lovlig å gjøre gjeldende av lønnsvilkår ovenfor utsendte arbeidstakere, må følge utsendingsdirektivets regler på dette området. Det siste i Norges EØS-rettslige forpliktelse, er innføringen av Håndhevingsdirektivet<sup>42</sup> som skal bidra til håndhevingen av utsendingsdirektivet. Begge direktivene er gjennomført i norsk lov etter arbeidsmiljøloven.<sup>43</sup>

Av særlig betydning for reguleringen av lønnsvilkår vil jeg fremheve artikkel 3 i utsendingsdirektivet, som angir en kjerne av bestemmelser, og som skal gjelde for utsendte arbeidstakers rett til arbeids- og ansettelsesvilkår. De øvrige bestemmelsene i direktivet kommer jeg tilbake til. Direktivets artikkel 3 nr.1 bokstav c) om minstelønn vil jeg senere drøfte mer inngående.

### **2.2.2 Hjemmelskravet i utsendingsdirektivet**

Medlemsstatene skal påse at arbeids- og ansettelsesvilkår må være fastsatt ved lov eller forskrift og/eller ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til artikkel 3 nr. 8.<sup>44</sup> Med tariffavtaler av allmenn gyldighet, vises det etter direktivet til tariffavtaler som må overholdes av alle foretak i det aktuelle geografiske området og innenfor det aktuelle yrket eller næring. Hjemmelskravet fremmer forutberegneligheten for

---

<sup>38</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 21-22.

<sup>39</sup> *Ibid.* s. 66.

<sup>40</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked (tjenstedirektivet).

<sup>41</sup> *Ibid.* artikkel 3 nr. 1 bokstav a).

<sup>42</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/67/EU av 15. mai 2014 om håndhevelse av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere innenfor rammen av tjenesteytelser (håndhevingsdirektivet).

<sup>43</sup> Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), § 1-7 femte ledd og kapittel 18.

<sup>44</sup> Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 jf. nr. 8.

utenlandske tjenesteytere som vil sende arbeidstakere til Norge. Dette skjer ved at tjenesteyteren enkelt vil kunne gjøre seg kjent med vertsstatens bestemmelser om lønnsvilkår.

I 2009 avsluttet ESA en sak mot Norge hvor det var kommet inn en klage på at allmenngjøringsloven i seg selv var i strid med utsendingsdirektivet. ESA fremholdt at allmenngjøringsloven forfølger et legitimt hensyn, dvs. vern av arbeidstakere og oppfyller i tillegg de øvrige kravene etter direktivet.<sup>45</sup> Slik kan Tariffnemnda med hjemmel i allmenngjøringsloven, vedta at hele eller deler av en tariffavtale som gjelder lønns- og arbeidsvilkår, skal gjøres allmenn og at disse vedtakene fastsettes i forskrifts form.

Et relevant eksempel hvor EU-domstolen fant at hjemmelskravet i direktivet ikke var oppfylt kan vi finne i saken *Rüffert*.<sup>46</sup> Der ble det fremholdt at tysk lovgivning om offentlige anskaffelser, ikke kunne anses som «lov» i den forstand utsendingsdirektivet legger opp til. Lovgivningen angav nemlig ikke noe om minstelønn, men viste kun til gjeldende landsomfattende avtale. I norske forskrifter om allmenngjøring fremgår beløpet for minstelønn i forskriften. Dette fremmer klarhetskravet og forutberegneligheten ved utsending.

Den norske ordningen for allmenngjøring av tariffavtaler anses dermed å være i tråd med kravet etter utsendingsdirektivet og EU/EØS-retten. Hver enkelt allmenngjøringsforskrift må imidlertid vurderes opp mot dette kravet, herunder det materielle innhold. Dette ser jeg på i kapittel 6.

### **2.2.3 Utsendingsdirektivets krav til harmonisering**

Et metodisk viktig poeng å trekke frem her er at utsendingsdirektivet har karakter av å være et såkalt «*partielt harmoniserende direktiv*».<sup>47</sup> I EU-retten har direktivene ofte ulikt ambisjonsnivå hva angår harmonisering mellom direktiv og nasjonalt regelverk.<sup>48</sup> Dette betyr igjen at enkelte av direktivene setter minstekrav til medlemsstaten, mens andre direktiver igjen kan basere seg på total harmonisering av rettstilstanden på direktivets område.

Her er det nødvendig å se litt nærmere på forskjellen mellom et direktiv som baserer seg på totalharmonisering, og et direktiv som baserer seg på minimumsharmonisering. I litteraturen

---

<sup>45</sup> <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/internal-market/nr/247> (sist besøkt 20.12.17)

<sup>46</sup> C-346/06 *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen* (heretter *Rüffert*), avsnitt 24.

<sup>47</sup> I Ot.prp.nr. 13 (1999-2000) s. 5 følger det at direktivet er et såkalt partielt harmoniserende direktiv og ikke fastsetter noen minimumsrettigheter. Det pålegger imidlertid EØS-landene å sikre at gjeldende rett brukes på utsendte arbeidstakere så vel som norske.

<sup>48</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 24.



fremholdes det at totalharmonisering i utgangspunktet innebærer full harmonisering av rettstilstanden på det aktuelle området.<sup>49</sup> Minimumsharmoniserende direktiv stiller derimot bare minstekrav til medlemsstatene.<sup>50</sup> Artikkel 3 nr. 1 bokstav c) i utsendingsdirektivet viser at det er minimumsharmoniserende. Etter bestemmelsen skal det betales «*minimum rates of pay*». Artikkel 3 nr. 1 annet ledd viser at det materielle innholdet ikke er harmonisert, men at det tilkommer medlemsstatene å definere dette.

#### 2.2.4 Lovvalgsdirektiv

Utsending av arbeidstakere mellom medlemsstatene innebærer et grenseoverskridende element. Dette reiser spørsmål om hvilket lands rett som skal regulere arbeidsforholdet. Utsendingsdirektivet har karakter av å være et lovvalgsdirektiv og viser i sin fortale til den tidligere Roma-konvensjonen.<sup>51</sup> I henhold til det som nå er Roma-forordningen,<sup>52</sup> skal det landets rett hvor arbeidet normalt utføres regulere arbeidsforholdet. Etter dette er utgangspunktet at det er utsenderlandets rett som regulerer lønnsfastsettelsen.

Utsendingsdirektivet vil derimot gis anvendelse på området for utsending av arbeidstakere, ettersom Roma-forordningen ikke berører fellesskapsrettslige regler, som på særlige områder fastsetter lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser.<sup>53</sup> For medlemsstatene av EU vil Roma-forordningen bidra til å løse lovvalgsspørsmålet. Norge er ikke folkerettslig bundet av forordningen, og lovvalgsspørsmålet avgjøres derfor etter ulovfestede nasjonale regler.<sup>54</sup> Utgangspunktet etter både Roma-forordningen og norsk rett er partsautonomi, men på området for utsendingsdirektivet viser Kristin Slørdahl Hjort til at lovvalget for utsendte arbeidstakere reguleres etter utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 1 og nr. 10. Artikkel 3 nr. 1 angir at det er vertsstatens lønnsvilkår som skal gjelde for utsendte arbeidstakere i perioden de

---

<sup>49</sup> *Ibid.* s. 67 – forfatterne viser dessuten at for det tilfelle at totalharmonisert sekundærlovgivning er gyldig, er det hverken behov eller anledning til direkte prøving opp mot primærretten – se dessuten C-216/11 *European Commission v French Republic* (avsnitt 27).

<sup>50</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 67 - i den utstrekning statene treffer tiltak som går utover minstekravene i direktivet, må disse prøves opp mot primærretten.

<sup>51</sup> Regulation No 593/2008/EC – artikkel 24 1) angir at forordningen trer inn i stedet for tidligere Roma-konvensjonen «*This Regulation shall replace the Rome Convention in the Member States, except as regards the territories of the Member States which fall within the territorial scope of that Convention and to which this Regulation does not apply pursuant to Article 299 of the Treaty.*».

<sup>52</sup> *Ibid* artikkel 8 nr. 2.

<sup>53</sup> *Ibid.* artikkel 23.

<sup>54</sup> Bygger på Rt-1923-II-58 (Irma-Mignon) hvor to skip kolliderte i engelsk farvann og lovvalgsspørsmålet dukket opp. «Irma-mignon» - formelen bygger på et prinsipp om at den stat som har sterkest tilknytning til saken, skal avgjøre saken.

er utsendt.<sup>55</sup> Det følger imidlertid av artikkel 3 nr. 7 første ledd, at partene i hjemstaten kan avtale lønnsvilkår i hjemstaten som er gunstigere. På denne måten gir utsendingsdirektivet positivrettslige regler som innskrenker lovvalgsreglene på området for utsendte arbeidstakere.<sup>56</sup>

Følgelig vil frihet i lovvalg måtte vike for utsendingsdirektivets regler som angir at vertsstatens lønnsvilkår kommer til anvendelse på arbeidsforholdet, med mindre det avtales gunstigere lønnsvilkår i hjemstaten.

## **2.3 Rettspraksis fra EU/EFTA-domstolen om minstelønnsbegrepet**

Praksis fra EU-domstolen utgjør en vesentlig faktor for forståelsen av utsendingsdirektivet, og omfanget av minstelønnsbegrepet. EU-domstolen har avsagt flere dommer som gjelder utsendingsdirektivet, senest i saken *Sähköalojen ammattiliitto*.<sup>57</sup> Sammen med en rekke andre dommer fra EU-domstolen vil denne være sentral for avhandlingen.

Fra EFTA-domstolen vises det til sakene *ESA mot Island*,<sup>58</sup> og *STX Norway Offshore AS m.fl. mot Staten v/Tariffnemnda*.<sup>59</sup> I den sistnevnte gav EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse til Borgarting lagmannsrett. Begge sakene fra EFTA-domstolen omhandlet omfanget og forståelsen av minstelønnsbegrepet. *STX-saken* endte som kjent i Høyesterett, og utgjør i norsk rett den eneste dommen hvor et allmenngjøringsvedtak er prøvd fullt ut av domstolene.

## **2.4 Norsk lovgivning om innholdet i minstelønnsbegrepet**

### **2.4.1 Generelt**

I en avhandling som skal belyse omfanget av minstelønnsbegrepet, er det nødvendig å si noe om norsk lovgivning og tradisjon når det gjelder lønn. Innledningsvis vil jeg understreke at det ikke eksisterer noen generell minstelønn i Norge. Forhold omkring hva arbeidstakere kan kreve av lønn og andre godtgjørelser er hovedsakelig regulert gjennom enten individuell eller kollektiv avtale, herunder en tariffavtale.<sup>60</sup> Etter utsendingsdirektivet artikkel 3 annet ledd,

---

<sup>55</sup> Kristin Slørdahl Hjort, *Internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten, en rettskildemessig analyse*, (Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 4, s. 41-177, 2008), s. 129 - Se dessuten side. 93 om partsautonomi.

<sup>56</sup> *Ibid.* s. 129.

<sup>57</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*.

<sup>58</sup> Sak E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland* (heretter *ESA mot Island*).

<sup>59</sup> Sak E-02/11 *STX Norway Offshore AS and Others v The Norwegian State, represented by the Tariff Board*.

<sup>60</sup> Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett, den individuelle del, 4. utgave* (Universitetsforlaget, 2015) s. 160 – se også <https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/lonn/minstelonn/> (sist besøkt 20.12.17).

definerer medlemsstatene lønnsbegrepet selv. Derfor er det nødvendig å se på hvordan lønnsbegrepet er forstått i norsk rett.

#### **2.4.2 Lønnsbegrepet etter norsk rett**

En alminnelig forståelse av ordet lønn må være betaling av økonomisk vederlag for en nedlagt arbeidsinnsats. Det er dermed tale om et utslag av prinsippet om ytelse mot ytelse. I mangel på et generelt lønnsbegrep i Norge, ble det gjort et nokså omfattende forsøk på å definere dette i norsk rett i forbindelse med gjennomføringen av vikarbyrådirektivet.<sup>61</sup>

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-12 a, fremgår det at lønnsbegrepet omfatter alt vederlag for arbeid, uavhengig av i hvilken form vederlaget ytes eller opparbeides.<sup>62</sup> Begrepet omfatter etter proposisjonen faste tillegg ut i fra kompetanse eller personlige kvalifikasjoner når det finnes regler for dette, og uregelmessige tillegg i lønnen (eksempelvis ugunstig arbeidstid eller vanskelig/ubehagelig arbeid).<sup>63</sup> For øvrig nevnes det at lønn kan omfatte akkordlønn/prestasjonslønn, utgifter til arbeidstøy, kost og losji. Pensjonsordninger omfattes ikke.<sup>64</sup> Forarbeidene ble utarbeidet i forbindelse med gjennomføring av vikarbyrådirektivet. Det har relevans for avhandlingen, ettersom det i mangel på et generelt norsk lønnsbegrep er et av de største arbeidene som er gjort i forsøk på å definere hva som regnes som lønn etter norsk rett.

Av relevant juridisk litteratur har Rajvinder Singh Bains i en artikkel analysert lønnsbegrepet i EU-retten og gjennomføringen i norsk rett.<sup>65</sup> Videre vurderte Thomas Keiserud og Kristine Ringstad Vartdal det norske lønnsbegrepet i en artikkel, etter gjennomføringen av vikarbyrådirektivet i norsk rett.<sup>66</sup>

Hensikten her er bare å vise til relevante kilder for å definere lønnsbegrepet. Jeg vil se nærmere på dette i kapittel 5.

---

<sup>61</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).

<sup>62</sup> Prop.74 L (2011-2012), s. 105.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.* s 106.

<sup>65</sup> Rajvinder Singh Bains, *Lønn i EU-retten – Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett*, ([1–81] Arbeidsrett vol 10 nr. 1, 2013).

<sup>66</sup> Thomas Keiserud og Kristine Ringstad Vartdal, *De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål*, ([147–179] Arbeidsrett vol 10 nr. 1, 2013).

### 2.4.3 Allmenngjøringsloven

Allmenngjøringsloven i seg selv gir ikke noe bidrag til å definere hva som skal forstås som minstelønn etter EU/EØS-retten. Loven angir kun at de lønns- og arbeidsvilkår utsendte arbeidstakere har, skal være likeverdige med norske arbeidstakere.<sup>67</sup> Etter lovens § 4 kan Tariffnemnda på gitte vilkår treffe vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler. Det er her tale om en delegert lovgivningsmyndighet, der vedtaket treffes av Tariffnemnda som et uavhengig forvaltningsorgan. Vilkårene som allmenngjøres fastsettes i form av offentligrettslige forskrifter.<sup>68</sup> For det første må kravet om allmenngjøring fremmes av enten arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon med innstillingsrett.<sup>69</sup> Dernest er det et vilkår at organisasjonen som fremmer kravet, må fremlegge dokumentasjon jf. § 5 som gir grunn til å tro at lovens vilkår for å treffe vedtak om allmenngjøring er oppfylt.

En forutsetning er at det må eksistere en landsomfattende tariffavtale. Tariffnemnda kan treffe vedtak om at denne skal gjelde helt eller delvis for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller del av en bransje.<sup>70</sup> Dokumentasjonskravet følger av annet ledd, og angir at det kreves dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører, eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtale for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

Bestemmelsen i § 6 presiserer hvilken myndighet tariffnemnda er gitt. Det er å allmenngjøre de deler av tariffavtalen som regulerer arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår. Dessuten angir siste ledd i bestemmelsen at lønns- og arbeidsvilkår, som er fastsatt i vedtaket fra Tariffnemnda, skal gjelde som ufravikelige minstevilkår i arbeidsforholdet mellom arbeidstaker som omfattes av vedtaket og den aktuelle arbeidsgiver.

### 2.4.4 Forskrift om utsendte arbeidstakere

Forskriften er hjemlet i arbeidsmiljøloven § 1-7 om utsendte arbeidstakere.<sup>71</sup> Formålet med forskriften er å ivareta arbeidstakere som er utsendt til Norge deres rettigheter som angår

---

<sup>67</sup> Allmenngjøringsloven § 1.

<sup>68</sup> Stein Evju, *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv\**, ([1–20] Arbeidsrett vol 5 nr. 1, 2008) s. 14.

<sup>69</sup> Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven) § 39 første ledd.

<sup>70</sup> Under de forutsetninger som følger av arbeidsmiljøloven § 1-7.

<sup>71</sup> Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere. Lovtekniske hensyn tilsa at man burde plassere hjemmelen for utsendingsdirektivet i en eksisterende lov (arbeidsmiljøloven § 1-7) og videre

arbeids- og ansettelsesvilkår i utsendelsesperioden. Virkeområdet for forskriften følger av § 1 og det vises her til at forskriften gjelder når utenlandsk virksomhet sender arbeidstakere til Norge i forbindelse med tjenesteyting. En forutsetning er at det foreligger et arbeidsforhold mellom den utenlandske virksomheten og den utsendte arbeidstakeren i utsendingsperioden.

Videre angir forskriftens § 3 om arbeids- og ansettelsesvilkår, hvilke bestemmelser som kommer til anvendelse for en utsendt arbeidstaker som sendes til Norge. Rettighetene som fremgår av § 3 henviser i stor grad til øvrig arbeidsrettslig regelverk som gis tilsvarende anvendelse på utsendte arbeidstakere, som for norske arbeidstakere. I arbeidsmiljøloven gjelder reglene om arbeidstid, permisjon, HMS, fullt forsvarlig fysisk/psykisk arbeidsmiljø, varsling ved skade, bistand fra verneombud, permisjonsrettigheter, skriftlig arbeidsavtale, utbetaling av lønn/feriepenger og oppsigelsesvern.<sup>72</sup> Hovedpoenget her er at utsendte arbeidstakere gis en del rettigheter i medhold av arbeidsmiljøloven, og arbeidsgiver er forpliktet til å etterkomme disse.

Dersom arbeidsforholdet for en utsendt arbeidstaker faller innenfor anvendelsesområdet for et vedtak som følger av allmenngjøringsloven, angir forskriftens § 3 annet ledd, også at de allmenngjorte bestemmelser som gjelder lønns- eller arbeids og ansettelsesvilkår etter første ledd skal komme til anvendelse.

### **3 Forholdet mellom artikkel 36 og utsendingsdirektivet**

#### **3.1 Innledning**

Et spørsmål i EØS-retten er hvordan forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 36 og utsendingsdirektivet er. Forholdet mellom primærretten og sekundærlovgivningen er av betydning for avhandlingen fordi et lønnsvilkår som ikke kan hjemles i utsendingsdirektivet, må kunne begrunnes etter primærretten. Det må da foretas en selvstendig vurdering av artikkel 36, eventuelt etter EU-domstolens praksis om berettigelse av restriksjoner. I denne delen vil jeg se nærmere på hva som er gjeldende rett i forholdet mellom artikkel 36 og direktivet.

---

implementere dette gjennom en egen forskrift. Se herunder Ot.prp.nr.13 (1999-2000) s. 19, Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 82 og Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*, (Universitetsforlaget 2013) s. 48.

<sup>72</sup> For fullstendig oversikt se forskriftens § 3 (1), bokstav a m.v.



De grunnleggende restriksjonsforbudene i EU-retten kommer bare direkte til anvendelse i den utstrekning et aktuelt spørsmål ikke er særskilt regulert i direktiv eller forordning. På det rettsområdet jeg her skal belyse, bidrar utsendingsdirektivet til å sette de rettslige rammene for utsending av arbeidstakere. Vurderingen av om den nasjonale reguleringen av minstelønn er i tråd med EØS-retten, må derfor tas med utgangspunkt i direktivet. EU-domstolens praksis synes å legge til grunn at utsendingsdirektivets bestemmelser skal tolkes i lys av primærretten.<sup>73</sup> Utsendingsdirektivet er som nevnt et minimumsharmoniserende direktiv, slik at dersom et lønntiltak går utover minstekravene i direktivet, synes EØS-avtalen å forplikte en prøving av tiltaket opp mot primærretten.<sup>74</sup>

På tross av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse, så Høyesterett det ikke nødvendig å foreta en selvstendig vurdering etter artikkel 36 i *STX-saken*, da minstelønn i alle tilfelle måtte kunne begrunnes i utsendingsdirektivets bestemmelse om offentlig orden.<sup>75</sup> Etter dommen kom Carl Baudenbacher med en kritikk av avgjørelsen.<sup>76</sup> Baudenbacher var forbauset over hvordan Høyesterett mente at minstelønn ikke skulle vurderes opp mot artikkel 36, og at en etter norsk rett tolket utgifter for reise, kost og losji til å være en del av minstelønnsbegrepet. Han stilte dessuten spørsmål ved det faktum at Høyesterett her unnlot å foreta en reell forholdsmessighetstest.<sup>77</sup> Baudenbacher reagerer på hvordan Høyesterett avskjærer en vurdering etter EØS-avtalen artikkel 36, med den begrunnelse at direktivet fastsetter en uttømmende liste hvor vertsstatens regler kan gis forrang. Det samme gjaldt prøving av den nasjonale minstelønns. I det hele og store mener han at Høyesteretts tolkning av EØS-retten er feil.<sup>78</sup>

Det foreligger dermed en konkret uenighet i forståelsen av forholdet mellom direktivet og primærretten, hvorpå Høyesterett i strid med EFTA-domstolen mener at en selvstendig prøving etter primærretten ikke er nødvendig.

---

<sup>73</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 69).

<sup>74</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 67.

<sup>75</sup> Artikkel 3 nr. 10.

<sup>76</sup> Carl Baudenbacher, *EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene*, s. 525.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

## 3.2 Restriksjonsforbudet

### 3.2.1 Utgangspunktet etter primærretten

Det følger av sikker praksis fra EU-domstolen at allmengjøring av lønnsvilkår i en tariffavtale, som utgangspunkt utgjør en restriksjon etter tjenestereglene.<sup>79</sup> Som tidligere nevnt vil primærretten angi det rettslige utgangspunkt i fravær av eventuell sekundærlovgivning. Når tilfellet så er at noe er spesifikt regulert i et direktiv, blir det videre spørsmålet hvordan direktivet må forstås i forhold til primærretten.

EU-domstolen har gjennom praksis fastslått at restriksjonsbegrepet skal tolkes vidt. I saken *Säger*<sup>80</sup> som gjaldt tjenesteytelser fra en tysk patentagent, viste domstolen at terskelen var nokså lav for å kunne fastslå at et nasjonalt tiltak kan utgjøre en restriksjon på den frie flyten. EU-domstolen pekte i denne saken på at tjenestereglene utelukker en medlemsstat fra å ha nasjonale bestemmelser som forbyr en virksomhet etablert i en annen medlemsstat i å yte sine tjenester over landegrensene.<sup>81</sup> Etterfølgende praksis fra EU-domstolen viderefører denne forståelsen av restriksjonsbegrepet. Dersom en konkret regel påvirker adgangen til markedet i en annen stat, så foreligger det en restriksjon.<sup>82</sup> I vurderingen av om det foreligger en restriksjon, skal de konkrete ulempene et nasjonalt tiltak medfører, vurderes opp mot tjenestefriheten.<sup>83</sup> Av stor betydning nevnes saken *Mazzoleni*<sup>84</sup> hvor EU-domstolen kom til at et krav om at arbeidsgiver fra en medlemsstat skulle betale minstelønn i henhold til vertsstatens lovgivning utgjorde en restriksjon. Likevel kunne en slik restriksjon opprettholdes som lovlig, såfremt denne var nødvendig og proporsjonal.<sup>85</sup>

Dette viser at EU-domstolen har en nokså lav terskel for å konstatere at et lønnstiltak kan medføre brudd på restriksjonsforbudet. Formålene bak prinsippet om fri flyt i det indre marked er sentralt når medlemsstatene vurderer nasjonale tiltak som i praksis legger begrensninger for den frie flyt. Catherine Barnard fremholder følgende om prinsippet om fri flyt:

---

<sup>79</sup> Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others* (heretter *Laval*) (avsnitt 56-57).

<sup>80</sup> Sak C-76/90 *Manfred Säger and Dennemeyer & Co. Ltd.* (avsnitt 12).

<sup>81</sup> *Ibid.* (avsnitt 21).

<sup>82</sup> Sak C-384/93 *Alpine Investments BV v Minister van Financiën* (avsnitt 39).

<sup>83</sup> Forente saker C-34/95, C-35/95 C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) and De Agostini (Svenska) Förlag AB and between TV-Shop i Sverige AB* (Avsnitt 50-52).

<sup>84</sup> Sak C-165/98 *André Mazzoleni and ISA* (avsnitt 41).

<sup>85</sup> *Ibid.*

«The benefits of free trade can be summarized briefly – free trade allows for specialization, specialization leads to comparative advantage, and comparative advantage leads to economies of scale which maximize consumer welfare and ensure the most efficient use of worldwide resources.»<sup>86</sup>

Barnard viser her til de fordelene et marked basert på spesialisering og fritt varebytte kan gi. Hensikten bak markedet er å bidra til nyttig ressursbruk, hvilket vil maksimere forbrukerstanden og bidrar til effektiv utnyttelse av verdens ressurser. Jeg anser det viktig å påpeke disse grunnleggende tankene bak markedet for mine vurderinger videre i denne avhandlingen.

### **3.2.2 Primærrettens betydning for sekundærlovgivningen**

I det foregående gjorde jeg rede for det generelle restriksjonsforbudet etter primærretten. Det ble også slått fast at på tjenesteområdet er det vedtatt egen sekundærlovgivning ved utsendingsdirektivet. Direktivet har som formål å angi nærmere bestemmelser som skal gjelde ved utsending av arbeidstakere fra en medlemsstat til en annen. Stein Evju fremholder at utsendingsdirektivet er et komplisert instrument for å regulere rettstilstanden ved utsending av arbeidstakere.<sup>87</sup> Dette ser vi for eksempel i *Sähköalojen ammattiliitto*.<sup>88</sup> Her gjør nemlig EU-domstolen det klart at direktivet forfølger et dobbelt mål: På den ene siden målet om rettferdig konkurranse mellom medlemsstatene, og på den annen side målet om å sikre minstevilkår for utsendte arbeidstakere. Å balansere de interesser som her er fremholdt, har bydd på utfordringer ved gjennomføringen av utsendingsdirektivet.

Spørsmålet i denne delen er om et tvilsspørsmål skal løses utelukkende etter direktivet eller om det også skal foretas en selvstendig prøving etter primærrettens lovfestede unntak, eventuelt etter den ulovfestede læren om berettigelse av restriksjoner begrunnet i tvungne allmenne hensyn. I det følgende tar jeg for meg rettspraksis både fra EU-domstolen, EFTA-domstolen og Høyesterett, i tillegg til aktuell litteratur, for å angi hva som er gjeldende rett i grensedragningen mellom anvendelsen av primærrett og sekundærrett.

---

<sup>86</sup> Catherine Barnard, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms* (Oxford University Press, 2013) s. 3.

<sup>87</sup> Evju, *Uttasjoner og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv*, s. 5.

<sup>88</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 30).

Utsendingsdirektivet angir en kjerne av bestemmelser som skal gis anvendelse på utsendte arbeidstakere.<sup>89</sup> Problemet er direktivets artikkel 3. nr.1 bokstav c) om minstelønn, der det etter annet ledd følger at begrepet defineres i samsvar med nasjonal lovgivning. Legger man til grunn en streng fortolkning av ordlyden, må denne forstås som at medlemsstaten står fritt til selv å definere hva som faller innenfor begrepet. Tar man hensyn til de grunnleggende formålene bak det indre marked, slik de er beskrevet ovenfor, er det imidlertid mye som taler for at tjenestereglene gis selvstendig anvendelse ved siden av direktivet.

Etter avgjørelsen i saken *Laval*<sup>90</sup> foretok Barnard en analyse av hvilken tilnærming EU-domstolen hadde til direktivet kontra primærretten. Hun viser til at avgjørelsen belyser at utsendingsdirektivet primært er et lovtiltak som legger til rette for fri flyt av tjenester, og er dermed ikke i første rekke et tiltak som skal bidra til å realisere beskyttelse av sosiale behov. Videre fremholder hun at intensjonen bak direktivet er å sikre rettfærdig konkurranse, og at kjernereglene i artikkel nr. 1 om arbeids- og ansettelsesvilkår forhindrer en situasjon hvor en annen medlemsstat konkurrerer på urettferdige vilkår med vertsstaten. Barnard oppsummerer domstolens tilnærming i saken med at direktivet og primærretten er gjensidig forsterkende. Den restriktive holdningen stammer fra artikkel 36 hvor hovedregelen er fri flyt, mens direktivet bidrar med å utfylle innholdet av artikkel 36 på tjenesteområdet.<sup>91</sup>

Slutningen Barnard synes å trekke i sin analyse av dommen i *Laval*, er at sekundærlovgivningen fungerer i samspill med primærretten. Dette kommer nokså tydelig frem i selve dommen, hvor det fremgår at medlemsstatene står fritt ved fastsettelsen av det materielle innhold i reglene om minimumsbeskyttelse etter direktivet, så lenge det er «*in compliance with the Treaty and the general principles of Community law*».<sup>92</sup> Som nevnt er utsendingsdirektivet et minimumsdirektiv, og siden direktivet ikke harmoniserer det materielle innhold i reglene for minimumsvern, kan EØS-statene i utgangspunktet fritt definere det nærmere innholdet.

I sin rådgivende uttalelse til Norge i forbindelse med tolkningen av minstelønnsbegrepet i *STX-saken*, pekte EFTA-domstolen på at dette skal gjøres i samsvar med EØS-avtalens

---

<sup>89</sup> Artikkel 3 nr. 1.

<sup>90</sup> Sak C-341/05 *Laval*.

<sup>91</sup> Barnard, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, s. 381.

<sup>92</sup> Sak C-341/05 *Laval* (avsnitt 60).

artikkel 36.<sup>93</sup> Denne forståelsen baserte EFTA-domstolen blant annet på resultatet EU-domstolen kom til i saken *Laval*. Der ville man forplikte arbeidsgiver gjennom en tariffavtale om avlønning som ikke var allmenngjort.<sup>94</sup>

I *STX-saken* fremholdt Høyesterett at EU-domstolens praksis gjennom flere saker viser at oppregningen i artikkel 3 nr. 1 i utsendingsdirektivet er uttømmende. Høyesteretts forståelse av avgjørelsene i *Rüffert* og *Kommisjonen mot Luxemburg*, er at det vertslandet har bestemt om lønnsvilkår og som oppfyller minstelønnsbegrepet i artikkel 3. nr. 1 bokstav c, ikke også må prøves etter artikkel 36. I sammenhengen påpeker Høyesterett dessuten at lite ville vært vunnet ved direktivet dersom man uansett må foreta en selvstendig vurdering etter tjenestereglene.<sup>95</sup>

Den forståelse Høyesterett her legger til grunn, er etter alt å dømme at det vertslandet har definert som minstelønn etter artikkel 3 nr. 1 bokstav c, ikke skal prøves etter artikkel 36. Høyesterett fravek dermed EFTA-domstolens syn om at det skal skje en prøving etter tjenestereglene. Selv når det gjaldt kostnader som utgifter for reise, kost og losji – anså Høyesterett dette å ligge innenfor rammene av utsendingsdirektivet, i ytterste konsekvens gjennom artikkel 3 nr. 10.<sup>96</sup>

Vurderingen ovenfor trekker i retning av at primærretten og sekundærlovgivningen fungerer i et samspill, og at sekundærlovgivningen derfor må sees i lys av primærretten.

### 3.3 Oppsummering

Jeg vil her konkludere med at EU-domstolen synes å være nokså konsekvent i synet på at det er et samspill mellom sekundærlovgivningen og den bakenforliggende primærretten. Dette må derfor medføre at gjeldende rett etter EU-domstolens praksis, er at det skal foretas en selvstendig vurdering etter artikkel 36, og eventuelt ut i fra læren om tvingende allmenne hensyn dersom et lønnstiltak faller utenfor direktivets virkeområde, herunder artikkel 3 nr. 10. Forutsetningen er at en slik type restriksjon må være forenlig med tjenestereglene. Fremgangsmåten må være at en først vurderer om et tiltak omfattes av utsendingsdirektivet. Hvis svaret er nei, må det vurderes om tiltaket er lovlig enten gjennom primærrettens

---

<sup>93</sup> Sak E-02/11 *STX Norway Offshore m.fl. og Staten v/Tariffnemnda* (pkt. 2 side 25).

<sup>94</sup> Sak C-341/05 *Laval* (avsnitt 67).

<sup>95</sup> Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 99).

<sup>96</sup> *Ibid.* (avsnitt 175).



lovfestede regler, eller ut fra domstolsskapte tvungne allmenne hensyn. Ut i fra den praksis som har vært vurdert og hva som synes å være EU-domstolens og EFTA-domstolens standpunkt forutsetter jeg videre at det skal foretas en prøving etter artikkel 36 dersom utsendingsdirektivet ikke direkte regulerer spørsmålet.

## 4 Vurderingen etter EØS-avtalen artikkel 36

### 4.1 Innledning

Utgangspunktet er som allerede nevnt at et vedtak om allmenngjøring av minstelønnsvilkår utgjør en restriksjon på friheten til å yte tjenester. Om man forutsetter at det foreligger en restriksjon på adgangen til fri flyt av tjenester, så blir spørsmålet om restriksjonen likevel kan være lovlig ved å vise til de hensyn som EU-domstolen har godkjent ved rettferdiggjøring av restriksjoner. Noen fremgår eksplisitt av EØS-avtalen<sup>97</sup>, mens de tvungne allmenne hensynene er skapt av domstolene.

I det følgende vil jeg se nærmere på hva som kreves for at en nasjonal ordning om minstelønn som eventuelt faller utenfor direktivet skal kunne begrunnes ut ifra et legitimt hensyn. Jeg vil i denne sammenheng gjøre rede for en såkalt rettferdiggjøringstest, utviklet av EU-domstolen. Testen benyttes for å belyse hvilke krav som stilles for at en ordning om minstelønn nasjonalt skal kunne begrunnes ut ifra et legitimt hensyn.

### 4.2 Rettferdiggjøringstesten

Etter hvert som EU-domstolens praksis rundt rettferdiggjøring av restriksjoner har utviklet seg, er dette i litteraturen blitt omtalt som en «*test of justification*».<sup>98</sup> Denne testen har sitt grunnlag i saken *Van Binsbergen*,<sup>99</sup> og inneholder fire forhold som må være oppfylt for at en restriksjon skal være kompatibel med EØS-avtalen artikkel 36.

I det følgende ser jeg på de ulike elementene i denne testen og hvilken betydning den har for allmenngjøring av minstelønn.

---

<sup>97</sup> EØS-avtalen artikkel 39 jf. artikkel 33.

<sup>98</sup> Paul Craig & Gráinne De Búrca, *EU-LAW text, cases and materials*, 6. utgave (Oxford University Press, 2015) s. 833.

<sup>99</sup> Sak C-33/74 *Van Binsbergen*.

### 4.2.1 Legitime hensyn

For det første må restriksjonen «*be adopted in pursuit of a legitimate public interest compatible with EU aims*».<sup>100</sup> Dette betyr at restriksjonen må forfølge en legitim offentlig interesse som er i henhold til målsetninger i EU-retten. Hvilke hensyn domstolen anser som gyldige begrunnelser på restriksjoner og hvilke som ikke er det, har med tiden blitt nokså tydelige. Rene proteksjonistiske hensyn, slik som hensyn av økonomisk eller administrativ art og som kan bidra til å styrke nasjonal økonomi, har ikke vært ansett som gyldige.<sup>101</sup> Derimot har forhold av økonomisk interesse som for eksempelvis er begrunnet i folkehelsen blitt ansett som lovlige.<sup>102</sup>

Når det gjelder beskyttelse av utsendte arbeidstakere, følger det av saken *Kommisjonen mot Tyskland*<sup>103</sup> at primærretten ikke er til hinder for at en medlemsstat kan gjøre sine nasjonale lønnsvilkår gjeldende overfor utsendte arbeidstakere. Arbeidstakerhensyn ved utsending er dessuten fulgt opp av senere praksis fra domstolen.<sup>104</sup> Av interesse her kan nevnes at også hensynet til å motvirke sosial dumping<sup>105</sup> har vært tillagt vekt.<sup>106</sup> I saken *Portugaia Construções Lda*<sup>107</sup> som gjaldt minstelønn, følger det at det er opp til myndighetene, eventuelt domstolene, å fastslå om en medlemsstats lovgiving er forenlig med primærretten. Vurderingstemaet er om lovgivningen objektivt sett beskytter de utsendte arbeidstakerne.<sup>108</sup>

Hovedpoenget her er at dersom lovgiver objektivt sett realiserer formålet med å beskytte utsendte arbeidstakere og regelverk, så vil dette kunne stå seg som en lovlig restriksjon begrunnet i tvingende allmenne hensyn, forutsatt at de øvrige vilkår er oppfylt.

### 4.2.2 Diskrimineringsforbudet

For det andre, «*the restriction must be equally applicable to persons established within the state, and must be applied without discrimination*».<sup>109</sup> Tiltaket må gjelde likt for alle personer

---

<sup>100</sup> Craig og De Búrca, *EU law – text, cases and materials*, s. 833.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Sak C-341/02 *Commission v Germany* (Heretter *Kommisjonen mot Tyskland*) (avsnitt 24).

<sup>104</sup> Sak C-515/08 *dos Santos Palhota and Others* (avsnitt 45-47).

<sup>105</sup> Arbeidstilsynet har en temaside som i korte trekk forklarer begrepet: «*Med sosial dumping menes særlig at utenlandske arbeidstakere som utfører arbeid i Norge får vesentlig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidstakere. Begrepet er altså ikke begrenset til spørsmål om lavere lønn for samme type arbeid*» - hentet fra <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/sosial-dumping/> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>106</sup> Sak C-244/04 *Commission v Germany* (avsnitt 61).

<sup>107</sup> Sak C-164/99 *Portugaia Construções Lda* (avsnitt 30).

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> Craig og De Búrca, *EU law – text, cases and materials*, s. 833.

etablert innen en stats grenser, uten å virke diskriminerende. Forbudet mot diskriminering gjelder som et generelt prinsipp og er lovfestet i EU-retten.<sup>110</sup>

### **Direkte diskriminerende tiltak**

EØS-avtalens artikkel 39 jf. artikkel 33 hjemler en rett til særbehandling av fremmede statsborgere dersom det er fastsatt ved lov eller forskrift og begrunnet med hensyn til offentlig orden, offentlig sikkerhet og folkehelsen. I saken *Gouda*<sup>111</sup> viste domstolen til hvordan prinsippet om direkte diskriminering skulle forstås. Artikkel 36 forbyr diskriminering «*against a person providing services on account of his nationality or the fact that he is established in a Member State other than the one in which the service is provided*».<sup>112</sup> Direkte diskriminering foreligger når regler forskjellsbehandler markedsaktører under henvisning til deres nasjonalitet.<sup>113</sup> Et eksempel fra norsk rett er det tidligere kravet om arbeidstillatelse for å kunne ta arbeid i Norge. Et slikt krav kunne ikke lengre stilles etter at Norge ble del av det indre marked i EU. Niamh Nic Shuibne fremholder at direkte diskriminering foreligger der et tiltak er diskriminerende både gjennom lov og rent faktisk. Et slikt tiltak formidler både et diskriminerende objekt, og hvordan dette vil ha en diskriminerende effekt.<sup>114</sup>

### **Indirekte diskriminerende tiltak**

Etter EU-domstolens praksis finnes det en mulighet for å gjøre unntak for restriksjoner når de generelt kan begrunnes ut fra tvingende allmenne hensyn. Indirekte diskriminerende tiltak vil etter en sin ordlyd måtte forstås som tiltak som ikke åpenbart diskriminerer, men hvor effektene ved tiltaket likevel rent faktisk gir noen fordeler fremfor andre i en gitt situasjon. I saken *Perez og Gomez*<sup>115</sup> fremholdt EU-domstolen at en bestemmelse indirekte diskriminerer dersom den påvirker tjenesteytere fra andre medlemsstater spesielt, og det er en risk for at dette medfører ulemper. I lys av dette må dermed et nasjonalt lønnstiltak som rammer utenlandske borgere i sterkere grad enn innenlandske, måtte anses som indirekte

---

<sup>110</sup> EØS-avtalens artikkel 4 angir det generelle forbudet mot diskriminering (med videre henvisning til TFEU art. 18) «...*any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited*».

<sup>111</sup> Sak C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda v. Commissariaat voor de Media*.

<sup>112</sup> *Ibid.* (avsnitt 10).

<sup>113</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 76.

<sup>114</sup> Niamh Nic Shuibne, *The Coherence of EU Free Movement Law – Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, (Oxford University Press, 2013) s. 198.

<sup>115</sup> Forente saker C-570/07 og C-571/07, *Perez og Gomez* (avsnitt 119) - se også sak C-172/11 *Georges Erny v Daimler AG – Werk Wörth* (avsnitt 41) som bekrefter at dersom en nasjonal regel særlig rammer utenlandske arbeidstakere, vil det være tale om indirekte diskriminering.

diskriminering og en restriksjon på tjenestefriheten. Dette synes dessuten å ha støtte i litteraturen.<sup>116</sup>

Når det gjelder allmenngjøringsforskrifter så er disse som utgangspunkt ikke direkte diskriminerende ettersom de gis anvendelse for alle arbeidstakere, både norske og utsendte innenfor en gitt bransje. Spørsmålet som derimot aktualiserer seg ved allmenngjorte lønnsvilkår, er om disse indirekte gjør det vanskeligere for utenlandske tjenesteytere å levere sine tjenester. Det må derfor vurderes om tiltaket er proporsjonalt, se følgende punkt.

### **4.2.3 Proporsjonalitetsvurderingen**

For det tredje, «*the restriction imposed on the provider of services must be proportionate to the need to observe the legitimate rules in question*».<sup>117</sup> Her er det tale om en proporsjonalitetstest eller forholdsmessighetstest, hvor en gitt regel må være passende eller egnet for å nå sitt formål. Det er også et spørsmål om tiltakets formål kan nås på andre, eller mindre restriktive måter.<sup>118</sup>

Når staten hevder at et tiltak om minstelønn har legitime formål, må det i tillegg oppfylle de krav som følger av proporsjonalitetsprinsippet. Vurderingen baserer seg for det første på et krav om at tiltaket må være egnet og nødvendig for å nå sitt formål. For det andre må det ikke medføre et uforholdsmessig inngrep i grunnfrihetene.<sup>119</sup>

#### **Tiltakets egnethet**

At tiltaket skal være egnet, er et spørsmål om hvorvidt tiltaket bidrar til å oppfylle målsetningen. Kravet innebærer at tiltaket må være tjenlig som middel til å nå målet. Testen er imidlertid ikke særlig streng. Vurderingstemaet er ikke hvor godt, men hvorvidt, tiltaket er egnet. Vurderingen er konkret og baserer seg på konteksten. Det må gjøres en spesifikk vurdering både av det foreliggende tiltaket og den faktiske, rettslige sammenhengen det inngår i.<sup>120</sup>

#### **Tiltakets nødvendighet**

---

<sup>116</sup> Shuibne, *The Coherence of EU Free Movement Law – Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, s. 198.

<sup>117</sup> Craig og De Búrca, *EU law – text, cases and materials*, s. 834.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 88.

<sup>120</sup> *Ibid.* s. 92.

Neste skritt i vurderingen er tiltakets nødvendighet. Vurderingen beror på hvorvidt det er nødvendig med et tiltak som innebærer et så stort inngrep i de fire friheter som det aktuelle tiltaket gjør. Hvis svaret er nei, vil tiltaket kunne være strid med EØS-avtalen. Da EØS-avtalens primærregler angir nokså få og strenge vilkår for å rettferdiggjøre restriksjoner, må det legges til grunn at restriksjoner begrunnet i allmenne hensyn vil måtte bli vurdert strengt.<sup>121</sup>

I saken *Ladbrokes*<sup>122</sup> vurderte EFTA-domstolen nødvendighetskriteriet. Her ble det uttalt at det valgte tiltaket må være faktisk nødvendig for å nå de objektive grunner bak lovgivningen, og det beskyttelsesnivået som nasjonalstaten har valgt. Dette må forstås slik at dersom staten kan oppnå samme resultat med et mindre inngripende tiltak, må dette vurderes. Interessant i denne sammenheng, hva gjelder alternative tiltak, er at det er staten som må ta byrden selv om det innebærer økte kostnader.<sup>123</sup> I saken *DKV Belgium*<sup>124</sup> følger det at EU-domstolen vil kunne anerkjenne et tiltak som nødvendig dersom det ikke finnes «*less restrictive measures*» for å oppnå tilsvarende resultat. Dette viser at staten må vurdere om den ved mindre inngripende tiltak, under samme omstendigheter, kan oppnå det samme resultat.

#### 4.2.4 Respekten for de grunnleggende rettighetene

Den fjerde delen av testen, som ikke var nevnt i *Van Binsbergen*<sup>125</sup> og som ikke er like hyppig brukt i EU-domstolen, er kravet om at «*the restrictive measure should also respect fundamental rights*».<sup>126</sup> Dette er altså et krav om at restriksjonen også skal respektere fundamentale rettigheter i fellesskapsretten.

I denne vurderingen er det ikke lenger tiltaket som sådan, men det inngrep som tiltaket gjør i de fire friheter, som skal måles. Sentralt for forholdsmessighetsvurderingen er en avveining av ulike interesser. På den ene siden skal EØS-statens interesse i å oppnå egne nasjonale mål, veies opp mot den felles EØS-interessen som ligger til grunn for det indre marked. I litteraturen fremholdes en viktig faktor i EU-systemet: At det dreier seg om forholdet mellom

---

<sup>121</sup> *Ibid.* s. 94.

<sup>122</sup> Sak E-03/06 *Ladbrokes Ltd. og Staten v/Kultur- og kirke departementet og Staten v/Landbruks- og matdepartementet* (avsnitt 58).

<sup>123</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 94-95 – her fremholdes at staten ved nødvendighetsvurderingen må vurdere om det finnes alternative tiltak som vil ha tilsvarende virkning ved at målsetningene oppnås fullt ut, opp til valgt beskyttelsesnivå.

<sup>124</sup> Sak C-577/11 *DKV Belgium SA v Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL* (avsnitt 47).

<sup>125</sup> Sak C-33/74 *Van Binsbergen*

<sup>126</sup> Craig og De Búrca, *EU law – text, cases and materials*, s. 834.

juss og politikk. EU-domstolen vurderer derfor kravet til forholdsmessighet i snever forstand, slik at det gir rom medlemsstatene til å foreta ulike politiske valg.<sup>127</sup> I litteraturen er det dessuten fremholdt at på utsendingsdirektivets område, må ethvert nasjonalt tiltak som er begrunnet i beskyttelse av arbeidstakere granskes nøye.<sup>128</sup> Bakgrunnen for dette er, som fremholdt tidligere, at utsendingsdirektivet i første rekke er ment å beskytte retten til å yte tjenester, dernest beskyttelse av arbeidstakere.

### **4.3 Oppsummering**

Ut i fra foregående kapittel kan det konkluderes med at staten kan ha en viss anledning til å allmenngjøre et krav om lønnsvilkår i en tariffavtale. Vurderingstemaet er for det første om tiltaket direkte eller indirekte diskriminerer. Hvis svaret er ja, må restriksjonen begrunnes etter lovfestede eller domstolsskapte tvingende hensyn. I tilfeller hvor legitime hensyn, etter en forholdsmessighetsvurdering kan begrunne den, vil det kunne være lovlig etter EØS-avtalen. Når det gjelder hvilke elementer som kan inngå i minstelønnsbegrepet nasjonalt, vil staten dermed måtte ta hensyn til disse EØS-rettslige begrensningene før et tiltak treffes, enten gjennom lov eller vedtak om allmenngjort tariffavtale.

## **5 Minstelønn etter utsendingsdirektivet**

### **5.1 Innledning**

Problemstillingen i dette kapitlet er hvilken betydning utsendingsdirektivet har for statens adgang til å allmenngjøre lønnsvilkår. Flere av bestemmelsene i utsendingsdirektivet bidrar til tolkningen av hva som inngår i begrepet minstelønn. Sentrale i denne sammenheng er artikkel 3 nr. 1 bokstav c) og artikkel 3 nr. 7. Artikkel 3 nr. 10 er en unntaksregel som kan begrunne et lønnsvilkår dersom det er gjort ut fra hensynet til offentlig orden. Jeg vil i det videre se nærmere på lønnsbegrepet slik det er forstått i EU-retten og i norsk rett.

### **5.2 «Minimum rates of pay» i artikkel 3 nr. 1 bokstav c)**

*«The minimum rates of pay, including overtime rates; this point does not apply to supplementary occupational retirement pension schemes.»*

---

<sup>127</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, s. 100.

<sup>128</sup> Craig og De Búrca, *EU law – text, cases and materials*, s. 835.

Oversatt til norsk er «minimum rates of pay» omtalt som «minstelønn». Minstelønn må forstås som det minste beløp en arbeidstaker skal sikres i betaling ved utsending på midlertidige arbeidsoppdrag. Det som fremgår uttrykkelig av bestemmelsen er at ikke bare minstelønnen, men også overtidsbetaling er inkludert i begrepet. Supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger faller utenfor.

I artikkelen om lønnsbegrepet i EU, viser Bains at innholdet i utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav c) kan være vanskelig å angi konkret, som følge av at det er overlatt til den enkelte medlemsstat å definere hva som inngår i begrepet etter artikkel 3 nr.1 annet ledd.<sup>129</sup> Han viser også til at direktivet ikke er koblet opp mot den bakenforliggende traktatretten i EU om lønn, for eksempel TFEU art. 157, slik at tolkningen av hva som er minstelønn blir enda mer utfordrende.<sup>130</sup> Poenget er at EU har en begrenset kompetanse til å definere «pay» da medlemsstatene i stor grad definerer dette selv.<sup>131</sup> Bains fremholder videre at begrepet «minimum rates of pay» har en vernefunksjon, og i denne sammenheng vises det til formålene bak direktivet.<sup>132</sup> Formålene kan leses ut av fortalen til direktivet og angir at grenseoverskridende tjenesteyting «requires a climate of fair competition and measures guaranteeing respect for the rights of workers».<sup>133</sup>

Det skal etter dette tas hensyn til arbeidstakeres rettigheter samtidig som det skal legges til rette for rettferdig konkurranse. At bestemmelsen har en vernefunksjon kommer enda tydeligere frem dersom bestemmelsen leses i lys av fortalen til direktivet. Spørsmålet for nasjonalstaten blir hvilken grad av beskyttelse man kan velge for å verne arbeidstakere. Her vil det som nevnt tidligere i drøftelsen måtte vurderes hvordan oppnåelse av formålet bak restriksjonen kan skje, uten at det oppleves uforholdsmessig byrdefullt for utenlandske tjenesteytere.

Etter artikkel 3 nr. 1 bokstav c, er det dermed klart at overtidsbetaling inngår i minstelønnsbegrepet, og at supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger faller utenfor. Når det gjelder beregningen av overtidstillegg vil jeg komme tilbake til dette i punkt 6.3. Jeg vil nå se nærmere på hvilket bidrag artikkel 3 nr.1 annet ledd gir til tolkningen av minstelønnsbegrepet.

---

<sup>129</sup> Bains, *Lønn i EU-retten – Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett*, s. 27.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.* s. 10-11

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Utsendingsdirektivets fortale, punkt 5.

### 5.3 Forholdet til artikkel 3 nr. 1 annet ledd

«For the purposes of this Directive, the concept of minimum rates of pay referred to in paragraph 1 (c) is defined by the national law and/or practice of the Member State to whose territory the worker is posted».

Leser man ordlyden isolert er det mye som taler for at staten står fritt til selv å definere hva som inngår i minstelønnsbegrepet, og dermed også hvilket beskyttelsesnivå en velger nasjonalt. Begrepet minstelønn må etter bestemmelsen defineres i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er sendt til, se kapittel 2.2.4.

Utsendingsdirektivet tar dermed høyde for at de ulike medlemsstatenes minstelønn kan bestå av ulike lønns-elementer. Dette samsvarer med synspunktet Bains fremmet i sin artikkel ovenfor i punkt 5.2. Jeg vil nå se nærmere på noen eksempler fra rettspraksis som gjelder minstelønnsbegrepet og elementer av det.

I saken *Kommisjonen mot Luxembourg*<sup>134</sup> fremholdt EU-domstolen at artikkel 3 nr. 1 gir en uttømmende liste over de arbeids- og ansettelsesvilkår vertsstaten kan gjøre gjeldende ovenfor utsendte arbeidstakere. I denne saken uttalte domstolen at en ordning som gjaldt automatisk indeksregulering av lønnen i henhold til levekostnadene i landet, ikke var omfattet av kjernen i artikkel 3 nr. 1.<sup>135</sup>

*Kommisjonen mot Tyskland*<sup>136</sup> som også gjaldt minstelønn, illustrerer at Tyskland ved å unnlate å ta med enkelte tillegg og supplerende ytelser i beregningen av nasjonal minstelønn, ikke overholdt sin forpliktelse etter utsendingsdirektivet. En slik ordning ville vært lite forutberegnelig for en tjenesteyter som må tilpasse seg etter minstelønnen i vertsstaten.

Fra EFTA-domstolen nevnes saken *ESA mot Island*<sup>137</sup> hvor det kom klart frem at sykepenger etter direktivet ikke var omfattet av minstelønnsbegrepet. Det ble fremholdt at hva som regnes som minstelønn kan vurderes fritt, men må gjøres i lys av den bakenforliggende primærretten.<sup>138</sup> I dommen ble det konkludert med at en berettigelse til sykepenger, som ikke

---

<sup>134</sup> Sak C-319/06 *Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg* (heretter *Kommisjonen mot Luxembourg*) (avsnitt 26).

<sup>135</sup> *Ibid.* (avsnitt 47).

<sup>136</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 43).

<sup>137</sup> Sak E-12/10 *ESA mot Island* (avsnitt 47).

<sup>138</sup> *Ibid.* (avsnitt 45).



er underlagt noen minstesats ikke er å betrakte som minstelønn etter artikkel 3 nr. 1 bokstav c).<sup>139</sup>

I saken *Isbir*<sup>140</sup> måtte EU-domstolen ta stilling til om utsendingsdirektivet utelukker en medlemsstat fra å regne betaling av engangsbeløp i forbindelse med tarifforhandlinger som en del av minstelønnen. Og videre om et bidrag til kapitalforsyning falt utenfor begrepet.<sup>141</sup> EU-domstolen viste først til at utsendingsdirektivet ikke i seg selv angir hvilke lønnslementer som inngår i begrepet. Det er opp til medlemsstaten å avgjøre innholdet, så lenge det ikke hemmer den frie flyten av tjenester.<sup>142</sup>

Domstolen oppsummerer sitt syn på spørsmålet med at artikkel 3 nr.1 bokstav c) ikke utelukker en medlemsstat fra å inkludere elementer i minstelønnen, som ikke endrer på forholdet mellom en levert tjeneste, og den betaling han mottar i retur.<sup>143</sup> Når det gjaldt kapitalforhøyelsen, falt dette utenfor minstelønnsbegrepet. EU-domstolen begrunnet dette i at en kapitalforhøyelse ikke utgjør en del av det «vanlige» forholdet mellom en tjenesteytelse og det økonomiske vederlag som blir betalt, i lys av utsendingsdirektivet.<sup>144</sup> Etterbetalinger av engangsbeløp som følge av at lønnsatsen hadde blitt oppjustert, kunne derimot betraktes som et element av minstelønnen, da disse ikke endret ikke på den gjensidige ytelsen som allerede hadde skjedd.<sup>145</sup> Det ser dermed ut til at EU-domstolen har akseptert etterbetalinger så lenge de ikke forandrer på et allerede eksisterende tjenesteforhold.

Keiserud og Vartdal stiller i litteraturen spørsmål om hva det norske lønnsbegrepet faktisk omfatter, slik det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-12a.<sup>146</sup> Bestemmelsen er med på å gjennomføre EUs vikarbyrådirektiv i norsk rett, og da ble ulike elementer av det norske lønnsbegrepet vurdert. Et sentralt spørsmål er om lønnsbegrepet skal tolkes vidt eller snevert? På den ene siden kan det spørres om begrepet omfatter ethvert vederlag som tilkommer arbeidsforholdet (sykepengene, bonusordninger), slik at det er tale om et vidt lønnsbegrep. På den annen side om lønnsbegrepet skal tolkes snevert slik at lønnsvederlaget

---

<sup>139</sup> *Ibid.* (avsnitt 47).

<sup>140</sup> Sak C-522/12 *Tevfik Isbir v DB Services Gmb* (heretter *Isbir*).

<sup>141</sup> *Ibid.* (avsnitt 32).

<sup>142</sup> *Ibid.* (avsnitt 37).

<sup>143</sup> *Ibid.* (avsnitt 45).

<sup>144</sup> *Ibid.* (avsnitt 44).

<sup>145</sup> *Ibid.* (avsnitt 42).

<sup>146</sup> Thomas Keiserud og Kristine Ringstad Vartdal, *De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål*, s. 158-159.

knytter seg kun til selve arbeidsutførelsen.<sup>147</sup> Hvordan det norske lønnsbegrepet er definert er av betydning for avhandlingen (se punkt 2.4.2.) Dette fordi utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 annet ledd, åpner opp for at medlemsstatene definerer «minimum rates of pay» etter nasjonal lovgivning.

For å oppsummere den foregående delen har vi sett at artikkel 3 nr. 1 annet ledd, angir eksplisitt at minstelønn defineres i samsvar med nasjonal lovgivning. Så lenge lønnelementet ikke endrer på forholdet mellom en levert tjeneste og det økonomiske vederlag som blir betalt, synes EU-domstolen å kunne tillate slike. Jeg vurderer ulike lønnelementer nærmere i kapittel 6.

## 5.4 Forholdet til artikkel 3 nr. 7 første og annet ledd

### 5.4.1 Artikkel 3 nr. 7 første ledd

*«Paragraphs 1 to 6 shall not prevent application of terms and conditions of employment which are more favourable to workers»*

Bestemmelsen er et utslag av at direktivet er et lovvalgsdirektiv. Det følger av ordlyden at direktivet ikke er til hinder for at det kan kreves gunstigere arbeids- og ansettelsesvilkår ved utsending. I *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>148</sup> gjør EU-domstolen det klart hvordan første ledd skal forstås: *«It is only where a comparison is made between the terms and conditions of employment, referred to in the first subparagraph of Article 3(7) of Directive 96/71, applied in the home Member State and those in force in the host Member State that the categorisation made by the home Member State must be taken into account when it is more favourable to the worker.»*<sup>149</sup>

Det er altså kun i de tilfeller hvor det gjøres en sammenligning mellom de arbeids- og ansettelsesvilkårene som gjelder i hjemstaten med de som gjelder i vertsstaten, at det må tas hensyn til kategoriseringen av hjemlandets rett. Dette gjelder dersom den er mer gunstig for arbeidstakeren. Det som ble drøftet i denne saken var blant annet kategorisering i ulike lønnsklasser i vertsstaten. EU-domstolen viste til at vertsstatens regler om lønnsgrupper vil gjelde fremfor utsendte arbeidstakeres hjemlige vilkår. Men for at første ledd i artikkel 3 nr. 7

---

<sup>147</sup> *Ibid.* s. 159.

<sup>148</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*.

<sup>149</sup> *Ibid.* (avsnitt 43).

skal komme til anvendelse, må det etter EU-domstolens synspunkt foreligge en situasjon hvor hjemlandets rett gir arbeidstakeren bedre beskyttelse enn vertsstatens.

Poenget her har vært å vise at artikkel 3 nr. 7 første ledd, i lys av EU-domstolens praksis, synes å komme til anvendelse kun i de tilfeller hvor hjemlandets rett gir bedre vilkår enn vertsstatens. Antakelig vil denne situasjonen sjelden oppstå ved utsending til Norge, da lønnsvilkårene generelt må antas å være bedre enn eksempelvis land med i Øst-Europa med lavere lønninger.

#### **5.4.2 Artikkel 3 nr. 7 annet ledd**

*«Allowances specific to the posting shall be considered to be part of the minimum wage, unless they are paid in reimbursement of expenditure actually incurred on account of the posting, such as expenditure on travel, board and lodging.»*

Alle godtgjørelser som gjelder spesielt for utsendingen skal etter dette betraktes som en del av minstelønna, med mindre disse betales som refusjon av utgifter som utsendingen har hatt, for eksempel utgifter til reise, kost og losji. Etter bestemmelsen må angivelig godtgjørelser som gjelder spesielt for utsendingen regnes som en del av minstelønnen. Dersom godtgjørelsene derimot betales som refusjon for utgifter som har påløpt på grunn av utsendingen, faller de utenfor minstelønnsbegrepet.

Problemstillingen om utgifter for reise, kost og losji kan regnes som elementer av minstelønna, slik Høyesterett mente i *STX-saken*<sup>150</sup>, kommer jeg tilbake til i kapittel 6.

### **5.5 Forholdet mellom artikkel 3 nr. 1 bokstav c) og artikkel 3 nr. 10**

I utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 10 finnes det en snever unntaksregel som åpner opp for at en medlemsstat kan gjøre ytterligere lønnsvilkår gjeldende dersom det kan begrunnes i såkalte «public policy» hensyn. I det følgende vil jeg redegjøre kort for hvordan denne bestemmelsen skal forstås og hvordan en medlemsstat anvender den. En forutsetning for å benytte unntaket i artikkel 3 nr. 10, er at tiltaket ikke er omfattet av den kjernen av vilkår som utsendingsdirektivet stiller opp:

*«This Directive shall not preclude the application by Member States, in compliance with the Treaty, to national undertakings and to the undertakings of other States, on a basis of equality*

---

<sup>150</sup> Rt. 2013 s. 258

*of treatment, of: terms and conditions of employment on matters other than those referred to in the first subparagraph of paragraph 1 in the case of public policy provisions»*

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen, er at direktivet i lys av traktaten ikke utelukker en stat fra å gjøre andre arbeids- og ansettelsesvilkår gjeldende enn de som fremgår av kjernen i nr. 1 første ledd. En forutsetning for at staten kan gjøre slike lønnsvilkår gjeldende, er at de begrunnes med hensynet til likebehandling av utsendte og lokale arbeidstakere, ved å vise til bestemmelser om offentlig orden. Bestemmelsen gir dermed en utvidet rett til å gå utenfor kjernen av de arbeids- og ansettelsesvilkår som fremgår av artikkel 3 nr.1. Spørsmålet er hva som ligger i begrepet «public policy», og når dette kan begrunne lønnsvilkår utenfor kjernen i artikkel 3 nr. 1.

I *Kommisjonen mot Luxembourg*<sup>151</sup> ble artikkel 3. nr. 10 drøftet i forhold til artikkel 3 nr.1 bokstav c. EU-domstolen uttalte at artikkel 3 nr. 10 åpner for at en medlemsstat i samsvar med traktaten, og dersom det er tale om bestemmelser om offentlig orden, kan gjøre andre arbeids- og ansettelsesvilkår gjeldende enn de som følger av artikkel 3 nr. 1.<sup>152</sup> Domstolen går nokså utførlig til verks i sin argumentasjon for hva som kan begrunnes i et «public policy» hensyn. Den fremholder at selv om en medlemsstat i prinsippet står fritt til å vurdere kravet til offentlig orden i lys av nasjonale behov, så må begrepet fortolkes strengt i en fellesskapsrettslig kontekst.<sup>153</sup> I denne sammenheng peker EU-domstolen på at det er tale om å fravike et grunnleggende prinsipp i fellesskapsretten (friheten til å yte tjenester), slik at omfanget av begrepet kan ikke bestemmes ensidig av den enkelte medlemsstat.

Med henvisning til tidligere praksis,<sup>154</sup> vises det til at vilkåret om «public policy» kan anvendes bare dersom det utgjør en genuin og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en fundamental samfunnsinteresse. Saken domstolen refererte til var *Église de scientologie*,<sup>155</sup> hvor det følger at tiltaket må være nødvendig for å beskytte de aktuelle interesser, og det må vurderes om det finnes andre mindre inngripende tiltak.

Erik Sjødin viser i en artikkel til at traktatretten ikke inneholder noen definisjon av «public policy», slik at det er opp til EU-domstolen og medlemsstatene selv å definere det nærmere

---

<sup>151</sup> Sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxembourg*.

<sup>152</sup> *Ibid.* (avsnitt 27).

<sup>153</sup> *Ibid.* (avsnitt 50).

<sup>154</sup> *Ibid.* (avsnitt 50) – henvisning til Sak C-54/99 *Église de scientologie* (avsnitt 17).

<sup>155</sup> Sak C-54/99 *Église de scientologie* (avsnitt 18).

innholdet.<sup>156</sup> Dette samsvarer for øvrig godt med hva EU-domstolen fremholdt i *Kommisjonen mot Luxembourg*. Han fremholder videre at det må være en kobling mellom den aktuelle samfunnstrusselen, og det tiltaket som er innført for at dette skal kunne aksepteres etter fellesskapsretten.<sup>157</sup> Sjødin konkluderer riktignok i artikkelen med at beskyttelse av arbeidstakere er tilstrekkelig sikret gjennom utsendingsdirektivet, slik at ytterligere beskyttelse anses unødvendig. Anvendelse av artikkel 3 nr. 10 utgjør etter hans syn en restriksjon som ikke kan begrunnes i beskyttelse av arbeidstakere.<sup>158</sup>

I kapittel 6 ser jeg nærmere på hvordan Høyesterett anvendte artikkel 3 nr. 10 i *STX-saken*, og hva EFTA-domstolen mente om forståelsen av unntaket. Her nøyer jeg meg med å konkludere med at dersom en skal benytte unntaket for «public policy» for å begrunne et lønnsvilkår som faller utenfor den kjernen i utsendingsdirektivet, synes den rådende oppfatning etter EU/EØS-retten å være at tiltaket må være nødvendig og proporsjonalt. Videre må tiltaket være begrunnet ut i fra at det kan true en fundamental samfunnsinteresse. Hvorvidt Sjødins konklusjon om at utsendingsdirektivet alene sikrer tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakere, vil jeg ikke ta stilling til her. EU-domstolens praksis synes imidlertid å være at unntaket kan benyttes, på de vilkår som er nevnt ovenfor. Hvorvidt disse er oppfylt i et enkelttilfelle må vurderes konkret.

## 5.6 Oppsummering

Formålet med dette kapitlet har vært å få frem hvilken betydning bestemmelsene i utsendingsdirektivet har for en medlemsstats adgang til å definere den nasjonale minstelønnen. Jeg har vurdert de ulike bestemmelsene, og sett disse i sammenheng. På denne måten har jeg etablert en ramme av relevante bestemmelser som er nødvendig for drøftelsen i neste kapittel. Når jeg går videre skal jeg vurdere de ulike lønnelementene som EU/EØS-retten anser som minstelønn. Jeg vil underveis vise til hvilke allmenngjøringsforskrifter som inneholder slike lønnelementer, og vurdere om de er riktig gjennomført i henhold til EU/EØS-retten.

---

<sup>156</sup> Erik Sjødin, *Labour Market Regulation as Restrictions A developmental Study of ECJ Case Law at the Interface between Free Movement and Posting of Workers*, s. 62.

<sup>157</sup> *Ibid.* s. 63 – viser til Sak C-466/98 *Commission v United Kingdom* (avsnitt 57).

<sup>158</sup> *Ibid.* s. 79.

## 6 Lønnelementer omfattet av minstelønnsbegrepet i utsendingsdirektivet

### 6.1 Innledning

I denne delen vurderer jeg hvilke lønnelementer som inngår i minstelønnsbegrepet i EU/EØS, og hvordan disse er gjennomført i norske allmenngjorte tariffavtaler. Jeg begrenser meg ikke til kun å redegjøre for lønnelementer som fremgår av de gjeldende allmenngjøringsforskriftene, men vil også vise til eventuelle andre lønnelementer EU-retten har godkjent. Ved å gjøre dette får jeg også belyst hvilke øvrige lønnelementer Tariffnemnda kan allmenngjøre, uten at det medfører brudd på EØS-avtalen. Grunnen til at jeg velger denne fremgangsmåten er å kunne belyse forholdet mellom norsk rett og EU/EØS-rett. Når jeg omtaler «lønnelementer» sikter jeg til hvilke ulike ytelser som kan inngå i et felles minstelønnsbegrep. Hvis en allmenngjort tariffavtale har bestemmelser om lønnelementer som inngår i den aktuelle vertsstatens minstelønn, og en utenlandsk tjenesteyter ikke betaler disse i hjemlandet, vil det kunne oppstå en situasjon der den utsendte arbeidstakeren ikke får den minstelønnen han har krav på etter utsendingsdirektivet.

### 6.2 Grunnlønn - «Basic salary»

«Basic salary», eller på norsk «grunnlønnen», er blitt omtalt som kjerneelementet ved beregning av «minimum rates of pay».<sup>159</sup> En allmenn forståelse av begrepet grunnlønn er at det er betaling for et stykke arbeid, som bygger på prinsippet om ytelse mot ytelse. Normalt antas ikke grunnlønn å omfatte noe mer enn betalingen for det stykke arbeid som er utført.

I *Kommisjonen mot Tyskland* kom EU-domstolen til at lønnelementer som «... *alter the relationship between the service provided (...) and the consideration which he receives in return...*»<sup>160</sup> ikke skal regnes som minstelønn etter direktivet. Dette må forstås slik at det bygger på prinsippet om ytelse mot ytelse. Andre lønnelementer skal dermed ikke endre på den *grunnlønnen* som en arbeidstaker har krav på for arbeidsinnsatsen.

---

<sup>159</sup> Publications Office of the European Union, *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors*, s. 97.

<sup>160</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 39).

Alle de norske allmenngjøringsforskriftene som gjelder per dags dato, har bestemmelser om grunnlønn.<sup>161</sup> I *Kommisjonen mot Tyskland* gjorde EU-domstolen det klart at ved omtale av minstelønn så gjelder bruttobeløp.<sup>162</sup> I de norske allmenngjøringsforskriftene, er betaling for arbeidsvederlag angitt i bruttobeløp.<sup>163</sup> Norsk lovgivning samsvarer derfor med EØS-avtalen på dette punkt.

Et neste spørsmål er om det er i overensstemmelse med EØS-avtalen at norske allmenngjøringsforskrifter gjennom ulike lønnsklasser differensierer hva som er grunnlønnen, basert på kompetanse eller alder.

### 6.2.1 Timelønn og lønnsklasser

I saken *Sähköalojen ammattiliitto* vurderte EU-domstolen om beregning av minstelønn kunne baseres på timebasis eller akkord, samt om lovligheten av inndeling av arbeidstakere i ulike lønnsklasser.<sup>164</sup> Spørsmålet var om artikkel 3 i utsendingsdirektivet i lys av primærretten,<sup>165</sup> hindrer en medlemsstat fra å gjennomføre en slik ordning i en kollektiv tariffavtale.

Domstolen viste til at ordlyden i utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 1 annet ledd, implisitt angir at metoden for å avgjøre hva minstelønnen er nasjonal, og dermed opp til medlemsstaten selv å avgjøre.<sup>166</sup> Her sier dermed domstolen at medlemsstaten har en viss skjønnsfrihet til selv å definere minstelønnsbegrepet.

For at en vertsstat kan gjøre slike lønnsvilkår gjeldende overfor arbeidsgivere fra andre medlemsstater, stilles det som vilkår at reglene må være bindende og transparente.<sup>167</sup> Dette kravet innebærer at bestemmelsene om lønnsvilkårene må være tilgjengelige og klart utformet.<sup>168</sup> I forkant av avgjørelsen, utredet generaladvokaten spørsmålet om inndeling i «pay groups» og mente at dette var i strid med tjenestefriheten.<sup>169</sup> Ved å tillate slike ordninger ville vern av det innenlandske arbeidsmarkedet bli tillagt uberettiget vekt.<sup>170</sup> EU-domstolen

---

<sup>161</sup> Se fotnote 21 for fullstendig navn på forskriftene.

<sup>162</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 29).

<sup>163</sup> Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt kapittel 5, herunder § 5-1 viser til at ved fordel vunnet ved arbeid er det tale om bruttoinntekter.

<sup>164</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 38).

<sup>165</sup> TFEU artikkel 56 og 57.

<sup>166</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 39).

<sup>167</sup> *Ibid.* (avsnitt 44).

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> Opinion of Mr Advocate General Wahl delivered on 18 September 2014, Document 62013CC0396 (avsnitt 83) - i forbindelse med avgjørelsen i Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*. ECLI:EU:C:2014:2236.

<sup>170</sup> *Ibid.*

valgte likevel å fravike dette syn. Begrunnelsen var at så lenge beregningsmåten og kategoriseringen utføres i regelverk som er bindende og transparent for de som det omfatter, vil dette være innenfor rammene av utsendingsdirektivet.<sup>171</sup>

Dermed vil man etter utsendingsdirektivet både kunne angi lønn per time eller akkord, og å dele inn i ulike lønnsklasser. Dette forutsetter riktig nok at de øvrige vilkår er oppfylt, herunder kravet om at det foreligger en kollektiv avtale hvor reglene er tilstrekkelig klart utformet og tilgjengelig.

## 6.2.2 Tilgjengelighets og klarhetskravet

Det neste spørsmål blir om lønnsklasseinndelingene i norske allmenngjøringsforskriftene er korrekt gjennomført i et EU/EØS-rettslig perspektiv.

Alle forskriftene har lønnsbestemmelser om ulike lønnsklasser basert på kvalifikasjoner, alder eller erfaring (med unntak av allmenngjøringsforskriften for godstransport på vei og persontransport med turbil). EU-domstolen godtar differensiering etter «...*workers' qualifications, training and experience and/or the nature of the work performed by them...*».<sup>172</sup> Et eksempel på at dette er gjennomført i norsk rett, finner vi i allmenngjøringsforskriften for byggeplasser i Norge § 4.<sup>173</sup>

Bestemmelsen i § 4 viser at det betales ulike satser basert på kompetanse, bransjeerfaring og alder. Den differensierer mellom ulike lønnsklasser, og angir en minstelønn per time for hva de aktuelle arbeidstakere har krav på. Legger man EU-domstolens føringer til grunn, så kan vi konkludere med at bestemmelsen er korrekt gjennomført. Av plasshensyn velger jeg ikke å redegjøre nærmere for de andre allmenngjøringsforskriftene på dette punkt. De øvrige bestemmelsene som omhandler grunnlønn og lønnsklasser i de øvrige forskriftene, synes også å være i overensstemmelse med EU/EØS-retten. Felles for alle er at de angir timelønn og differensierer i ulike lønnsklasser basert på kompetanse, bransjeerfaring eller alder, samtidig som de er gjort allment tilgjengelige.

---

<sup>171</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 45).

<sup>172</sup> *Ibid.* (avsnitt 43).

<sup>173</sup> «Arbeidstakere som utfører bygningsarbeid, jf. § 2, skal minst ha en lønn per time på:

- a) For faglærte: kr 197,90
- b) For ufaglærte uten bransjeerfaring: kr 177,80
- For ufaglærte med minst ett års bransjeerfaring: kr 185,50
- c) For arbeidstakere under 18 år: kr 119,30»



Når det gjelder tilgjengelighetsvilkåret, så er det Arbeidstilsynets oppgave å utferdige informasjon om arbeids- og ansettelsesvilkår som er forståelig og lett å finne for utenlandske tjenesteytere og berørte utsendte arbeidstakere.<sup>174</sup> Arbeidstilsynets nettsider<sup>175</sup> er lett tilgjengelig og informerer om minstelønn i aktuelle allmenngjorte forskrifter. Opplysninger om utsendte arbeidstakeres rettigheter i Norge finnes også på Eurofound<sup>176</sup> sine nettsider som informerer kortfattet og enkelt om hvordan Norge gjennomfører utsendingsdirektivet.<sup>177</sup>

I et EU/EØS-rettslig perspektiv må konklusjonen være at bestemmelser om grunnlønn i norske allmenngjorte tariffavtaler gjennomføres på en korrekt måte og som fremmer forutberegnelighetshensyn.

### 6.3 Overtid - «Overtime rates»

Problemstillingen her er om betaling av overtidstillegg skal ta utgangspunkt i oppnådd timelønn eller i minstelønnen. Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr.1 bokstav c, angir at overtidsbetaling er inkludert i minstelønnen. En allmenn oppfatning av «overtime rates» er at dersom en arbeidstaker må jobbe utover alminnelig arbeidstid, skal det betales tillegg til grunnlønna.

EU-domstolen har angitt at det er opp til medlemsstatene å vedta lovgivning som gjennomfører utsendingsdirektivets bestemmelser.<sup>178</sup> Etter arbeidsmiljøloven skal det ved overtidsarbeid betales et tillegg på minimum 40%.<sup>179</sup> Av de norske allmenngjorte tariffavtalene er det bare i skips- og verftsindustriens § 6 at man finner en egen bestemmelse som gjelder overtidsarbeid.<sup>180</sup> For arbeid ut over ordinær arbeidstid skal det etter bestemmelsen betales et tillegg på 50% av den fastsatte grunnlønna per time. Videre skal det i tidsrommet mellom kl. 21.00 og kl. 06.00, på søndager og på helligdager betales et tillegg på 100% av den fastsatte grunnlønna per time.

---

<sup>174</sup> Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere § 5.

<sup>175</sup> <https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/lonn/minstelonn/> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>176</sup> The European Foundation for the improvement of Living and Working conditions (Eurofound), etablert gjennom Council Regulation (EEC) No. 1365/75, skal bidra til planlegging og utforming av bedre leve- og arbeidsvilkår i Europa. Se <https://www.eurofound.europa.eu/faq#What> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>177</sup> Se <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/norway/norway-posted-workers>, pkt.2.2 B (sist besøkt 20.12.17) – her oppgis det at i Norge er det opprettet et eget servicesenter for utenlandske arbeidstakere i tillegg til informasjon på internett og i papirutgave.

<sup>178</sup> Se Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 25).

<sup>179</sup> Se arbeidsmiljøloven § 10-6 (11).

<sup>180</sup> Forskrift av 23. september 2016 nr. 1242 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten for skips- og verftsindustrien § 6.

Overtidstillegget ble vurdert av Høyesterett i *STX-saken*. Spørsmålet var om tillegget skulle regnes som prosentandel av utsendt arbeidstakers timelønn eller av minstelønnen.<sup>181</sup>

Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens vurdering, hvor det ble fremholdt at allmenngjøringsforskriften for skips- og verftsindustriens § 6 var å anse som en bestemmelse om minstelønn i utsendingsdirektivets forstand. Bestemmelsen i § 6 viste tilbake til bestemmelsen i § 3 om «lønn per time», og at denne var en bestemmelse om minstelønn.<sup>182</sup> Dermed ble overtidsbestemmelsen vurdert å være tilstrekkelig klar.

Når arbeidsmiljøloven oppgir at det skal betales «minimum» 40% overtidstillegg, må dette anses som et nasjonalt lovfestet minstekrav. At Tariffnemnda gjennom forskriften for skips- og verftsindustrien, fattet vedtak om at det skal betales tillegg mellom 50-100% for overtidsarbeid, må dermed også anses å være i tråd med kravet i EU/EØS. Den viser for det første til hvilken prosent overtidstillegg som skal betales, og for det andre henvises det tilbake til § 3 som angir hvilke summer tillegget skal regnes av. Denne løsning må anses både å være klart uformet og dermed forutberegnelig for arbeidsgivere i utsenderlandet.

Forskriftsbestemmelsen oppfyller med dette klarhetskravet i overenstemmelse med EU/EØS-retten.

Overtidsbestemmelsen i den allmenngjorte forskriften for skips- og verftsindustriens er dermed i samsvar med EU/EØS-retten og kan regnes som en del av minstelønnsbegrepet.

## **6.4 Tillegg til grunnlønnen - «Bonuses and other supplements»**

### **6.4.1 Generelt**

Problemstillingen her er om tillegg eller bonuser skal regnes som elementer av minstelønnen. Etter å ha redegjort mer generelt om dette, vil jeg konkret vurdere ulike typer av tillegg. Forskrift om allmenngjøring i skips- og verftsindustrien<sup>183</sup> angir flere ulike skifttillegg, heriblant såkalte to-, tre- eller helkontinuerlig treskiftarbeid. For de ulike formene for skiftarbeid er det i forskriftene tallfestede satser for hva en arbeidstaker er berettiget. For 1. skift betales intet i tillegg frem til lørdag kl. 14.00. For 2- og 3-skift betales det tillegg uavhengig av dag. Videre betales det tillegg for skiftarbeid etter kl. 14.00 på dager før søndag

---

<sup>181</sup> Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 133).

<sup>182</sup> *Ibid.* (avsnitt 134-135).

<sup>183</sup> Forskrift av 23. september 2016 nr. 1242 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten for skips- og verftsindustrien § 3.

og helligdager. Endelig betales det tillegg fra kl. 14.00 på jul-, nyttårs-, påske- og pinseaften. Tilleggene varierer i størrelse ut i fra om det gjelder en arbeidsplass med to-, tre- eller helkontinuerlig treskiftarbeid.

De andre forskriftene<sup>184</sup> som har bestemmelser om tillegg er allmenngjøringsforskriften for elektrofagene § 3, fiskeindustribedrifter § 3, jordbruks- og gartnerinæringene § 3 og for renholdsbedrifter § 3.

I en studie for EU-kommisjonen ble minstelønnsbegrepet i ulike medlemsstater vurdert.<sup>185</sup> I delen som gjelder «Bonuses and supplements»<sup>186</sup> tar forfatterne utgangspunkt i EU-domstolens uttalelse i saken *Kommisjonen mot Tyskland*.<sup>187</sup> Saken gjaldt forståelsen av minstelønnsbegrepet i lys av andre bonuser og tillegg. Domstolen kom til at dersom et tillegg endrer på forholdet mellom en allerede levert ytelse og den lønn som er betalt, og tilleggene ikke betraktes som minstelønn etter nasjonal lovgivning, så faller de utenfor minstelønnsbegrepet.<sup>188</sup> Dette må forstås slik at dersom et tillegg regnes som del av nasjonal minstelønn og *ikke* endrer på forholdet mellom en levert ytelse og betalt vederlag, vil det kunne regnes som et element av minstelønna. Dersom tillegget derimot endrer på forholdet mellom en levert ytelse og betalingen, og ikke utgjør et element av minstelønna etter nasjonal lovgivning, må EU-domstolen tolkes slik at tillegget faller utenfor minstelønnsbegrepet etter artikkel 3 i direktivet.<sup>189</sup>

I studiet følger det at bonuser eller tillegg som tilkjennes på jevnlig basis ikke regnes som minstelønn,<sup>190</sup> mens i praksis har engangs- utbetalinger vært godkjent.<sup>191</sup> Videre viser forfatterne til at man befinner seg innen et komplekst område, og at det er vanskelig å gi et krystallklart svar på «*whether a given advantage is part or not of the constituent elements of*

---

<sup>184</sup> Se fotnote 21 for fullstendig navn på forskriftene.

<sup>185</sup> Publications Office of the European Union, *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors*.

<sup>186</sup> *Ibid.* s. 101.

<sup>187</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 39).

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> *Ibid.* (avsnitt 39-41) lest i sammenheng.

<sup>190</sup> Publications Office of the European Union, *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors*. s. 102.

<sup>191</sup> Sak C-522/12 *Isbir*.

*the minimum rates of pay.*» eller ikke.<sup>192</sup> Noe av hovedårsaken til at det generelt er utfordrende å angi hvilke tilleggsytelser som er minstelønn, er at medlemsstatene i utgangspunktet står fritt til å definere hva denne skal være som følge av utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 annet ledd. Spørsmålet om hva som regnes som lønnslementer i minstelønnsbegrepet, må derfor vurderes i henhold til hvordan EU-domstolen har tolket utsendingsdirektivet.

EU-domstolen har godkjent at det kan gis tillegg på bakgrunn av skittent, tungt eller farlig arbeid.<sup>193</sup> Vilkårene for at tillegg av denne art skal regnes som et element av minstelønnen, er at arbeidstakeren er satt til å gjøre ekstra arbeid eller til å jobbe under spesielle forhold. Dersom en arbeidstaker settes til denne type arbeid fremholder domstolen at det er normalt å betale ekstra kompensasjon. Det slås imidlertid fast at tillegget ikke skal tas hensyn til ved beregningen av minstelønnen.<sup>194</sup>

I studiet for EU-kommisjonen gis det eksempler på hvilke lønnstillegg ulike medlemsstater regner som del av minstelønnen. Frankrike for eksempel regner tillegg for nattarbeid, søndagsarbeid og tillegg basert på geografisk beliggenhet (f.eks. bygg- og anleggsplass). I Nederland regnes kompensasjon for arbeidstøy, og bonus for uregelmessig arbeidstid som en del av minstelønna. I Sverige blir tillegg for skiftarbeid, dykking, beredskapsvakt og for ubekvem arbeidstid ansett som en del av minstelønna. Forfatterne oppsummerer det hele med at det ikke er en europeisk enighet om hvilke ytelser som er omfattet av begrepet.<sup>195</sup> Tilleggene som her er nevnt, er nyttige i vurderingen av tilleggene i norske allmenngjorte tariffavtaler.

For å oppsummere hvilke krav EØS-avtalen stiller, synes det klart at tilleggene ikke kan endre på forholdet mellom en allerede levert tjeneste og det vederlag som er betalt. Det må fremgå av lovgivningen at tillegget regnes som en del av minstelønnsbegrepet. En bestemmelse om tillegg må dessuten være både tilgjengelig og klart utformet.<sup>196</sup> Klarhetskravet i EØS-rettslig

---

<sup>192</sup> Publications Office of the European Union, *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors*. s. 101.

<sup>193</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 38).

<sup>194</sup> *Ibid.* (avsnitt 40).

<sup>195</sup> Publications Office of the European Union, *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors*. s. 103.

<sup>196</sup> Se sak C-396/13 (avsnitt 40) om klarhetskravet.

kontekst bidrar dessuten til å fremme forutberegneligheten for arbeidsgivere som vurderer å sende ut arbeidstakere på midlertidige arbeidsoppdrag. Gjennom et klart og tilgjengelig regelverk, er det enklere for arbeidsgiver å ta stilling til hvilke krav vertsstaten stiller til avlønning av arbeidstakere. Jeg vil nå se nærmere på ulike tillegg og vurdere de opp mot norske allmenngjorte tariffavtaler.

#### **6.4.2 Skifttillegg**

Arbeidstakere i skiftarbeid i skips- og verftsindustrien<sup>197</sup> har for 1. skift ikke krav på tillegg før etter lørdag kl. 14.00. For de som jobber 2. og 3.skift betales det tillegg etter en angitt sum per time. Dette gjelder likt for alle arbeidstakere og grunnlønnen vil følgelig gjelde inntil dette tidspunkt. I motsetning har de som jobber to- og treskift-arbeid i elektrobransjen<sup>198</sup> og i fiskeindustribedrifter<sup>199</sup> krav på kompensasjon av prosentvis andel av minste timelønn for skiftarbeid. I allmenngjøringen for elektrobransjen § 3, er det angitt at ved skiftarbeid skal det beregnes kompensasjon av minste timelønn i bestemmelsens første ledd bokstav a) på 17 % ved toskiftarbeid, og etter bokstav b) på 27,3 % ved treskiftarbeid. Følgelig vil for eksempel en faglært arbeidstaker ved toskiftarbeid ha krav på grunnlønnen på kr 210,40 i første ledd + tillegget på 17 % av grunnlønnen som følge av skiftarbeidet.

På dette punkt er det en forskjell mellom allmenngjøringsforskriftene. Noen angir prosent i tillegg, mens skips- og verftsindustrien angir i faste summer hva de ulike tilleggene skal være. Allmenngjøringen for skips- og verftsindustriens gjør det tilsynelatende noe enklere, men på den annen side kan det å regne ut en prosentandel av ei grunnlønn vanskelig betraktes som unødvendig byrdefullt. All den tid beløpet og prosentandelen er lett tilgjengelig, er regnestykket enkelt å gjennomføre og må dermed anses å oppfylle klarhetskravet. Dessuten angis det i forskriftene at tillegget kommer i tillegg til grunnlønna. Dette er i overensstemmelse med hva EU-domstolen har godkjent ved at tillegget ikke forandrer på forholdet mellom en levert ytelse og avlønnen. Kravet om at arbeidet utføres under særlige forhold må for øvrig være oppfylt, ettersom arbeidstakerne i skift gjerne må jobbe på mer ugunstige tidspunkt. Tillegg for ugunstig arbeidstid er ansett som et element i det norske lønnsbegrepet, se kapittel 2.4.2.

---

<sup>197</sup> Forskrift av 23. september 2016 nr. 1242 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten for skips- og verftsindustrien § 3.

<sup>198</sup> Forskrift av 23. september 2016 nr. 1243 om delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene § 3.

<sup>199</sup> Forskrift av 11. november 2016 nr. 1323 om allmenngjøring av tariffavtale for fiskeindustribedrifter § 3.

Det er ingen av de norske allmenngjorte forskriftene som er avvikende på dette punkt og alle synes å samsvare med EØS-avtalen.

### **6.4.3 Kveldstillegg**

Bestemmelsen om kveldstillegg i allmenngjort forskrift for skips- og verftsindustrien § 3, må på alminnelig basis kunne betraktes som ubekvem arbeidstid. Kveldsarbeid anses som noe mer krevende å gjennomføre enn normalt arbeid på dagtid. I forskriften om allmenngjøring for renholdsbedrifter § 3 fremgår det at for arbeid mellom kl. 21.00 og 06.00 avtales det et lønnstillegg i hvert enkelt tilfelle. Dette skal være på minst 26 kroner i timen i tillegg til minstelønn per time. Forskriften her synes å gjennomføre EØS-forpliktelsen korrekt ved at det i forskriften angis klart i hvilken sats som gjelder, og som kommer i tillegg til minstelønnen per time. Begrunnelsen for at det gis tillegg for kveldsarbeid, må være at det utgjør et særlig forhold for arbeidstakeren. Det er i tråd med EU/EØS-retten å gi slike tillegg, og det regnes som et element i det norske lønnsbegrepet, se kapittel 2.4.2.

Når det betales tillegg for kveldsarbeid i norske allmenngjorte tariffavtaler, synes det å være i samsvar med hva EØS-avtalen tillater.

### **6.4.4 Helgetillegg**

Bestemmelsene i allmenngjort forskrift for skips- og verftsindustrien § 3 og allmenngjort forskrift for jordbruks- og gartnerinæringene § 3, gir tillegg for helgearbeid.<sup>200</sup> De øvrige forskriftene angir ikke noe om helgetillegg. For skips- og verftsindustrien betales det tillegg for skiftarbeid etter kl. 14.00 for dager før søndag og helligdag, med ulike satser ut i fra om det er tale om to-, treskift- eller helkontinuerlig treskiftarbeid. Felles for alle skiftene er at det er presist angitt hvilken sats som gjelder i tillegg til minstelønn per time. Dette er i tråd med klarhetskravet og berører ikke forholdet til den grunnlønn arbeidstakeren har krav på, men at det kommer i tillegg.

I allmenngjort forskrift for jordbruks- og gartnerinæringene § 3 betales det også tillegg for helg. Helgetillegget betales med 25 % per arbeidet time og gjelder i tidsrommet mellom lørdager kl. 13 og søndager kl. 24. Også denne bestemmelsen må anses å være i tråd med EØS-avtalen ved at tillegget er angitt ved en fast presentsats. Dette bestemmes ut fra hvilken grunnlønn per time en har krav på. Eksempelvis vil en ufaglært fast ansatt arbeidstaker etter

---

<sup>200</sup> Se fotnote 21 for fullstendig navn på forskriftene.

forskriften ha krav på en minste-lønn per time på 135,05 kr. For denne arbeidstakeren skal det regnes 25 % av kr 135,05 per arbeidet time, og gis som kompensasjon i tillegg til grunnløna.

Helgetillegg må antas å kunne utgjøre et særlig forhold jf. EU/EØS-retten, som tilsier at slik kompensasjon kan gis. Dette følger av at helgearbeid må kunne regnes som en form for ubekvem arbeidstid, som etter norsk lønnsdefinisjon tilsier at tillegg kan ytes, se kapittel 2.4.2.

#### **6.4.5 Høytids- og helligdagstillegg**

Allmenngjort forskrift for skips- og verftsindustrien har bestemmelser som angir at det skal betales særskilte tillegg i forbindelse med høytidsdager. Det samme gjelder forskriften for jordbruks- og gartnerinæringene. På dette punkt anses begge forskriftene å være i samsvar med kravet til klarhet i lovgivningen som EØS-avtalen stiller. I skips- og verftsindustrien angis det hvilke tillegg som skal betales i eksakte summer, i tillegg til når tilleggene skal betales (fra kl. 14.00 på jul-, nyttårs-, påske-, og pinseaftens). Dette er beløp som kommer i tillegg til grunnlønnen.

Det samme gjelder forskriften for jordbruks- og gartnerinæringer, hvor det skal betales et tillegg på 25 % per arbeidet time mellom klokken 13.00 og 24.00 på jul- og nyttårsaftens. Denne forskriften angir dessuten at det skal betales tillegg på 25 % per arbeidet time mellom kl. 00.00 og 24.00 på bevegelige helligdager<sup>201</sup> og 1. og 17. mai. Disse tilleggene må også antas å inngå i minstelønnsbegrepet så lenge de ikke påvirker forholdet mellom en levert ytelse og avlønningen. På samme måte som ved de andre tilleggene må dette antas å være i tråd med hva EU-domstolen anså som avlønning for «*additional work or to work under particular conditions*»,<sup>202</sup> og må dermed regnes med i minstelønnsbegrepet. Tillegget er utferdiget tilstrekkelig klart og tilgjengelig.

Konklusjonen på dette punkt er at norske allmenngjorte tariffavtalers bestemmelser om ulike tillegg for skiftarbeid/helligdager/søndager/kvelds og helgetillegg er i samsvar med EU/EØS-retten og kan dermed regnes som del av minstelønnsbegrepet.

---

<sup>201</sup> Lov 24. februar 1995 nr. 12 om helligdager og helligdagsfred § 2 angir listen over helligdager, herunder bevegelige helligdager.

<sup>202</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 40).

## 6.5 Utenbystillegg

Allmenngjort forskrift for skips- og verftsindustrien,<sup>203</sup> gir etter § 3 tillegg for arbeidstakere som blir sendt på arbeidsoppdrag utenfor bedriften, og der overnatting utenfor hjemmet er nødvendig. Forskriften har i § 7 en bestemmelse om utgifter til reise, kost og losji slik at bestemmelsen om utenbystillegg i § 3 synes å komme i tillegg. Spørsmålet er om utenbystillegget regnes som et lovlig tillegg etter EU/EØS-retten.

Bestemmelsen om utenbystillegg ble nøye analysert av Høyesterett i *STX-saken*, og synspunktene som fremgår av saken er nyttig for drøftelsen her. EFTA-domstolen mente i sin rådgivende uttalelse, at utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 1 bokstav c, tolket i lys av EØS-avtalen artikkel 36, i prinsippet var til hinder for at en medlemsstat kunne kreve tillegg for arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet var nødvendig. Sentralt var at utenbystillegget måtte begrunnes i tvingende allmenne hensyn.<sup>204</sup> Under drøftelsen av utenbystillegget vurderte Høyesterett forholdet til EFTA-domstolens uttalelser, og så nærmere på argumentasjonen for et slikt vederlag ut i fra tvungne allmenne hensyn.<sup>205</sup> Etter en selvstendig vurdering av relevant praksis fra EU-domstolen, valgte Høyesterett å fravike synspunktet til EFTA-domstolen, som pekte på at det skal foretas en selvstendig prøving etter artikkel 36. Med henvisning til praksis fra EU-domstolen<sup>206</sup> synes Høyesterett å ha lagt avgjørende vekt på at så lenge medlemsstaten har definert tillegget for å være minstelønn i overenstemmelse med direktivets artikkel 3 nr. 1 bokstav c, er det ikke nødvendig med en prøving etter artikkel 36.<sup>207</sup>

Høyesterett konkluderte derfor med at utenbystillegget under enhver omstendighet er forenlig med utsendingsdirektivet.<sup>208</sup> Domstolen valgte likevel å knytte noen kommentarer til om tillegget kan forsvares ut i fra beskyttelse av arbeidstakere, som er et anerkjent legitimt hensyn.<sup>209</sup> Med henvisning til saken *Wolff & Müller*<sup>210</sup> viste Høyesterett til at det på den ene siden løper en risiko for at tjenesteytelser fordyres, når det gis tillegg som skal bidra til økt sosial beskyttelse for en arbeidstaker. På den annen side legges det avgjørende vekt på at

---

<sup>203</sup> Forskrift av 23. september 2016 nr. 1242 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten for skips- og verftsindustrien.

<sup>204</sup> Sak E-02/11 *STX Norway Offshore m.fl. og Staten v/Tariffnemnda* - slutningens punkt 2.

<sup>205</sup> Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 94).

<sup>206</sup> Sak C-346/06 *Rüffert* og Sak C-319/06 *Kommisjonen mot Luxembourg*.

<sup>207</sup> Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 100).

<sup>208</sup> *Ibid.* (avsnitt 103).

<sup>209</sup> Se Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 24).

<sup>210</sup> Sak C-60/03 (avsnitt 40).



tillegget bidrar til en reell forbedring for utsendte arbeidstakere, sammenlignet med en situasjon uten et slikt tillegg.<sup>211</sup>

Legger man til grunn tilsvarende vurderinger som for de øvrige drøftelsene av ulike tillegg, synes også utenbystillegget å kunne inngå som et element i minstelønnen. Dette synspunktet underbygges både av de momenter Høyesterett har trukket frem, men også med henvisning til den mer generelle uttalelsen fra EU-domstolen om arbeid under «*particular conditions*».<sup>212</sup> Utenbystillegget kan kreves når arbeidstakeren «*blir sendt på arbeidsoppdrag utenfor bedriften, og hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig*».<sup>213</sup> Tillegget baserer seg altså på at arbeidstakeren pålegges arbeid utenom det vanlige, ved at han må forlate den vanlige arbeidsplassen og behøver å overnatte. Dette kan tilsi at man befinner seg i et spesielt forhold. For øvrig er forskriften tilstrekkelig klart utformet og angir en presis sum for tillegget basert på kompetanse. Utenbystillegget beregnes dessuten som et tillegg til grunnlønnen, og endrer ikke på forholdet mellom tjenesteytelse og vederlaget for denne.

Bestemmelsen om utenbystillegg i forskrift om allmenngjøring for skips- og verftsindustriens anses derfor i samsvar med EU/EØS-retten, og kan regnes som del av minstelønnsbegrepet.

## 6.6 Utgifter til arbeidstøy

Allmenngjøringsforskriftene<sup>214</sup> for byggeplasser i Norge § 7, skips- og verftsindustrien § 8 og renholdsbedrifter § 6 angir at arbeidsgiver holder nødvendig arbeidstøy. Spørsmålet er om dette kan regnes som et element av minstelønnen i samsvar med EU/EØS-retten.

Om arbeidstøy kan regnes som et element av minstelønnsbegrepet må søkes i EU-domstolens praksis. Hvis arbeidet medfører at arbeidstakeren må utføre arbeid under spesielle forhold som skittent, tungt eller farlig arbeid, skal kompensasjon ytes for dette uten at det påvirker beregningen av minstelønnen.<sup>215</sup> I *STX-saken* vurderte Høyesterett spørsmålet om dekning av utgifter til arbeidstøy. Det ble vist til at utgiftsdekning av arbeidstøy ville kunne utgjøre relativt store beløp, og er dermed tatt inn i bestemmelsen om likebehandling på linje med

---

<sup>211</sup> Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 113-116).

<sup>212</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 40).

<sup>213</sup> Forskrift av 23. september 2016 nr. 1242 om delvis allmenngjøring av Industriooverenskomsten for skips- og verftsindustrien § 3 (Bestemmelsen har et unntak dersom arbeidstakeren er inntatt på arbeidsstedet, men som nevnt i kapittel 1.4 vurderes ikke omgåelseshensynet ved etablering av en filial nærmere i denne avhandlingen).

<sup>214</sup> Se fotnote 21 for fullstendig navn på forskriftene.

<sup>215</sup> Sak C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* (avsnitt 38 og 40).

lønn.<sup>216</sup> Reglene det her ble vist til gjelder riktignok ved innleie, men Høyesterett viste til at realbetraktningene som lå til grunn for løsningen i arbeidsmiljøloven § 14-12a nr. 1 bokstav f, også burde være av relevans for utsendte arbeidstakere.<sup>217</sup> Det ble herunder stilt spørsmål til hvorvidt arbeidstakeren ved å måtte dekke slike utgifter selv, faktisk oppnår minstelønn i direktivets forstand.

Bransjene som har allmenngjorte bestemmelser om at arbeidsgiver dekker nødvendig arbeidstøy, må alle anses å utføre arbeid hvor arbeidstøyet utgjør en viktig del av arbeidsytelsen. I byggebransjen kan temperatur og ulike værforhold være en viktig faktor i arbeidet. I skips- og verftsindustrien utsettes arbeidstakere for potensielt farlig arbeid av ulik art som sveising, kjemikalier, vær/temperatur etc. og i renholdsbransjen er tungt arbeid vanlig, i tillegg til mulig eksponering for kjemikalier. At arbeidstøyet er nødvendig som følge av arbeidets art synes dermed klart.

I tråd med EU-domstolens praksis skal de berørte arbeidstakere kompenseres for dette, uten at det endrer på forholdet mellom ytelsen og vederlaget, dvs. grunnlønnen. Arbeidsgiver pålegges å dekke kostnadene for arbeidstøy. Regelen er tilstrekkelig klar i forskriftene og tilgjengelig. Det norske lønnsbegrepet kan omfatte utgifter til arbeidstøy, se punkt 2.4.2

Bestemmelsene om arbeidstøy i norske allmenngjorte tariffavtaler må derfor anses å være i samsvar med EU/EØS-retten, og kan regnes som et element i minstelønnsbegrepet.

## **6.7 Utgifter til reise, kost og losji «Mobility- related payments»**

Alle de gjeldende norske allmenngjøringsforskriftene<sup>218</sup> har bestemmelser som gjelder dekning av reiseutgifter, kost, losji eller en kombinasjon av disse. Et hovedspørsmål er om kostnader til reise, kost eller losji inngår som elementer av minstelønnsbegrepet. Hvis svaret er nei, er spørsmålet om disse kostnadene skal betraktes som utgifter som har oppstått på grunn av utsendingen og som arbeidsgiver skal tilbakebetale. Som vist til i kapittel 5, gir utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 7 annet ledd et nyttig bidrag til tolkningen.

Ordlyden i bestemmelsen angir at «*allowances specific to the posting*» skal anses som et element i beregningen av minstelønn jf. artikkel 3 nr. 1 bokstav c. Dette gjelder «*unless they*

---

<sup>216</sup> Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 146).

<sup>217</sup> *Ibid.* (avsnitt 148).

<sup>218</sup> Se fotnote 21 for fullstendig navn på forskriftene.

*are paid in reimbursement of expenditure actually incurred on account of the posting ...*». En alminnelig forståelse av denne bestemmelsen må derfor være at tillegg som gjelder spesifikt for utsendingen, betraktes som minstelønn, med mindre disse betales som refusjon av utgifter. Bestemmelsen gir inntrykk av at det er et spørsmål om «enten, eller» hvorvidt lønnelementet faller innenfor begrepet.

I *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>219</sup> kom EU-domstolen med viktige presiseringer for hvordan utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 7 annet ledd skal tolkes. Avgjørelsen gir mange svar på hvilke lønnelementer som skal regnes som minstelønn, og hvilke som ikke skal det. Saken gjaldt 186 polske arbeidstakere som var midlertidig utsendt på arbeidsoppdrag til et atomkraftverk i Finland. Med bistand fra den finske fagforeningen «Sähköalojen ammattiliitto», hevdet arbeidstakerne at deres polske arbeidsgiver ikke betalte minstelønn som gjaldt etter en kollektiv tariffavtale i Finland. Spørsmålene EU-domstolen måtte ta stilling til var om dagpenger, kompensasjon for daglig reisetid, overnatting og matkuponger i relasjon til artikkel 3 nr. 7 annet ledd (i lys av primærretten) regnes som elementer i minstelønnsbegrepet eller ikke.<sup>220</sup> Jeg vil nå se nærmere på vurderingskriteriene for disse lønnelementene.

Det generelle utgangspunkt som vi har sett tidligere i avhandlingen, er at listen i artikkel 3 første ledd er uttømmende. EU-domstolen fremholdt at utsendingsdirektivet forfølger et dobbelt mål, for det første å sikre rettferdig konkurranse og for det andre å sikre arbeidstakere minimumsbeskyttelse ved utsending. Ettersom direktivet ikke harmoniserer det materielle innhold i minstelønna, ble det påpekt at medlemsstatene har en frihet til å definere hvilke lønnelementer som inngår i landets «minstelønn», med de begrensninger som følger av artikkel 3 nr. 7 annet ledd.<sup>221</sup> Under henvisning til tidligere praksis<sup>222</sup> ble det dessuten pekt på hva domstolen tidligere hadde klassifisert som elementer av minstelønnsbegrepet. Lønnelementene må blant annet inngå som bestanddeler i lønnsbegrepet nasjonalt og følge enten av lov eller kollektiv tariffavtale. Videre at elementene ikke må berøre forholdet mellom en allerede levert tjeneste, og det vederlag som betales for denne. Endelig fremholdt

---

<sup>219</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*.

<sup>220</sup> *Ibid.* (avsnitt 6).

<sup>221</sup> *Ibid.* (avsnittene 29-34).

<sup>222</sup> Sakene C-341/02 *Kommisjonen mot Tyskland* og C-522/12 *Isbir*.

EU-domstolen at de aktuelle lønnelementene ovenfor, måtte vurderes i lys av den rettslige rammen som her ble fremstilt, for å kunne fastslå om det er elementer av minstelønn.<sup>223</sup>

### 6.7.1 Dagpenger «daily allowance»

Av faktum i saken *Sähköalojen ammattiliitto* fremgikk det at etter den finske kollektive tariffavtalen måtte arbeidsgiver i utsenderstaten dekke tillegg for dagpenger som en del av minstelønnen. Da EU-domstolen tok stilling til spørsmålet ble det først sett på om tillegget ble tilbakebetalt som refusjon av utgifter som var påløpt i forbindelse med utsendingen i tråd med artikkel 3 nr. 7 annet ledd.<sup>224</sup> Det fremgikk av sakens dokumenter at det ikke hadde vært foretatt en slik tilbakebetaling. Domstolen vurderte deretter formålet bak dagpengetillegget, som var å sikre arbeidstakerne sosial beskyttelse og som skulle gjøre opp for den ulempe en utsendingssituasjon medfører. Av tenkelige ulemper som kan oppstå i forbindelse med å være utsendt arbeidstaker, kan ekstrakostnadene ved å være borte fra et etablert liv med familie være et moment.

Domstolen konkluderte med at et slikt tillegg er å anse som «specific to the posting» når det ikke tilbakebetales som refusjon av utgifter. Det må derfor betales til utsendte arbeidstakere på lik linje med lokale arbeidstakere dersom det fremgår av den kollektive avtalen.<sup>225</sup>

Dagpengetillegget inngår dermed som et lovlig element i minstelønnsbegrepet.

Det som kan trekkes ut av EU-domstolens vurderinger er at det først må fastslås om utgiften er betalt som refusjon på grunn av påløpte kostnader i forbindelse med utsendingen. Hvis svaret er nei, skal tillegget regnes som del av minstelønna. Man kan dessuten merke seg at domstolen vurderte hensynet bak dagpengetillegget, som legger til grunn at elementer av minstelønn må kunne begrunnes ut i fra legitime hensyn. Det som i alle tilfeller synes klart, og i samsvar EU-domstolens avgjørelse, er at bestemmelser om at dagpenger skal betales når arbeidstakeren er utsendt, skal inngå som element av minstelønnsbegrepet. Dette må gjelde likt for lokale og utsendte arbeidstakere, i henhold til en allmenngjort avtale.

Ingen av de norske allmenngjorte tariffavtalene har bestemmelser som gir et dagpengetillegg, eller som har en klar parallell til «dagpenger». EU-domstolen redegjorde heller ikke for hvilke spesifikke utgifter tillegget er ment å dekke. Slik det fremgår av saken synes tillegget å være

---

<sup>223</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 37).

<sup>224</sup> *Ibid.* (avsnitt 47).

<sup>225</sup> *Ibid.* (avsnitt 51-52).

en generell kompensasjon for ulempene det medfører å være borte fra den daglige arbeidsplassen. Hvordan arbeidstakeren selv velger å disponere tillegget, må antas å variere.

Avgjørelsen fra EU-domstolen må likevel anses avklarende på dette punkt ved at dagpengetillegget er godkjent som et element av minstelønnen.

### **6.7.2 Dekning av kostnader for overnatting (losji) «accommodation»**

EU-domstolen vurderte at losjikostnader falt utenfor minstelønnsbegrepet. Det ble vist til artikkel 3 nr. 7 annet ledd, i tillegg til at arbeidsgiveren i Polen hadde betalt for boligkostnadene, uten at arbeidstakerne først måtte betale for dette selv, og deretter søke om å få kostnadene refundert.<sup>226</sup> Domstolen viste også til generaladvokatens uttalelse i forkant av saken, hvor det ble fremholdt at formålet bak artikkel 3 nr. 7 annet ledd, ikke tillater at bokostnader regnes som del av minstelønnen.<sup>227</sup> EU-domstolens gjeldende standpunkt er dermed at losjikostnader skal holdes utenfor beregningen av minstelønn. Direktivet forutsetter at slike kostnader tilbakebetales fra arbeidsgiver, dersom arbeidstakerne må dekke disse selv.

I norske allmenngjorte forskrifter finnes det bestemmelser om dekning av reise, kost og losji som betraktes som del av nasjonal minstelønn. Dette har møtt sterk kritikk, og jeg vil derfor under neste punkt gjøre noen bemerkninger rundt *STX-saken* og hvorfor ESA mener slike lønnsbestemmelser bryter med EØS-avtalen.

### **6.7.3 Norsk rett om dekning av kostnader for reise, kost og losji**

Et av de mest sentrale spørsmålene for Høyesterett i *STX-saken*, var om man i en allmenngjort tariffavtale kan regne dekning av utgifter til reise, kost og losji som en del av minstelønnsbegrepet. Høyesterett startet sin argumentasjonsrekke med at staten etter utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 definerer minstelønnsbegrepet nasjonalt.<sup>228</sup> Det ble i denne sammenheng vist til at de realbetraktninger som ligger til grunn etter arbeidsmiljøloven § 14-12a nr. 1 bokstav f, som gjelder utgiftsdekning, også burde være relevant når man vurderer om en utsendt arbeidstaker, som selv må dekke slike kostnader, faktisk oppnår minstelønn i direktivets forstand.<sup>229</sup> Høyesterett viste til utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 7 annet ledd som angir hvordan reise, kost og losji- utgifter skal betraktes i relasjon til

---

<sup>226</sup> *Ibid.* (avsnitt 59).

<sup>227</sup> *Ibid.* (avsnitt 60) - EU-domstolen viser her til Opinion of Mr Advocate General Wahl delivered on 18 September 2014, Document 62013CC0396 (avsnitt 111). ECLI:EU:C:2014:2236.

<sup>228</sup> Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 143).

<sup>229</sup> *Ibid.* (avsnitt 148).

minstelønnsbegrepet. Den unnlot imidlertid å foreta en faktisk vurdering av bestemmelsen. Domstolen fant det klart at bestemmelser om dekningen av utgifter til reise, kost og losji for utsendte arbeidstakere ivaretar hensynet til offentlig orden i direktivets artikkel 3 nr. 10.<sup>230</sup> Høyesterett konkluderte til slutt med at slike kostnader er del av minstelønnsbegrepet nasjonalt, begrunnet i sosial beskyttelse av arbeidstakere og offentlig orden.<sup>231</sup>

Etter at NHO klaget avgjørelsen inn for ESA, ble det som kjent åpnet sak mot Norge for mulig brudd på statens EØS-rettslige forpliktelse. I brevet viser ESA til *STX-saken* og hvordan Høyesterett tolket utsendingsdirektivet. Deretter vises det til *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>232</sup> hvor EU-domstolen avklarte forholdet mellom artikkel 3 nr. 1 bokstav c og artikkel 3 nr. 7 annet ledd. Der ble det vist til at medlemsstatene definerer minstelønnsbegrepet selv etter artikkel 3 nr. 1 bokstav c, men at artikkel 3 nr. 7 tydeliggjør i hvilken grad kostnader for reise, kost og losji kan regnes som elementer av minstelønnen.<sup>233</sup>

Dette må forstås som at artikkel 3 nr. 7 er ment å avklare hvordan medlemsstatene skal forholde seg til slike kostnader når det nasjonale lønnsbegrepet skal defineres. ESA påpeker at Norge ved å regne slike kostnader som del av minstelønnen har lagt til grunn en feil forståelse av bestemmelsen. Videre vurderer ESA hvorvidt kostnader for reise, kost og losji kan begrunnes i «public provisions» etter artikkel 3 nr. 10.<sup>234</sup> I tråd med hva jeg vurderte i punkt 5.2.3 viser ESA til at unntaket for offentlig orden skal tolkes snevert og bare anvendes i svært spesielle tilfeller. Implisitt i dette kan unntaket bare benyttes hvis det foreligger en genuin og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en fundamental samfunnsinteresse.<sup>235</sup> ESA går så over til å vurdere Høyesteretts begrunnelse for anvendelsen av unntaket, som var å sikre stabiliteten i den norske arbeidslivs og frontfagsmodellen og hvordan sosial dumping kan virke destabiliserende på dette.<sup>236</sup> ESA konkluderte med at slike hensyn ikke kan rettfærdiggjøres etter bestemmelsen. Som eksempel på hva som kan begrunne anvendelse av bestemmelsen, er regler mot tvangsarbeid.<sup>237</sup> I forkant av *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>238</sup> uttalte

---

<sup>230</sup> *Ibid.* (avsnitt 155).

<sup>231</sup> *Ibid.* (avsnitt 177 jf. 171).

<sup>232</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*.

<sup>233</sup> Letter of formal notice to Norway concerning posting of workers, Brussels, 25 October 2016: <https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2016/letter-of-formal-notice-complaint-against-norway-concerning-posting-of-workers.pdf> (avsnitt 56) (sist besøkt 20.12.17).

<sup>234</sup> *Ibid.* (avsnitt 62).

<sup>235</sup> *Ibid.* (avsnitt 68).

<sup>236</sup> *Ibid.* (avsnitt 75) og Rt. 2013 s. 256 (avsnitt 170).

<sup>237</sup> Letter of formal notice to Norway (avsnitt 85).

generaladvokaten at unntaket for «public provision» i artikkel 3 nr. 10 må tolkes strengt, og at slike bestemmelser må være av avgjørende betydning for å beskytte den politiske, sosiale eller økonomiske orden i medlemsstaten.<sup>239</sup> Tiltaket må dessuten etter generaladvokatens synspunkt gjelde alle personer på det nasjonale territoriet, og som eksempel trekkes tvangsarbeid frem.<sup>240</sup> Samlet er dette momenter som taler for at unntaket må tolkes strengt.

Da Tariffnemnda 31 mars 2017 fattet vedtak om fortsatt allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter,<sup>241</sup> ble punktet om forskriftens bestemmelse om dekning av utgifter for reise, kost og losji drøftet som følge ESAs sak mot Norge. Flertallet i nemnda kom til at det var nødvendig å stille krav om utgiftsdekning for å oppnå formålet med allmenngjøringen, og dette kunne forankres i artikkel 3 nr. 10. Mindretallet mente imidlertid at artikkel 3 nr. 10 har et snevert anvendelsesområde og ikke kan forankres i bestemmelsen. Vedtaket fra Tariffnemnda nevnes her fordi det kan bidra til å støtte opp om argumentasjonen om at det foreligger en konkret uenighet i forståelsen av utsendingsdirektivets bestemmelser.

Drøftelsen ovenfor viser at det foreligger et konkret avvik mellom Norge og ESA, når det gjelder forståelsen av utsendingsdirektivet og dekning av kostnader for reise, kost og losji som del av minstelønnen. Kildene fra EU/EØS-retten trekker i retning av at slike kostnader ikke skal regnes som elementer i minstelønnsbegrepet. At slike bestemmelser regnes som del av minstelønnen i norske allmenngjorte tariffavtaler, kan derfor ikke anses å samsvare med statens EØS-rettslige forpliktelse.

#### **6.7.4 Matkuponger «meal vouchers»**

EU-domstolen vurderte også matkuponger til å falle utenfor minstelønnsbegrepet.<sup>242</sup> Det ble vist til drøftelsen av bokostnader, og konkludert med at også matkuponger falt utenfor minstelønnsbegrepet. EU-domstolen fremholdt i likhet med bokostnader at «*these allowances are paid to compensate for living costs actually incurred by the workers on account of their*

---

<sup>238</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*.

<sup>239</sup> Opinion of Mr Advocate General Wahl delivered on 18 September 2014, Document 62013CC0396 (avsnitt 118) ECLI:EU:C:2014:2236.

<sup>240</sup> *Ibid.*

<sup>241</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2017/tariffnemndas-vedtak-31.-mars-2017-om-fortsatt-allmenngjoring-av-tariffavtale-for-renholdsbedrifter/id2552469/> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>242</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 61-62).

*posting*».<sup>243</sup> Slike kostnader skal holdes utenfor, da de forutsettes betalt som refusjon av utgifter som er påløpt på grunn av utsendingen.

I norske allmenngjorte tariffavtaler finnes det ikke bestemmelser om matkuponger.

### **6.7.5 Kompensasjon for daglig reisetid «Compensation for daily travelling time»**

EU-domstolen vurderte kompensasjon for daglig reisetid til å falle innenfor minstelønnsbegrepet.<sup>244</sup> I argumentasjonen ble det vist til at EU-domstolen ikke ville foreta vurderinger av beløpets størrelse, men om artikkel 3 åpner for å regne kompensasjon for daglig reisetid som en del av minstelønnsbegrepet. Den finske tariffavtalen gav rettigheter på kompensasjon for reisetid, dersom reiseveien var på mer enn én time daglig. Hvorvidt det materielle kravet om den faktiske reisetiden var oppfylt eller ikke, måtte den nasjonale domstolen ta stilling til. EU-domstolen fremholdt at siden daglig reisebetaling ikke var betalt som refusjon for utgifter som var påført arbeidstakeren på grunn av utsendingen, måtte den i samsvar med artikkel 3 nr. 7 annet ledd, regnes som en del av minstelønnsbegrepet.<sup>245</sup>

I norske allmenngjorte tariffavtaler er det per dags dato ikke bestemmelser som gir rett på kompensasjon for daglig reisetid. Dette er imidlertid et lønnsvilkår som kan allmenngjøres i samsvar med EØS-avtalen. Vilklårene er at det finnes en bestemmelse om reisetid, og at det materielle innholdet i bestemmelsen er oppfylt. For eksempel ville en slik rettighet kunne bli gjort gjeldende, dersom en arbeidstakers bosted ved utsendingen medførte reisetid til arbeidsplassen på over en time daglig.

### **6.8 Feriepenger «holiday pay»**

Det siste spørsmålet for EU-domstolen i *Sähköalojen ammattiliitto* var hvilken lønn en utsendt arbeidstaker har krav på ved ferie i utsendingsperioden.

EU-domstolen måtte her gjøre en vurdering av utsendingsdirektivet opp mot arbeidstidsdirektivet.<sup>246</sup> Arbeidstidsdirektivet artikkel 7 gir enhver arbeidstaker rett på betalt ferie. I henhold til utsendingsdirektivets bestemmelse i artikkel 3 nr. 1 bokstav b) skal

---

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> *Ibid.* (avsnitt 57).

<sup>245</sup> *Ibid.* (avsnitt 56).

<sup>246</sup> Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden (arbeidstidsdirektivet).



minstelønnen under ferieavvikling svare til den minstelønn arbeidstakeren ellers er berettiget til etter direktivet, i perioden utsendingen gjelder.<sup>247</sup>

For utsendte arbeidstakere som kommer til Norge på midlertidige arbeidsoppdrag, gjelder ferieloven.<sup>248</sup> Dette følger av forskrift om utsendte arbeidstakere § 3 bokstav b. Etter ferieloven § 10 er den alminnelige prosentsetningen 10,2 % av feriepengegrunnlaget og feriepengegrunnlaget beregnes på grunnlag av arbeidsvederlag som er utbetalt i opptjeningsåret. Etter § 10 (1) skal ikke utbetalinger som gjelder bilhold, kost og losji medregnes. Etter ferieloven § 11 (6) følger det at utbetalingen av feriepenger fra solidaransvarlig oppdragsgiver betales samtidig som arbeidsvederlaget utbetales.

EU-domstolen går ikke inn på en vurdering av hvordan feriepengegrunnlaget beregnes i medlemsstatene og hvilke elementer som utgjør grunnlaget. Mye tyder imidlertid på at medlemsstatene i tråd med domstolens praksis og utsendingsdirektivets system definerer det materielle innholdet nasjonalt, men slik at det må gjelde likt for utsendte og lokale arbeidstakere. For øvrig må det generelle standpunktet gjelde, om at feriepenger svarer til den minstelønn arbeidstakeren ellers er berettiget i utsendingsperioden.

EU-domstolens praksis og norsk rett synes dermed å samsvare på dette punkt.

## 6.9 Oppsummering

I kapittel 6 har jeg vurdert hvilke lønns-elementer som inngår i minstelønnsbegrepet etter utsendingsdirektivet. Etter å ha gjennomgått mye av EU-domstolens praksis synes det å være slik at medlemsstatene i stor grad kan definere det materielle innholdet i minstelønnsbegrepet selv. Dette kommer av at utsendingsdirektivet ikke harmoniserer det materielle innholdet, slik at medlemsstatene må forholde seg til direktivets uttrykkelige føringer og EU-domstolens tolkninger av direktivbestemmelsene når minstelønnsbegrepet skal defineres nasjonalt. Et overordnet synspunkt er at domstolen synes å angi en rekke generelle grunnprinsipp. Som eksempel må ikke tilleggene endre på den grunnlønnen en arbeidstaker kan kreve for et arbeid, og ved tungt eller farlig arbeid bør arbeidstakeren kompenseres med et tillegg. Samtidig har domstolen gitt svar på en del elementer som ikke faller under

---

<sup>247</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto* (avsnitt 69).

<sup>248</sup> Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven).

minstelønnsbegrepet, men som derimot betales som refusjon av utgifter på grunn av utsendingen.

Lønnelementene som EU-domstolen har anerkjent som lovlige bestanddeler av minstelønnen og som jeg har vurdert i kapittel 6 er: grunnlønn, times/akkord-betaling, inndeling i ulike lønnsklasser, overtidsbetaling, skifttillegg, kveldstillegg, høytidstillegg, søndag/nattetillegg, tillegg for farlig, tungt eller risikofyllt arbeid, dagpenger, arbeidstøy, reisetidstillegg og feriepenger tilsvarende vanlig minstelønn. Utenfor minstelønnsbegrepet faller derimot bokostnader, matkuponger, pensjonsbetalinger og lønn ved sykefravær. Pensjon og lønn ved sykefravær ble nevnt i kapittel 5, men jeg nevner dem i oppsummeringen her. At utgifter for reise, kost og losji kan regnes som en del av det nasjonale minstelønnsbegrepet, slik Høyesterett gjorde i *STX-saken*, synes etter EU/EØS-retten ikke å være riktig. Dette ble fremholdt i ESAs «formal letter» til Norge, med henvisning til hva EU-domstolen kom til i saken *Sähköalojen ammattiliitto*.

De lønnsvilkårene som per dags dato er allmenngjort i norske forskrifter, synes i all hovedsak å være i samsvar med utsendingsdirektivet og EU-retten. Herunder har drøftelsene ovenfor vist at grunnlønn, overtidsbetaling, ulike tillegg (kveld/skift/natt/helg/helligdag m.v.), utenbystillegg og arbeidstøy gjennomføres korrekt i norsk rett. Når det gjelder utgifter for reise, kost og losji, som etter norske allmenngjorte forskrifter regnes som bestanddeler av minstelønnen, har avhandlingen vist at slike kostnader i et EU/EØS-rettslig perspektiv ikke er å anse som minstelønn. Slike utgifter skal etter direktivet dekkes av arbeidsgiver i forkant, eller betales som refusjon av utgifter, og skal dermed ikke tas med i beregningen av minstelønn. Jeg vil derfor konkludere med at det er et avvik mellom norsk rett og utsendingsdirektivet på dette punktet. Endelig har avhandlingen vist at utsendingsdirektivet regner dagpengetillegg og reisetillegg som godkjente elementer av minstelønnen. Slike bestemmelser er ikke allmenngjort i norsk rett per dags dato, men avhandlingen viser at slike bestemmelser kan allmenngjøres uten å være i strid med EØS-avtalen.

## 7 Avsluttende merknader

### 7.1 Generelt

Gjennom avhandlingen har jeg sett på de rettslige rammene rundt adgangen til å allmenngjøre lønnsvilkår i lys av EU/EØS-retten. Som vi har sett reiser oppgaven ikke kun juridiske spørsmål og problemstillinger, men vel så mye politiske spørsmål. Saken *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>249</sup> adresserer presist hvilke utfordringer utsending av arbeidstakere medfører. Til forskjell fra fri flyt av varer, er det her tale om å selge tjenesteytelser på tvers av landegrensene og der mennesker forflyttes. Det kan være vanskelig på samme tid å veie behovet for et konkurransemessig indre marked opp mot hensynet til sosial beskyttelse av arbeidstakere. Utfordringen er å konstruere et velfungerende regelverk som balanserer disse ulike hensynene godt nok. Som vi har sett i denne avhandlingen, er medlemsstatene etter utsendingsdirektivet gitt stor frihet til å definere elementene av minstelønnen nasjonalt. Likevel har det oppstått tvil om hvor fri medlemsstatene faktisk er til å definere minstelønnen. Avgjørelsen i *STX-saken* belyser dette godt. Høyesterett kom til at slike utgifter kunne begrunnes etter utsendingsdirektivet. Brevet fra ESA som viser til saken *Sähköalojen ammattiliitto* har imidlertid vist at kostnader for reise, kost og losji ikke skal regnes som bestanddeler av minstelønnen. Det blir her også vist til at den begrunnelsen Høyesterett la til grunn for bruk av artikkel 3 nr. 10 om offentlig orden, ikke var tilstrekkelig.

### 7.2 Veien videre

Nå er det kjent at det i nærmeste fremtid vil skje en endring av utsendingsdirektivet som har vært uendret siden det ble vedtatt i 1996.<sup>250</sup> Sentralt i endringsforslaget er lønnsbegrepet. Som vi har sett i avhandlingen er dette per dags dato «minimum rates of pay», mens i endringsforslaget er det foreslått erstattet med «*remuneration*».<sup>251</sup> Regjeringen fremholder at kommisjonens forslag innebærer et tydelig skifte i fokus fra dagens minimumsbeskyttelse, og til likebehandling mellom nasjonale og utsendte arbeidstakere.<sup>252</sup> Det nye lønnsbegrepet er ment å etablere et prinsipp om lik lønn for likt arbeid på samme sted. Samtidig er det foreslått å ta ut bestemmelsen i artikkel 3 nr. 1 annet ledd, i dagens direktiv, og plassere en tilsvarende

---

<sup>249</sup> Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto*.

<sup>250</sup> <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/10/24/posting-of-workers-council-reaches-agreement/> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>251</sup> <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/mai/forslag-til-endringer-i-utsendingsdirektivet-9671ef/id2502344/> (sist besøkt 20.12.17).

<sup>252</sup> *Ibid.* Se punkt om «rettslige konsekvenser».

bestemmelse i fortalen. I alle fall synes det nye forslaget å angi et videre lønnsbegrep. Dette taler i retning av at uansett hvordan medlemsstatene definerer lønnsbegrepet nasjonalt, vil de ulike lønnsbestandene kunne kreves dekket i en utsendingssituasjon. Dette forslaget kan tenkes å svekke forutberegneligheten for arbeidsgivere, ved at de ulike medlemsstatene kan ha svært varierende lønssystemer. Forslaget har ikke vært like godt mottatt fra alle hold. Spesielt land i Sentral- og Øst-Europa har vært negative til forslaget.<sup>253</sup>

Oppsummert synes det å være et spørsmål om hvilket hensyn som skal tillegges størst vekt: Beskyttelse av arbeidstakere eller styrking av det indre marked? Antakelig vil det alltid her være en grunnleggende interessen motsetning her, og utfordringen blir derfor i å utforme regler som balanserer disse på en rettferdig måte.

Sist nevnes at på området for allmenngjøring, har Tariffnemnda fattet vedtak om fastsettelse av forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for overnattings-, servering- og cateringvirksomhet. Forskriften vil sikre både norske og utenlandske arbeidstakere minstelønn.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/mai/forslag-til-endringer-i-utsendingsdirektivet-9671ef/id2502344/> (sist besøkt 20.12.17) se punkt om «vurdering».

<sup>254</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2017/tariffnemndas-vedtak-3.-november-2017-om-fastsettelse-av-forskrift-om-allmenngjoring-av-tariffavtale-for/id2579189/> (sist besøkt 20.12.17).

# Litteraturliste

## Lover, forskrifter og forarbeider

### Lover

Ferieloven	Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie.
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.
Allmenngjøringsloven	Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler mv.
Helligdagsfredloven	Lov 24. februar 1995 nr. 12 om helligdager og helligdagsfred.
Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Arbeidstvistloven	Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

### Forskrifter

Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

Forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Forskrift av 23. september 2016 nr. 1241 om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.

Forskrift av 23. september 2016 nr. 1242 om delvis allmenngjøring av Industrioverenskomsten for skips- og verftsindustrien.

Forskrift av 23. september 2016 nr. 1243 om delvis allmenngjøring av Landsoverenskomsten for elektrofagene.

Forskrift av 11. november 2016 nr. 1323 om allmenngjøring av tariffavtale for fiskeindustribedrifter.

Forskrift av 5. januar 2017 nr. 24 om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene.

Forskrift av 31. mars 2017 nr. 533 om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter.

Forskrift av 31. mars 2017 nr. 534 om allmenngjøring av tariffavtaler for persontransport med turbil.

Forskrift av 31. mars 2017 nr. 535 om allmenngjøring av tariffavtaler for godstransport på vei.

## **Forarbeider**

Ot.prp.nr.26 (1992-1993) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv.

Ot.prp.nr.13 (1999-2000) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid, og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Prop.74 L (2011-2012) Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.).

## Traktater, direktiver og forordninger

TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union av 13. desember 2007.
TEU	Treaty on European Union av 7. februar 1992.
EEA	Agreement on the European Economic Area (EØS-avtalen) av 1. januar 1994.
Dir. 1996/71/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet).
Dir. 2003/88/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden (arbeidstidsdirektivet).
Dir. 2006/123/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked (tjenestedirektivet).
Dir. 2014/67/EU	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/67/EU av 15. mai 2014 om håndhevelse av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere innenfor rammen av tjenesteytelser (håndhevingsdirektivet).
Dir. 2008/104/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid (vikarbyrådirektivet).
Rome I	Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) av 24. juli 2008.

## Rettspraksis

### EU-domstolen

Avgjørelser avsagt etter 1. januar 2012 er publisert elektronisk uten gjennomgående nummerering av samlingen. I stedet for en henvisning til Sml. tar jeg med saksnummer og ECLI-nummeret (European Case Law Identifier) som også kan brukes for å søke opp avgjørelsene.

Sak C-33/74 *Johannes Henricus Maria Van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid.* Sml. 1974 s. 01299.

Sak C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda v. Commissariaat voor de Media.* Sml. 1991 s. I-04007.

Sak C-76/90 *Manfred Säger and Dennemeyer & Co. Ltd.* Sml. 1991 s. I-04221.

Sak C-384/93 *Alpine Investments BV v Minister van Financiën.* Sml. 1995 s. I-01141.

Forente saker C-34/95, C-35/95 C-36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) and De Agostini (Svenska) Förlag AB and between TV-Shop i Sverige AB.* Sml. 1997 s. I-03843.

Sak C- 165/98 *André Mazzoleni and ISA.* Sml. 2001 s. I-02189.

Sak C-466/98 *Commission v United Kingdom.* Sml. 2002 s. I-09427.

Sak C-54/99 *Église de scientology.* Sml. 2000 s. I-01335.

Sak C-164/99 *Portugaia Construções Lda.* Sml. 2002 s. I-00787.

Sak C-341/02 *Commision v Germany.* Sml. 2005 s. I-02733.

Sak C-244/04 *Commission v Germany.* Sml. 2006 s. I-00885.

Sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others.* Sml. 2007 s. I-11767.

Sak C-319/06 *Commision of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg.* Sml. 2008 s. I-04323.

Sak C-346/06 *Dirk Ruffert v Land Niedersachsen.* Sml. 2008 s. I-01989.



Forente saker C-570/07 og C-571/07, *Perez og Gomez*. Sml. 2010 s. I-04629.

Sak C-515/08 *dos Santos Palhota and Others*. Sml. 2010 s. I-09133.

Sak C-172/11 *Georges Erny v Daimler AG – Werk Wörth*. ECLI:EU:C:2012:399.

Sak C-577/11 *DKV Belgium SA v Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*.  
ECLI:EU:C:2013:146.

Sak C-216/11 *European Commission v French Republic*. ECLI:EU:C:2013:162.

Sak C-522/12 *Tevfik Isbir v DB Services GmbH*. ECLI:EU:C:2013:711.

Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry v Elektrobudowa Spolka Akcyjna*.  
ECLI:EU:C:2015:86.

### **Generaladvokatens uttalelser**

Opinion of Mr Advocate General Wahl delivered on 18 September 2014, Document 62013CC0396 i forbindelse med avgjørelsen i Sak C-396/13 *Sähköalojen ammattiliitto ry v Elektrobudowa Spółka Akcyjna*. ECLI:EU:C:2014:2236.

### **EFTA-domstolen**

Sak E-03/06 *Ladbroke's Ltd. og Staten v/Kultur- og kirke departementet og Staten v/Landbruks- og matdepartementet*, EFTA Ct. Rep. 2007 s. 86.

Sak E-12/10 *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117.

Sak E-02/11 *STX Norway Offshore m.fl. og Staten v/Tariffnemnda*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 4.

### **Høyesterett**

Rt-1923-II-58.

Rt. 2013 s. 258 (*STX-saken*).

## Juridisk teori

### Bøker

Barnard, Catherine, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, 4. utgave (Oxford University Press, 2013).

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU-LAW text, cases and materials*, 6. utgave (Oxford University Press, 2015).

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett, den individuelle del*, 4. utgave (Universitetsforlaget, 2015).

Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*, 2. utgave (Universitetsforlaget 2013).

Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 2. utgave (Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, 2014).

Shuibne, Niamh Nic, *The Coherence of EU Free Movement Law – Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, 1. utgave (Oxford University Press, 2013).

### Juridiske artikler

Bains, Rajvinder Singh, *Lønn i EU-retten – Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett*, ([1–81] *Arbeidsrett* vol 10 nr. 1, 2013).

Baudenbacher, Carl, *EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene*, ([515–534] *Lov og rett*, 08/2013 (Volum 52).

Evju, Stein, *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv\**, ([1–20] *Arbeidsrett* vol 5 nr. 1, 2008).

Hjort, Kristin Slørdahl, *Internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten, en rettskildemessig analyse*, (*Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 4, s. 41-177, 2008)

<http://www.arbeidsrettsligforening.no/sfiles/30/2/file/bind-4-1-2-hjort.pdf> (sist besøkt 20.12.17).

Keiserud, Thomas og Vartdal, Kristine Ringstad, *De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål*, ([147–179] Arbeidsrett vol 10 nr. 1, 2013).

Sjødin, Erik, *Labour Market Regulation as Restrictions A developmental Study of ECJ Case Law at the Interface between Free Movement and Posting of Workers*. Artikkel fra: *Cross-Border Services, Posting of Workers and Multilevel Governance*, ([19–83] Department of Private Law, Faculty of law University of Oslo, Skiftserie 193/2013).

## Rapporter og vedtak

Skjærvø, Kjell Asbjørn, *Et alternativ til dagens allmenngjøringsordning*, Rapport til Fellesforbundet januar 2011.

([http://www.bygningsarbeider.no/sites/bygningsarbeider.no/files/vedlegg/et\\_alternativ\\_til\\_dagens\\_allmenngjøringsordning.pdf](http://www.bygningsarbeider.no/sites/bygningsarbeider.no/files/vedlegg/et_alternativ_til_dagens_allmenngjøringsordning.pdf) (sist besøkt 20.12.17)).

Stokke, Torgeir Aarvag, *Allmenngjøring i EU og Norge*, – FaFo-rapport 2010:14.

([http://www.faf.no/media/com\\_netsukii/20158.pdf](http://www.faf.no/media/com_netsukii/20158.pdf) (sist besøkt 20.12.17)).

Luxembourg: Publications Office of the European Union, *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors*, (© European Union, 2016).

(<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3ced3ff6-92c3-40e8-910f-d602416c0670/language-en> (sist besøkt 20.12.17)).

Complaint against Norway concerning posting of workers, Brussels, 10 July 2015:

([https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2015/brev\\_fra\\_esa\\_10\\_juli\\_2015.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2015/brev_fra_esa_10_juli_2015.pdf) (sist besøkt 20.12.17)).

Letter of formal notice to Norway concerning posting of workers, Brussels, 25 October 2016:

(<https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2016/letter-of-formal-notice-complaint-against-norway-concerning-posting-of-workers.pdf> (sist besøkt 20.12.17)).

Tariffnemndas vedtak av 31. mars 2017 om fortsatt allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter: (<https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og->

[utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2017/tariffnemndas-vedtak-31.-mars-2017-om-fortsatt-allmenngjoring-av-tariffavtale-for-renholdsbedrifter/id2552469/](https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2017/tariffnemndas-vedtak-31.-mars-2017-om-fortsatt-allmenngjoring-av-tariffavtale-for-renholdsbedrifter/id2552469/) (sist besøkt 20.12.17).

Tariffnemndas vedtak av 3. november 2017 om fastsettelse av forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for overnattings-, servering- og cateringvirksomhet:

<https://www.regjeringen.no/no/dep/asd/org/nemnder-styrer-rad-og-utvalg/permanente-nemnder-rad-og-utvalg/tariffnemnda/vedtak/2017/tariffnemndas-vedtak-3.-november-2017-om-fastsettelse-av-forskrift-om-allmenngjoring-av-tariffavtale-for/id2579189/> (sist besøkt 20.12.17).

## **Nettressurser**

<https://www.nho.no/Politikk-og-analyse/Arbeidslivspolitik/esa-folger-nhos-syn/> (sist besøkt 20.12.17).

<http://www.lo.no/Brussel/Nyheter/ESA-og-Hoyesterett-Over-til-partene/> (sist besøkt 20.12.17).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:e50017> (sist besøkt 20.12.17).

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/klage-til-esa-om-allmenngjoring-av-regler-om-reise-kost-og-losji/id2435344/> (sist besøkt 20.12.17).

<https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/tema-norge-eu/norge-eu/id684934/> (sist besøkt 20.12.17).

<http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/internal-market/nr/247> (sist besøkt 20.12.17).

<https://www.arbeidstilsynet.no/arbeidsforhold/lonn/minstelonn/> (sist besøkt 20.12.17).

<https://www.arbeidstilsynet.no/tema/sosial-dumping/> (sist besøkt 20.12.17).

<https://www.eurofound.europa.eu/faq#What> (sist besøkt 20.12.17).

<https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/national-contributions/norway/norway-posted-workers> (sist besøkt 20.12.17).

<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/10/24/posting-of-workers-council-reaches-agreement/> (sist besøkt 20.12.17).

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/mai/forslag-til-endringer-i-utsendingsdirektivet-9671ef/id2502344/> (sist besøkt 20.12.17).