

**UiO • Det juridiske fakultet**

# Lønnsvilkår for utsendte arbeidstakere i EØS

Kandidatnummer: 646

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 15 431



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Tema.....	1
1.2	Problemstillingen .....	1
1.3	Metodiske spørsmål .....	3
1.3.1	Generelt .....	3
1.3.2	EØS-rettslige problemstillinger.....	4
1.4	Avgrensning .....	6
1.5	Opplegget videre .....	6
<b>2</b>	<b>REGELVERKET</b> .....	<b>7</b>
<b>3</b>	<b>KRAV TIL HJEMMEL FOR Å SETTE LØNSSVILKÅR</b> .....	<b>11</b>
3.1	Hjemmelskrav i EØS-retten .....	11
3.1.1	Den harde kjernen.....	11
3.1.2	Utenfor den harde kjernen: spørsmålet om proporsjonalitet .....	12
3.2	Aktuelle rettsgrunnlag i norsk rett og forholdet til EØS-retten.....	13
3.2.1	Allmenngjøringsvedtak .....	13
3.2.2	Den landsomfattende avtalen.....	14
3.2.3	Andre grunnlag .....	17
<b>4</b>	<b>MATERIELLE KRAV FOR Å SETTE LØNSSVILKÅR</b> .....	<b>19</b>
4.1	Innledning .....	19
4.2	Tjenestereglens betydning for friheten til å definere "minstelønn" .....	19
4.3	Tillatelig beskyttelsesnivå innenfor den harde kjernen .....	24
4.3.1	Frihet i valget av beskyttelsesnivå.....	24
4.3.2	Beskyttelsesnivå for bransjer og geografiske områder .....	26
4.4	Godtgjørelseskomponenter og den harde kjernen .....	27
4.4.1	Den harde kjernen: lønnsbegrepet i medlemsstatene.....	27
4.4.2	Lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven og mangelen på et alminnelig lønnsbegrep ...	27
4.4.2.1	Relevansen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12a .....	28
4.4.2.2	Relevansen av lønnsbegrepet i forskrift om lønn- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter .....	30
4.4.3	Godtgjørelseskomponenter i Tariffnemndas praksis og spørsmålet om hva som er "lønn" .....	31

4.4.3.1	Innledning.....	31
4.4.3.2	Forskjellige tillegg.....	31
4.4.3.3	Særlig om dekning av RKL-utgifter .....	34
4.5	Utenfor den harde kjernen: kravet om ordre public begrunnelse .....	36
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE MERKNADER.....</b>	<b>39</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>41</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Hvilke lønnsvilkår vertsstaten kan stille for utsendte arbeidstakere har blitt aktualisert etter hvert som EU har ekspandert geografisk. Stater med markert lavere lønnsstandarder enn Norge har blitt en del av fellesskapet. Når arbeidstakere fra slike land sendes til Norge og avlønnes etter hjemlandets regler vil utsenderbedriften kunne tilby billigere tjenester enn norske aktører. Dette skaper tøff konkurranse for norske bedrifter.

Samtidig kan de utsendte arbeidstakerne komme i en situasjon hvor de må betale norske priser med eksempelvis en romansk lønn. De kan få problemer med å møte sine grunnleggende behov. Slike arbeidstakere kan potensielt danne en underklasse, og de lavere lønningene vil legge press på det generelle lønnsnivået i Norge. Dette fenomenet betegnes gjerne som sosial dumping. Selv om sosial dumping ikke et entydig begrep er det ganske god dekning for å hevde at det må foreligge "kvalifisert avvik" mellom lønnsvilkårene utsendte og andre arbeidstakere har for å betegne situasjonen som sosial dumping.<sup>1</sup>

Behovet for å verne det norske lønssystemet og norske bedrifter har vokst som følge av økning i antallet utsendte arbeidstakere fra lavkostnadsland. Faren for sosial dumping har også blitt mer reell og påtrengende. Mot disse nasjonale interessene står hensynet til utsenderbedriften som ønsker å kunne operere på det norske markedet og tjene penger her. Integrasjonsprosessen i EØS har resultert i at adgangen til å verne om nasjonale interesser blir møtt med en plikt til samtidig å overholde stadig mer presise og dynamiske fri flyt prinsipper som verner utsenderbedriften. Motsetningene har blitt mer markerte.

Temaet for denne avhandlingen er å beskrive og analysere det norske regelverket som regulerer hvilke lønnsvilkår utsendte arbeidstakere i Norge skal ha.

## 1.2 Problemstillingen

Ingen av de skandinaviske landene har en lovbestemt minstelønnsats. Før EØS-avtalen kunne Norge oppnå den ønskede sosiale beskyttelsen gjennom arbeidstillatelse.<sup>2</sup> Allerede i 1990 hadde EU-domstolen avklart at krav om arbeidstillatelse diskriminerte utenlandske tjenesteytere og var ulovlig i

---

<sup>1</sup> St.t.prp. 100 (1991-92) s. 31, Ot.prp.nr. 77 (2003-04) pkt. 2, Ot.prp.nr. 88 (2008-09) s. 7-8, Evju (2010) s. 314.

<sup>2</sup> Utlendingsloven § 2.

EU.<sup>3</sup> I kjølvannet av denne avgjørelsen, med tilslutningen til EØS like rundt hjørnet og velvitende om at organisasjonsgraden i Norge til forskjell fra de andre skandinaviske landene<sup>4</sup> ikke var høy nok til å kunne motvirke presset på lønnsystemet og potensialet for sosial dumping, ønsket arbeidstakersiden en legislativ løsning.<sup>5</sup>

Resultatet av disse prosessene ble allmenngjøringsloven. Loven gir et offentlig organ, Tariffnemnda, kompetanse til å fastsette minstelønnsseter for alle som omfattes av vedtaket, herunder uorganiserte og utsendte arbeidstakere.<sup>6</sup> Allmenngjøring er det mest sentrale virkemidlet mot sosial dumping. Loven trådte i kraft samtidig med EØS-avtalen, 1. januar 1994. I vedtagelsesprosessen hadde lovgiver belagt seg på en nokså vidtgående tolkning av EU-domstolens obiter dictum i *Rush Portuguesa* som sa at fellesskapsretten ikke forhindrer vertsstaten i å gjøre sine minstelønnsstandarder gjeldende overfor alle som tok jobb på territoriet, uavhengig av hvor de var ansatt.<sup>7</sup> Utkastet til et direktiv som skulle regulere denne problemstillingen skapte riktignok en viss usikkerhet om potensielle begrensninger.<sup>8</sup> Inntrykket er at man uansett så for seg vide rammer.

Den påfølgende utviklingen i EU gikk i flere kanaler. I EU-domstolens praksis ble den vide formuleringen i *Rush Portuguesa* begrenset gjennom restriksjonslæren. Anvendelsen av minstelønnsordninger ble sett på som en restriksjon på den frie flyten som måtte begrunnes og være proporsjonal. I tillegg ble direktiv 96/71 (herunder *utsendingsdirektivet*) ferdigstilt med frist for gjennomføring 16. desember 1999. Den viktigste konstruksjonen i direktivet er den såkalte "harde kjernen". Dette er en liste over vilkår som vertsstatene plikter å gjøre gjeldende overfor utsenderbedrifter. Denne listen er også som utgangspunkt uttømmende for hvilke vilkår som kan stilles.<sup>9</sup> Direktivet er således både et minimums og et maksimumsdirektiv.

I norsk rett ble direktivet implementert gjennom aml. § 1-7 og forskrift om utsendte arbeidstakere som bestemmer at lønnsvilkår som har blitt allmenngjort gjelder for utsendte arbeidstakere.<sup>10</sup> I samme åndedrett ble det også lovgivers intensjon at Tariffnemnda skulle utøve sin kompetanse etter allmenngjø-

---

<sup>3</sup> C-113/89 *Rush Portuguesa* Ld v Office national d'immigration (herunder *Rush Portuguesa*) avsnitt 12.

<sup>4</sup> Ca. 55 prosent i Norge sammenlignet med mellom 75 og 90 prosent i de andre skandinaviske landene. Se Evju (2013) s. 235.

<sup>5</sup> Evju (2013) s. 235–236.

<sup>6</sup> Allmenngjøringsloven § 6 (4), Evju (2010) s. 324.

<sup>7</sup> *Rush Portuguesa* avsnitt 18.

<sup>8</sup> Evju (2013) s. 229.

<sup>9</sup> C-319/06 *Kommisjonen v Luxembourg* (herunder *Kommisjonen v Luxembourg*) avsnitt 26.

<sup>10</sup> Forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 (2).

ringsloven i overenstemmelse med utsendingsdirektivet.<sup>11</sup> En hovedproblemstilling blir å redegjøre for og analysere Tariffnemndas praksis i lys av dens kompetanse etter allmenngjøringsloven, aml. § 1-7 og forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 (2). Tolkningen av de norske reglene må gjøres i pakt med de bakenforliggende EØS-reglene.<sup>12</sup>

I 2008 vedtok Stortinget det andre viktige middelet mot sosial dumping: forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. De lønnsvilkårene som gjøres gjeldende i kraft av forskriften dekkes av utsendingsdirektivet og prinsippet om fri flyt av tjenester. Også her vil disse reglene være retningssigende for hvordan de norske reglene er å forstå. Den andre hovedproblemstillingen i avhandlingen blir å redegjøre for og analysere disse reglene.

## 1.3 Metodiske spørsmål

### 1.3.1 Generelt

Allmenngjøringsloven ble vedtatt før utsendingsdirektivet. Siden loven kom i kraft i 1993 har det også skjedd en utvikling i EU-domstolens praksis fra den liberale formuleringen i *Rush Portuguesa* til en inngående proporsjonalitetsvurdering av minstelønnsordningene. Som konsekvens operer allmenngjøringsloven i dag i en annen kontekst enn da den ble vedtatt. Dermed får ordlyden og forarbeidene svekket vekt fordi disse må forstås i lys av den utviklingen som har funnet sted. Det finnes en del senere lovgivningsinitiativer hvor lovgiver har uttalt seg om hvordan Tariffnemndas kompetanse forholder seg til denne utviklingen.<sup>13</sup> Dette blir et slags etterarbeid som vil være en viktig del i rettskildebildet.

I norske domstoler har Tariffnemndas praksis i stor grad unndratt seg prøving. Den eneste saken hvor lovligheten av allmenngjøringsvedtak har blitt prøvd er Verftssaken som i 2013 endte i Høyesterett. Denne avgjørelsen er ny og har dermed tatt for seg de nyeste dommene avsagt av EU-domstolen. Avgjørelsen vil være sentral. Den manglende etterprøvingen av allmenngjøringen forøvrig gjør at det i stor grad er opp til Tariffnemnda å føre en praksis i harmoni med EU-rettslige prinsipper. Det er stort tilfang av litteratur omkring disse spørsmålene. Mesteparten er imidlertid eldre enn Verftssaken, og det er en del nye problemstillinger som ikke har blitt diskutert i særlig stor grad.

---

<sup>11</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) pkt. 2.4.2, Evju (2010) s. 360.

<sup>12</sup> Rt. 2010 s. 202, Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 68

<sup>13</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009)

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår kom forut for den mest relevante EU-dommen for forskriften: *Ruffert*. Forskriften ble delvis revidert etter dommen. Den praksisen som føres i henhold til forskriften har ikke blitt prøvd i norske domstoler.

Hvilken løsning som støttes av reelle hensyn avhenger til en viss grad av ståstedet. I EU har særlig avveiningen av prinsippet om fri flyt og arbeidstakervern vært førende for utviklingen. I Norge har det vært lite fokus på fri flyt. Tariffnemnda og lovgiver har lagt stor vekt på arbeidstakervern samt andre nasjonale hensyn som for eksempel beskyttelse av innenlandske aktører og vern av den norske lønnsmodellen. Samtidig må norske regler tolkes på en slik måte at formålet med EU-reglene oppfylles. Lite tilfang av norsk praksis gjør at reelle hensyn blir en viktig rettskilde i mange drøftelser.

### 1.3.2 EØS-rettslige problemstillinger

EØS-retten har ikke direkte virkning og må gjennomføres i norsk lov. Det følger av EØS-loven § 2 at EØS-regler i tilfelle konflikt skal gå foran andre norske regler. Dette har blitt tolket innskrenkende til å bare gjelde i de tilfellene hvor konflikten er utilsiktet.<sup>14</sup> I praksis vil forrangsregelen ofte spille størst rolle som et tolkningsprinsipp og norske domstoler har vist vilje til å gå meget langt for å oppnå en EØS-konform tolkning.<sup>15</sup>

Når jeg skal tolke de norske reglene i lys av EØS-retten er det for min problemstilling relevant å se på to sett av EØS-regler. For det første vernes utsenderbedriftens rett til å sende arbeidstakere til Norge av prinsippet om fri flyt av tjenester. Prinsippet er en integrert del av primærretten. Primærretten omfatter samarbeidets grunnleggende traktater og unionens avtaler med tredjeparter. For EFTA-statene er prinsippet om fri flyt av tjenester regulert i EØS-avtalen art. 36 EØS-loven implementerer EØS-avtalen. Art. 36 er en blåkopi av tilsvarende fri flyt regler i EU. I EU reguleres fri flyt av tjenester i TFEU art. 56 som er en videreføring av EF-traktaten art. 49. Mesteparten av EU-domstolens praksis knytter seg til reglene i EF-traktaten, men fordi reglene antas å ha samme innhold er avgjørelsene fortsatt relevante. For enkelthetens skyld referer jeg gjennomgående til disse reglene under samlebetegnelsen "tjenestereglene". I tillegg til tjenestereglene er problemstillingen nærmere regulert i sekundærretten gjennom utsendingsdirektivet.

Det er en hierarkisk sammenheng mellom tjenestereglene og direktivet. Primærretten, som tjenestereglene er en del av, gir hjemmel for utsendingsdirektivet og setter således rammen for hva den kan bestemme. Reglene ligger således i to plan. For saksforhold som knytter seg til tiden etter direktivets

---

<sup>14</sup> NOU 2012: 2 pkt. 7.4.

<sup>15</sup> NOU 2012: 2 pkt. 7.4.

gjennomføringsfrist, tas det utgangspunkt i utsendingsdirektivet og den harde kjernen. Flere bestemmelser i direktivet vil tolkes i lys av tjenestereglene.<sup>16</sup> Hvis et lønnskrav faller utenfor den harde kjernen må vilkårene kunne begrunnes i en proporsjonalitetsvurdering etter tjenestereglene.<sup>17</sup> Samtidig vil den politiske avveiningen av hensynene i direktivet legge føringer på denne proporsjonalitetsvurderingen.<sup>18</sup> Man kan si at det skjer en vekselvirkning mellom tjenestereglene og direktivet.

EØS-retten har utviklet en egen metodelære som har noen særtrekk sammenlignet med den norske. En viktig forskjell ligger i at EU er en flerspråklig affære med de komplikasjonene for ordlydsfortolkning som dette medfører. EØS-regler, herunder utsendingsdirektivet, finnes på alle EU-språk og versjonene er likeverdige. Hvis de språklige versjonene fører til forskjellige løsninger skal språkversjonene sammenholdes. Utgangspunktet er at rettsanvenderen skal velge den løsningen som best lar seg forene med flest språkversjoner.<sup>19</sup> Den norske oversettelsen av utsendingsdirektivet er ikke en autoritativ versjon og det er nærliggende å ta utgangspunkt i den språkversjonen som ligger nærmest det norske språk, nemlig den danske.

Et annet viktig metodisk poeng er at vekten på forarbeider er et særnordisk fenomen. Dokumenter som tilsvarende forarbeider for EU-regelverket utgis ikke og er dermed ikke en kilde slik vi er vant med fra norsk metodelære.<sup>20</sup> I norsk lovgivning gjør vi ikke bruk av forord, men ved fortolkningen av EØS-rettsakter blir forordet en viktig kilde for å forstå formålet og systemet i reglene.

Det er to domstoler som tolker EØS-avtalen: EU-domstolen og EFTA-domstolen. Rolledelingen er at hver domstol dømmer innenfor sin pilar. Selv om domstolene formelt er uavhengige ligger det som en forutsetning at EFTA-domstolen skal innrette seg EU-domstolens avgjørelser for på den måten å skape et "dynamisk og ensartet" utvikling i hele EØS.<sup>21</sup> Dette er noe EFTA-domstolen i praksis gjør.<sup>22</sup> For Høyesterett er EFTA-domstolens uttalelser prinsipielt rådgivende i henhold til ODA-avtalen art. 34, men de tillegges "vesentlig vekt"<sup>23</sup>. Vekten av EFTA-domstolens rådgivende uttalelser har blitt

---

<sup>16</sup> For eksempel art. 3 nr. 10 jf. *Kommisjonen v Luxembourg* avsnitt 30 og art. 5 jf. *Wolff & Müller* avsnitt 30.

<sup>17</sup> *Kommisjonen v Luxembourg* avsnitt 30 og 50–52.

<sup>18</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) pkt. 2.4.2.

<sup>19</sup> Sejersted (2007) s. 235.

<sup>20</sup> Nielsen (2012) s. 110.

<sup>21</sup> Fortalen i EØS-avtalen pkt. 5.

<sup>22</sup> Sejersted (2007) s. 239.

<sup>23</sup> Rt. 2000 s. 1811 s. 1820.



aktualisert i Verftssaken hvor Høyesterett anvender denne normen, men likevel går nokså langt i å distansere seg fra EFTA-domstolens uttalelse.<sup>24</sup>

## 1.4 Avgrensning

Reglene om utsendte arbeidstakere dekker flere utsendingssituasjoner. Ett typetilfelle er at utsenderbedriften bruker egne arbeidstakere for å levere i henhold til en kontrakt i Norge. Arbeidskraften kan også utgjøre selve tjenesten som er tilfellet ved er innleie. Utleiebedriften kan da enten være produktjonsbedrift (hvor utleie ikke er primærformålet med bedriften) eller bemanningsforetak (hvor hovedformålet med næringen er å drive utleie).<sup>25</sup> For vikarer ansatt i utenlandske bemanningsforetak er det spesielle regler i aml. § 14-12a som regulerer deres lønnsvilkår. For denne gruppen utsendte arbeidstakere er reglene i aml. § 14-12a viktigere enn forskrift om utsendte arbeidstakere og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og offentlige kontrakter. Jeg peker på reglene for oversiktens skyld, men avgrenser mot videre behandling av disse.

## 1.5 Opplegget videre

I kapittel 2 skal jeg gi en innføring i innholdet i de norske reglene og hvordan de forholder seg til tjenestereglene og utsendingsdirektivet. Denne delen av avhandlingen er i stor grad deskriptiv. I kapittel 3 undersøker jeg hvordan de vilkårene som de to forskriftene pålegger norske vertsbedrifter å sikre forholder seg til hjemmelskravene i EØS-retten. Norsk rett regulerer bare plikter og setter således ikke hjemmelskrav for at norske vertsbedriften skal kunne sette lønnsvilkår overfor sine leverandører. Dermed er det mest naturlig først å redegjøre for hjemmelskravene som følger av utsendingsdirektivet og tjenestereglene, for så å innpasse de norske reglene i den rammen som er etablert. De mest interessante problemstillingene i dette kapitlet er knyttet til utvidelsen i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår til å anvende satser i landsomfattende avtaler i mangel på en allmenngjort tariffsats.

I kapittel 4 kommer derimot Tariffnemndas kompetanse og praksis etter allmenngjøringsloven i sentrum. Tariffnemnda har kompetanse til å foreta et utvalg av hvilke vilkår som skal allmenngjøres og til å bestemme beskyttelsesnivå. I kapittel 4 undersøker jeg hvordan Tariffnemnda skal utøve denne kompetanse. Da tar jeg utgangspunkt i allmenngjøringslovens regler og tolker dem i lys av de relevante EØS-reglene i utsendingsdirektivet og tjenestereglene. Et sentralt tema i dette kapitlet er lønnsbegrepet som Tariffnemndas kompetanse er knyttet til både i allmenngjøringsloven og utsendingsdirektivet.

---

<sup>24</sup> Evju (2013) s. 250.

<sup>25</sup> Se skillet i aml. §§ 14-12 og 14-13.

## 2 Regelverket

Det rettslige utgangspunktet for plikten til å kreve lønnsvilkår i henhold til allmenngjøringsvedtak er aml. § 1-7 jf. forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 (2). Forskriften gjelder uavhengig av om vertsbedriften er en privat eller offentlig aktør. For en del offentlige aktører er forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 (2) den mer spesielle regelen som pålegger å sikre allmenngjorte lønnssetninger for utsendte arbeidstakere. Forskriften får anvendelse hvis kontrakten er en "tjenestekontrakt eller bygg- og anleggskontrakt" som overstiger 1 million for statlige myndigheter og 1,6 million for andre offentlige oppdragsgivere.<sup>26</sup> Det eneste som faller utenfor "tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter" er varekontraktene hvor spørsmålet om lønnsvilkår for utsendte arbeidstakere ikke gjør seg gjeldende. Terskelverdiene loven setter opp er så lave at størstedelen av de offentlige kontraktene i praksis dekkes av forskriften.

Hvilke lønnsvilkår vertsbedriften skal sikre beror etter disse reglene på Tariffnemndas praksis. Dens kompetanse reguleres i allmenngjøringsloven. I henhold til loven er Tariffnemnda et politisk uavhengig offentlig organ som har myndighet til å fatte vedtak om allmenngjøring av tariffavtalte lønnsvilkår på initiativ av arbeidslivsorganisasjonene som er part i avtalen.<sup>27</sup> Vedtaket fattes i form av forskrift og nemnda utøver dermed delegert lovgivningsmyndighet. Innholdsmessig har nemnda kompetanse til å treffe vedtak om "lønn" hvis det er "dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere".<sup>28</sup> Tariffnemnda skal bruke den kompetansen på en måte som bidrar til at lovens formål oppfylles.

Allmenngjøringsinstituttets formål følger av § 1 og er presisert i forarbeidene. Nemnda skal gjennom sin praksis for det første søke å oppnå "likeverdige" lønnsvilkår for utenlandske arbeidstakere. Tariffnemnda har kompetanse til å allmenngjøre hvor utsendte arbeidstakere har "dårligere" vilkår. Etter ordlyden og som forutsatt av senere forarbeider kan ethvert avvik begrunne allmenngjøring og det kreves ikke vesentlige forskjeller.<sup>29</sup> Dette formålet og Tariffnemndas kompetanse går dermed lenger enn å beskytte arbeidstakerne mot sosial dumping hvor det kreves kvalifiserte avvik. I tillegg kan nemnda allmenngjøre for å hindre konkurransevridning til ulempe for norske aktører.<sup>30</sup> En alminnelig

---

<sup>26</sup> Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 1 og § 4.

<sup>27</sup> Allmenngjøringsloven §§ 3 og 4.

<sup>28</sup> Allmenngjøringsloven § 5 (2).

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 88 (2008–2009) pkt. 3.2.6.3.

<sup>30</sup> Allmenngjøringsloven § 1.

forståelse tilsier at Tariffnemnda kan treffe vedtak både for å hindre urettferdig konkurranse og av rent proteksjonistiske hensyn.

Disse formålene i § 1 er ikke motstridende men utgjør heller alternative begrunnelse til at lønnskravene for utsendte arbeidstakere skal gjøres mest mulig like som for norske arbeidstakere. Det er ingenting i ordlyden eller forarbeidene som tilsier at disse skal avveies mot hensynet til utsenderbedriften og fri flyt. Lovens formål og de bakenforliggende diskusjonene vitner om at hovedbekymringen for Norge var å sikre nasjonale interesser, heller enn å implementere prinsippet om fri flyt av tjenester som man mente satte få begrensninger for Norges skjønnsfrihet.<sup>31</sup>

I forarbeidene har lovgiver uttalt at Tariffnemnda ikke skal anvende sin kompetanse i større utstrekning enn "nødvendig" for å oppnå formålet med loven.<sup>32</sup> Dette er først og fremst en plikt til å vurdere om det er behov for allmenngjøring. Hvis det er behov for allmenngjøring har nemnda plikt til å vurdere hvilket innhold vilkårene skal gis, herunder beskyttelsesnivå og utforming av minstelønnsatsene. I lys av det vidtgående formålet er Tariffnemndas kompetanse veldig vid.

Den vide utformingen av Tariffnemndas kompetanse kan henføres til den forståelsen av EØS-retten man hadde i 1993. Siden da har EU-domstolen lagt til grunn at anvendelsen av lønnsvilkår overfor en tjenesteyter er en restriksjon på den frie flyten fordi den gjør utvekslingen av tjenester "less attractive".<sup>33</sup> Det er etter dette ikke nødvendig at reglene er diskriminerende og det er tilstrekkelig at utsenderbedriften påføres ekstra kostnader eller administrative byrder.<sup>34</sup> Om utsendingen blir "less attractive" vurderes fra utsenderbedriftens ståsted.<sup>35</sup> Etter dette vil Tariffnemndas vedtak dekkes av prinsippet om fri flyt av tjenester.

Restriksjonen vedtakene utgjør kan likevel være lovlig hvis den har en gyldig begrunnelse. Hvis restriksjonen er diskriminerende, må den kunne begrunnes i de unntakene selve traktatteksten åpner opp for.<sup>36</sup> Ikke-diskriminerende tiltak kan også begrunnes i den domstolsskapte læren om tvingende

---

<sup>31</sup> Evju (2013) s. 257.

<sup>32</sup> Ot.prp.nr. 26 (1992-1993) s. 21, Innst.O. nr.98 (1992-1993) under overskriften «Nærmere om lovutkastet».

<sup>33</sup> Implisitt i C-165/98 Belgium mot André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL (herunder *Mazzoleni*) se avsnitt 24 og 36. Fremholdes uttrykkelig i C-346/06 Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert v Land Niedersachsen (herunder *Rüffert*) avsnitt 37.

<sup>34</sup> *Mazzoleni* p. 24.

<sup>35</sup> Sjødin (2013) s 55.

<sup>36</sup> EF-traktaten art. 49 jf. art. 46.

allmenne hensyn.<sup>37</sup> Allmenngjøring av lønnsatser er typisk ikke-diskriminerende. EU-domstolen godtar at slike minstelønnsordninger begrunnes i beskyttelse av arbeidstakerne<sup>38</sup> og beskyttelse mot urettferdig konkurranse.<sup>39</sup> Hensynet til å verne egne bedrifter mot konkurranse har derimot ikke blitt godtatt. I tillegg til gyldig begrunnelse må det middelet man har valgt for å nå det legitime formålet være nødvendig og proporsjonalt. Dette har vært formulert som et spørsmål om arbeidstakerne får "a genuine benefit" av at vertsstatens regler får anvendelse.<sup>40</sup>

Lovgiver har lagt til grunn at denne praksisen medfører visse modifikasjoner i hvilke formål Tariffnemnda kan forfølge i sin praksis.<sup>41</sup> Hensynet til å hindre konkurransevridning i allmenngjøringsloven må i lys av EU-domstolens praksis forstås som beskyttelse mot urettferdig konkurranse. Dette innebærer at Tariffnemnda ikke kan fatte vedtak av rent proteksjonistiske formål. Videre ligger det i kravet om proporsjonalitet at Tariffnemnda ikke kan forfølge hensynet til arbeidstakeren for enhver pris. Ikke enhver forskjell er utnytting av den utenlandske arbeidstakeren. Deres konkurransefordel er at de kan selge tjenester litt billigere enn norske tjenesteytere. Paradokset da er at jo mer like vilkår utsendte arbeidstakere sikres jo mindre sjanse har de for å bli valgt på det norske markedet. Veldig høy beskyttelse kan dermed presse dem ut av markedet. Å ha tilgang til markedet er i seg selv en fordel og det kan stilles spørsmål ved om regler som gir veldig høy beskyttelse gir arbeidstakerne en reell fordel.

I allmenngjøringens første leveår fikk disse potensielle begrensningene liten betydning fordi nemndas kompetanse lå ubrukt frem til 2003/2004.<sup>42</sup> Da var utsendingsdirektivet allerede implementert og vurderingen av allmenngjøringsordningen ble fra starten av primært knyttet til direktivet.

Utsendingsdirektivet er et lovvalgsdirektiv. I henhold til Roma-konvensjonen skal det landets rett hvor arbeidet vanligvis utføres regulere forholdet, med mindre partene har kontraktsfestet noe annet eller arbeidsforholdet er tettere tilknyttet vertslandet.<sup>43</sup> Utgangspunktet er dermed at det er utsenderlandets

---

<sup>37</sup> En restriksjon er diskriminerende hvis den anvender forskjellige regler på samme situasjon eller samme regler på forskjellige situasjoner se C-341/05 *Laval yn Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet (herunder *Laval*) avsnitt 115.

<sup>38</sup> C-279/80 *Criminal proceedings against Alfred John Webb* avsnitt 19, Se også *Mazzoleni og Kommisjonen v Luxembourg*.

<sup>39</sup> C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix* (herunder *Wolff & Müller*).

<sup>40</sup> C-164/99 *Infringement proceedings against Portugaia Construções Lda* (herunder *Portugaia*).

<sup>41</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) pkt. 2.4.2.

<sup>42</sup> Se Regjeringens hjemmesider.

<sup>43</sup> Rome I art. 6 (2).

rett som regulerer lønnsfastsettelsen. Direktivet regulerer når vertslandet likevel kan kreve sine minstelønnsstander overholdt. En grunnleggende forutsetning for å gjøre dette er at den utsendte arbeidstakeren ved anvendelsen av vertslandets lønnsvilkår blir stilt i en mer gunstig stilling enn etter hjemlandets rett.<sup>44</sup> Det direktivet ikke gjør er å fastsette konkrete, materielle minstevilkår. Man kan gjerne si at direktivet er partielt harmoniserende.

Plikten til å sikre vilkårene i den harde kjernen er en nyvinning med direktivet som vi ikke har sett spor av i praksis knyttet til tjenestereglene.<sup>45</sup> Denne plikten til å gjøre gjeldende vilkår innenfor den harde kjernen gjelder regler som man allerede har i sin lovgivning og må ikke forveksles med plikt til å fastsette nye regler som gir minimumsrettigheter. Tariffnemnda har dermed ingen plikt til å treffe allmenngjøringsvedtak, men hvis vedtak er truffet skal det få anvendelse for utsendte arbeidstakere. Denne plikten er gjennomført ved forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 (2). Den harde kjernen har også som utgangspunkt blitt tolket som uttømmende regulering av hvilke vilkår vertsstaten kan kreve.<sup>46</sup> Denne funksjonen er særlig viktig fordi den vil være et retningsgivende og begrensende element for Tariffnemndas praksis. Som utgangspunkt setter den både bunn og tak for hvilke lønnsvilkår Norge som vertsstat kan kreve overholdt. Utenfor den harde kjernen må Norge kunne begrunne ytterlige vilkår i proporsjonalitet etter tjenestereglene og adgangen til å gjøre det vil være nokså snever.

Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter pålegger offentlige aktører plikter som går lenger enn bare å sikre allmenngjorte lønnssetninger. I henhold til § 5 (3) har offentlige aktører som faller under forskriftens anvendelsesområde plikt til å sikre lønnsvilkår i landsomfattende tariffavtaler i mangel på en allmenngjort sats.<sup>47</sup> Disse lønnskravene får blant annet virkning for utenlandske aktører som skal inngi tilbud i den offentlige anskaffelsen. Slike minstelønnskrav utgjør en restriksjon på den frie flyten fordi de gjør utvekslingen av tjenester mindre attraktiv. De dekkes også av utsendingsdirektivet. Den landsomfattende avtalen blir et grunnlag for å gjøre lønnsvilkår gjeldende overfor utsendte arbeidstakere i tillegg til allmenngjøringsforskriften. Den fungerer som et slags sikkerhetsventil som fanger opp de tilfellene som kommer på siden av de allmenngjorte avtalene. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår sikrer dermed minstelønn for alle arbeidstakere som utfører offentlige kontrakter. I praksis vil betydningen av en slik utvidelse avhenge av hvor aktiv Tariffnemnda velger å være i sin allmenngjøringspraksis. Jo større del av arbeidsmarkedet som dekkes av et allmenngjøringsvedtak, jo mindre viktig blir utvidelsen i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

---

<sup>44</sup> Utsendingsdirektivet art. 3 nr. 7. Implementert i forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 (3).

<sup>45</sup> Se ordlyden i art. 3 nr. 1: "skal sikre".

<sup>46</sup> *Kommisjonen v Luxembourg* avsnitt 26.

<sup>47</sup>

## 3 Krav til hjemmel for å sette lønnsvilkår

### 3.1 Hjemmelskrav i EØS-retten

#### 3.1.1 Den harde kjernen

For at et lønnsvilkår skal omfattes av den harde kjernen stiller utsendingsdirektivet konkrete krav til hjemmel.<sup>48</sup> Bakgrunnen for dette er at direktivet skal skape et "dynamisk miljø for utveksling af tjenesteydelser over grænserne ved at tilskynde et stigende antal virksomheder til midlertidigt at utstasjonere deres arbeidstagere med henblik på udførelse af arbejde i en anden medlemsstat end den, hvor de normalt beskæftiget".<sup>49</sup> Hjemmelskravene skaper forutsigbarhet for utenlandske tjenesteytere, sannsynligheten for konflikt reduseres og de administrative kostnadene forbundet med utstasjoneringen blir mindre. I sum medfører dette at det blir mer lønnsomt og effektivt å utstasjonere.

Det følger av art. 3 nr. 1 at lønnsvilkårene må være fastsatt ved lov, forskrift eller allmenngjort avtale for å omfattes av den harde kjernen.<sup>50</sup> I tillegg åpner direktivet for at stater gjør gjeldende tariffavtaler som gjelder allment, geografisk eller nasjonalt, selv om de ikke har blitt allmenngjort i kraft av en lovfestet allmenngjøringsordning.<sup>51</sup> Det er bare adgang til dette "hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgirtkendelser finder generel anvendelse"<sup>52</sup>. En alminnelig forståelse tilsier at det ikke har en adgang til å basere seg på landsomfattende avtale hvis staten har en ordning for allmenngjøring av tariffavtaler.

Hjemmelskravene som stilles for at et vilkår skal falle inn under den harde kjernen er ikke skjønsmessige og må forutsettes å være proporsjonale etter tjenestereglene.

Hva som skal til for at noe skal være lov, forskrift eller allmenngjort tariffavtale er klart definert i nasjonal rett. Utsendingsdirektivets hjemmelskrav er dermed ja eller nei vilkår. Hvis rettsanvenderen skulle foretatt en prøving etter tjenestereglene av hjemmelskravenes proporsjonalitet og kommet til at de ikke var det ville det innebære at bestemmelsen i direktivet er ugyldig. Ved at EU-domstolen anvender hjemmelskravene forutsettes at det ikke er tilfellet.

---

<sup>48</sup> Utsendingsdirektivet art. 3 nr. 1 jf. nr. 8.

<sup>49</sup> Fortalen i Utsendingsdirektivet pkt. 3.

<sup>50</sup> Art. 3 nr. 1 jf. nr. 8 som angir hva som forstås med allmenngjort tariffavtale.

<sup>51</sup> Utsendingsdirektivet art. 3 nr. 8 (2).

<sup>52</sup> Art. 3 nr. 8 (2).

EU-domstolen tolket hjemmelskravene i *Rüffert*. Saken omhandlet en bestemmelse i tysk lovgivning som påla tilbydere i offentlige kontrakter å overholde lønnsvilkår i tariffavtaler som ikke var allmenngjort, til tross for at Tyskland har allmenngjøringsordning. I den saken la EU-domstolen til grunn at lønnsatsen ikke kunne ansees fastsatt ved lov hvor minstelønnsatsen (altså beløpet og beregningsmåten) ikke fremgår av loven selv. Det var ikke tilstrekkelig at loven henviste til gjeldende landsomfattende avtale.<sup>53</sup> Videre kunne ordningen ikke begrunnes i art. 3 nr. 8 fordi Tyskland har en allmenngjøringsordning.<sup>54</sup> Dette samsvarer med den alminnelige forståelse av bestemmelsen. Vilkårene falt dermed utenfor den harde kjernen.

Det følger samtidig av EU-domstolens praksis at direktivet ikke er ment å skulle harmonisere systemene for dannelsen av lønssystemet i medlemsstatene og at landene står fritt til å velge en annen fremgangsmåte, forutsatt at lønnskravet utgjør en proporsjonal restriksjon etter tjenestereglene.<sup>55</sup> Også i Norge har lovgiver lagt til grunn at det er adgang til å supplere den harde kjernen og presisert at utsendingsdirektivet vil sette føringer for den proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas.<sup>56</sup>

### **3.1.2 Utenfor den harde kjernen: spørsmålet om proporsjonalitet**

Etter tjenestereglene utgjør minstelønnskrav restriksjon på den frie flyt og det avgjørende er om den er gyldig begrunnet og proporsjonal. Hvis det bare er hjemmelskravet som svikter (altså at lønnsvilkåret materielt er minstelønn) tar EU-domstolen utgangspunkt i læren om tvingende allmenne hensyn og vilkåret trenger ikke å være begrunnet i "ordre public" hensyn etter art. 3 nr. 10. Dette følger forutsetningsvis av *Rüffert* der EU-domstolen etter å ha fastslått at vilkårene i den saken ikke oppfylte hjemmelskravene i utsendingsdirektivet går over til å diskutere tjenestereglene med utgangspunkt i læren om allmenne hensyn uten å trekke inn art. 3 nr. 10 som bare anerkjenner "ordre public" som gyldig begrunnelse. I vurderingen av proporsjonalitet vil det være slik at jo flere grunnlag som nasjonalt anerkjennes og jo vanskeligere det er for utsenderbedriften å få oversikt over disse reglene, jo mer skal til for å si at restriksjonen er proporsjonal. Da blir utsendingen mer uforutsigbar, utsenderbedriftens administrasjonskostnader går opp og det blir mindre lønnsomt å sende til Norge.

---

<sup>53</sup> *Rüffert* avsnitt 24.

<sup>54</sup> *Rüffert* avsnitt 27.

<sup>55</sup> *Laval* avsnitt 6, Se også *Rüffert* avsnitt 37–42 hvor EU-domstolen etter å ha konkludert med at vilkårene i den saken falt utenfor den harde kjernen går inn på om de likevel kan ansees proporsjonale etter tjenestereglene.

<sup>56</sup> Ot.prp.nr. 13 (1999-2000) som blant annet berører forholdet mellom allmenngjøring og *Rüffert*.

I *Arblade* hadde et fransk byggeselskap fått bot i Belgia for at de ikke overholdt minstelønnsstandardene i Belgia for de arbeidstakerne som ble utsendt dit.<sup>57</sup> I den saken uttalte EU-domstolen at lønnsvilkårene måtte være "sufficiently precise and accessible that they do not render it impossible or excessively difficult in practice for such an employer to determine the obligations which he is required to comply".<sup>58</sup> Denne uttalelsen definerer ikke et bestemt hjemmelskrav og alle grunnlag kan i prinsippet stå seg, men det oppstilles et klarhetskrav. Særlig viktig var det at ordningen sikret informasjonsflyt til de som ønsker å utsende til Norge slik at restriksjonen ble minst mulig. *Arblade* gjaldt en straffesak noe som kan kaste tvil om formuleringen har overføringsverdi fordi den kan være utslag av det spesielle hjemmelskravet i strafferetten. Samme formulering har imidlertid blitt anvendt i *Laval* som er en vanlig konvensjonsbruddsak.<sup>59</sup>

I *Rüffert* foretar EU-domstolen en proporsjonalitetsvurdering av lønnsvilkårene etter tjenestereglene etter å ha fastslått at de ikke oppfylte hjemmelskravet i utsendingsdirektivet.<sup>60</sup> Domstolen konkluderer med at bestemmelsene ikke kunne begrunnes i tjenestereglene fordi de ikke var gyldig begrunnet i beskyttelse av arbeidstakerne. Domstolen legger særlig vekt på at reglene bare gjaldt for arbeidstakere utsendt til en offentlig bedrift uten at staten kunne godtgjøre for at beskyttelsesbehovet var større der sammenlignet med det privat sektor.<sup>61</sup> Restriksjonen var derfor ulovlig.

## 3.2 Aktuelle rettsgrunnlag i norsk rett og forholdet til EØS-retten

### 3.2.1 Allmenngjøringsvedtak

Det er ingen lovbestemt minstelønn i Norge. Det nærmeste man kommer generell regulering er allmenngjøringsforskriften. Lønnsvilkår som er allmenngjort gjelder for alle som utfører arbeid i Norge uavhengig av hvem som er oppdragsgiver og tjenesteyter. I henhold til forskrift om utsendte arbeidstakere skal allmenngjøringsvedtak gjelde for alle utsendte arbeidstakere uavhengig av hva slags type utsending det er snakk om.<sup>62</sup> Allmenngjøringsvedtaket faller under art. 3 nr. 1 første strekpunkt fordi det fattes i forskriftsform. Det var tidligere en viss debatt om allmenngjøringsforskriftets gyldighet holdt opp mot utsendingsdirektivets. Dette skyldtes at Tariffnemnda var tilkjent kompetanse i all-

---

<sup>57</sup> C-376/96 Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-379/96) (herunder *Arblade*).

<sup>58</sup> Avsnitt 43.

<sup>59</sup> Avsnitt 110.

<sup>60</sup> Særlig avsnitt 35 og 36.

<sup>61</sup> Avsnitt 39-40.

<sup>62</sup> Forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 (2) og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 (2).



menngjøringsloven til å fatte vedtak som gikk lenger enn det EU-retten tillot. Det er i dag avklart at allmenngjøringsforskriften formelt står seg mot utsendingsdirektivets regler fordi Tariffnemnda har en fakultativ kompetanse som innebærer at den kan utøves i samsvar med direktivet.<sup>63</sup> Lovgiver har forutsatt at nemnda skal utøve kompetansen på den måten.<sup>64</sup> Denne begrensningen av nemndas kompetanse får betydning for hvilket innhold lønnsvilkårene kan gis noe jeg behandler i kapittel 4.

### 3.2.2 Den landsomfattende avtalen

I henhold til forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter har offentlige aktører plikt til å kreve at leverandører sikrer lønnsvilkår i relevante landsomfattende avtaler i mangel av en allmenngjort lønnsats.<sup>65</sup> Tidligere skulle det offentlige i mangel av en relevant landsomfattende avtale også kreve "det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke".<sup>66</sup>

De tyske reglene som var oppe i *Rüffert* har klare likhetstrekk med reglene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.<sup>67</sup> Da forskriften ble vedtatt verserte *Rüffert* fortsatt i EU-systemet og den norske lovgiver argumenterte for at det var gode grunner for at både den tyske og den norske ordningen skulle stå seg. Lovgiver fremholdt blant annet at EUs anskaffingsdirektiv 2004/18/EC artikkel 26 anerkjenner kontraktvilkår av sosiale hensyn og at det offentlige har særlig plikt til å ikke bidra til utnyttning av arbeidstakere.<sup>68</sup> Etter at *Rüffert* dommen ble avsagt og den ikke fikk det utfallet den norske lovgiver forutså, åpnet ESA sak mot Norge. Norge satte da fokus på de tingene ved den norske forskriften som man mente skilte den fra den tyske ordningen.<sup>69</sup>

ESA hadde to hovedinnvendinger mot forskriften;

- i) Den første innvendingen gikk på at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår ikke oppfyller kravene til forskrift i direktivet. På samme måte som i *Rüffert* fastsetter ikke den norske forskriften selve minstelønnen men viser til andre kilder (landsomfattende avtale og normallønn). Normallønnen falt automatisk utenfor den harde kjernen fordi det skulle bestemmes ut fra forskjellige statistikker eller andre oversikter over gjeldende lønnsnivå, noe

---

<sup>63</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) pkt. 2.4.2, Evju (2010) s. 360, Stensvik (2007) s. 42.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) pkt. 2.4.2.

<sup>65</sup> Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 (3).

<sup>66</sup> Opphevet ved forskrift 15. November 2011 nr. 1104.

<sup>67</sup> ESA Formal Notice (2009) s. 6 hvor regelverkene karakteriseres som «substantively similar»

<sup>68</sup> Inst.O.nr. 24 (2007-2008) pkt. 1.4.

<sup>69</sup> Høringsbrev (2010) pkt. 3.3.

som klart faller utenfor direktivets hjemmelskrav.<sup>70</sup> Norge har en allmenngjøringsordning noe som stengte for at staten kunne basere seg på den landsomfattende avtalen til å oppfylle hjemmelskravet etter art. 3 nr. 8 (2).<sup>71</sup> Dermed hevdet ESA at lønnsvilkår som gjøres gjeldende med grunnlag i landsomfattende avtale eller som ansees for normallønn ikke kan begrunnes i direktivet.

- ii) Den andre innvendingen var at slike vilkår utgjorde restriksjon på den frie flyten av tjenester som ikke kunne begrunnes i hensynet til beskyttelse av arbeidstakerne. Begrunnelsen var at den norske forskriften på samme måte som den tyske bare gjaldt offentlig sektor uten at utsendte arbeidstakere som ble utsendt til private bedrifter nøy samme vern.

Norges respons på innvendingene er beskrevet i høringsbrev fra 30.06.2010. Saken ble løst uten å ende opp for EU-domstolen ved blant annet å oppheve bestemmelsen om normallønn. I høringsbrevet ble det særlig fremholdt at utvidelsen ikke var nødvendig slik forskriften var utformet, at den var vanskelig å håndtere hvis det skulle bli aktuelt å bruke den i tillegg til at den ikke kunne sto seg mot klarhetskravet i EØS-retten.<sup>72</sup> Temaet i det følgende er om § 5 (2) som pålegger plikt til å anvende lønnssetser i landsomfattende avtaler står seg mot EØS-retten.

I høringsbrevet ble det lagt til grunn at den første innvendingen særlig gikk på at det ikke fremgikk på tilstrekkelig klar måte hvilke lønnsvilkår leverandøren måtte tilby sine ansatte for å kunne by i offentlige anskaffelser.<sup>73</sup> Det fantes blant annet ikke noe offentlig oversikt over landsomfattende tariffavtaler. Det ble foreslått at vertsbedriften skulle kunne innhente informasjon fra Arbeidstilsynet om hvilke landsomfattende avtaler man måtte anvende.<sup>74</sup> Videre ble det foreslått at det offentlige basert på den informasjonen skulle fastsette i kunngjøringen av oppdraget eller konkurransegrunnlaget hvilke lønnsvilkår som gjelder for den aktuelle kontrakt. Dette skulle gjøre situasjonen for utsenderbedriften mer forutsigbar.<sup>75</sup> Disse klarhetsargumentene fremholdes for å begrunne at forskriften er innenfor direktivet. I rettspraksis, herunder *Rüffert* og *Laval*, har EU-domstolen i drøftelsen av direktivets hjemmelskrav ikke gått inn på slike klarhetsargumenter fordi direktivet klart angir hvilke hjemler et vilkår må ha for å falle inn under den harde kjernen. Da man heller ikke kunne basere seg på art. 3 nr. 8 kan

---

<sup>70</sup> Høringsbrev (2010) pkt. 2.

<sup>71</sup> *Rüffert* avsnitt 27.

<sup>72</sup> Høringsbrev (2010) pkt. 4.2.

<sup>73</sup> Pkt. 3.

<sup>74</sup> Pkt. 4.2.

<sup>75</sup> Pkt. 4.2.

lønnsvilkårene ikke begrunnes i direktivet og de må undergis proporsjonalitetsvurderingen i EØS-avtalen art. 36.

Restriksjonsvurderingen blir nokså lik som i *Rüffert* fordi reglene er veldig like. Det er klart at ordningen gjør utvekslingen av tjenester "less attractive" fordi overholdelse av reglene medfører en økt økonomisk og administrativ byrde slik at aktøren mister sin konkurransefordel og dermed oftere vil avstå fra å levere tilbud i offentlige anskaffelser. Spørsmålet da blir om denne restriksjonen har en gyldig begrunnelse og om det tiltaket Norge har valgt ansees proporsjonalt i forhold til det legitime målet.

Til støtte for at forskriften er begrunnet i et tvingende allment hensyn fremholder Norge EUs anskaffelsesdirektiv 2004/18/EC art. 26 som anerkjenner kontraktsvilkår av sosiale hensyn som er gjennomført i norsk rett.<sup>76</sup> *Rüffert* omhandlet også en offentlig anskaffelse, og det er ikke umiddelbart åpenbart hvorfor Norge mener at EU-domstolen ikke anvendte disse reglene i *Rüffert* men ville gjort det ved prøving av den norske forskriften.<sup>77</sup> Det sosiale hensynet det i så fall er snakk om er å forhindre sosial dumping – altså arbeidstakervern.<sup>78</sup>

Spørsmålet etter dette er om reglene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter objektivt sett fremmer arbeidstakervern. Formålet med forskriften er bare en indikasjon på dette og utgjør ikke en avgjørende faktor.<sup>79</sup> Selv om § 1 i fastslår at formålet med forskriften er beskyttelse av arbeidstakerne er den på samme måte som den tyske bare anvendbar hvor vertsbedriften er en offentlig aktør. Det er ingen tilsvarende regler i privat sektor som sikrer minstelønn i mangel på en allmenngjort avtale.<sup>80</sup> Det er for så vidt meg bekjent ingen data i Norge som tyder på at man har et større eller mindre problem med sosial dumping i det offentlige. Jeg bygger blant annet på at man ikke fremholdt slike opplysninger i høringsbrevet som skulle utrede konsekvensene av *Rüffert* for den norske forskriften, noe som ville vært nærliggende. Man har i stedet begrunnet ordningen i at staten bør gå foran som et godt eksempel. Dette er ikke et hensyn som domstolen har godtatt som lovlig etter læren om tvingende allmenne hensyn og det er vanskelig å se at *Rüffert* gir rom for en slik begrunnelse. Basert på rettskildene finner jeg at det er mest nærliggende at regelen ikke kan ansees gyldig begrunnet.

---

<sup>76</sup> Høringsbrev (2010) pkt. 3.3.

<sup>77</sup> Se *Rüffert* avsnitt 5 som beskriver saksforholdet.

<sup>78</sup> Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 1.

<sup>79</sup> *Finalarte, Portugaia*.

<sup>80</sup> Med unntak for at vikarer utsendes til Norge jf. aml. § 14-12a.

Subsidiært, blir det spørsmål om tiltaket Norge har valgt for å verne arbeidstakerne er proporsjonalt. Det er grunn til å merke seg at det ikke foretas en egentlig proporsjonalitetsvurdering i høringsbrevet. Det vises kun til at regelen har gyldig begrunnelse. Tiltakene jeg nevnte tidligere som ble gjort for å skape mer klarhet vil kunne bidra til at ordningen i større grad skaper forutsigbarhet. På den annen side har Norge en allmenngjøringsordning og det er mulig å argumentere at det ikke er proporsjonalt å basere seg på en landsomfattende avtale hvor samme formål kan oppnås ved å bruke allmenngjøringsordningen mer aktivt.

Basert på rettskildene kan det være grunn til å reflektere over forholdet mellom forskriften og EØS-retten. For norsk del reiser implementeringen av ILO-forpliktelsen og EØS-retten et motstridsspørsmål som ikke var oppe i *Rüffert* fordi Tyskland ikke har implementert ILO-konvensjonen. I lys av EØS-loven § 2 og at den uriktige implementeringen synes å være en utilsiktet feil fra lovgiverens side må EØS-forpliktelsen gis forrang.<sup>81</sup> ILO-konvensjonen og den norske forskriften som implementerer den har et mye større nedslagsfelt enn utsendingssituasjonene fra EØS. Motstriden er dermed ikke fullstendig og forskriften § 5 (2) kan modifiseres på en måte som gjør den forenelig med EØS uten at den blir innholdsløs.

### 3.2.3 Andre grunnlag

Samtidig som det ikke finnes noe konkret hjemmel i norsk rett for å gjøre lønnsvilkår gjeldende på andre grunnlag enn de to forskriftene jeg har behandlet er det heller ingenting som direkte stenger for det. Regelverket i Norge regulerer utelukkende i hvilke tilfeller vertsbedriftene har en plikt til å sikre lønnsvilkår og setter dermed ingen grense oppad.<sup>82</sup> Da kunne man tenkt seg at private subjekter sto fritt til å gjøre det som ikke uttrykkelig er forbudt.

Et eksempel er at vertsbedriften i tillegg til å kreve den allmenngjorte lønnsatsen også krever lønn i samsvar med interne retningslinjer og praksis eller det som er normalt i bransjen. At slike normal-lønnsbetraktninger ikke kunne stå seg verken mot klarhetskravet eller "minstelønn" fulgte av ESAs konvensjonsbrudds sak mot Norge og det at Norge valgte å oppheve ordningen.<sup>83</sup>

Et annet eksempel er det ikke finnes allmenngjort avtale og at en tariffpart forsøker å tvinge utsenderbedriften til å forhandle om lønn på "case by case" basis ved å anvende forskjellige pressmidler. I Nor-

---

<sup>81</sup> Ot.prp.nr. 7 (2007-2008) s. 7.

<sup>82</sup> Se forskrift om utsendte arbeidstakere § 2 (2), forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 (2) (3) og aml. § 14-12a hvor man gjennomgående bruker begrepet "skal".

<sup>83</sup> Høringsbrev (2010) pkt. 4.2.

ge vil det aktuelle pressmiddelet som regel være boikott.<sup>84</sup> Slike krav vil være i strid med den rettsoppfatningen EU-domstolen la til grunn i *Laval*.<sup>85</sup> I *Laval* ble reglene som stengte for en slik løsning gitt direkte virkning overfor tariffpartene, selv om de etter svensk rett hadde rett til å handle som de gjorde. EØS-regler derimot må være gjennomført for å kunne anvendes mot en privat part.<sup>86</sup> Dette innebærer at hvis Norge uriktig har gitt tariffpartene en for stor frihet så kan ikke EØS-reglene anvendes direkte overfor den private parten. Da må den parten som taper på det eventuelt gå til sak mot Norge for uriktig implementering, eventuelt kreve erstatning.

*Laval* gjaldt direkte Sveriges lovgivning som ikke har en ordning tilsvarende vår allmenngjøringsordning og hvor slike krav om forhandling har syntes å være den eneste tilgjengelige ordningen for å påvirke lønnsfastsettelsen. I *Laval* var selv faren for at utsenderbedriften skulle bli utsatt for slike kollektive forhandlinger ansett som ulovlig.<sup>87</sup> Det bakenforliggende hensynet kan være at systemene skal virke forutsigbare for utsenderbedriften og legge til rette for effektiv flyt over landegrensene. En plikt til å delta i forhandlinger med tariffpartene vil skape en usikkerhet ved at forhandlingene kan være langvarige og har et usikkert utfall.

Konklusjonen i *Laval* og senere også *Viking Line* har en side mot retten til å streike.<sup>88</sup> I grenseoverskridende forhold blir streik gjort til gjenstand for en nokså streng proporsjonalitetsvurdering hvor forholdet er grenseoverskridende.<sup>89</sup> Dette står i kontrast til mange staters systemer hvor beslutningen av om streik skal anvendes er overlatt tariffpartenes skjønn. Dette er i stor grad situasjonen i de nordiske landene.<sup>90</sup> EU-domstolens praksis innebærer at tariffpartene som utgangspunkt ikke kan forfølge krav som går utenom direktivets rammer, herunder hjemmelskravene.<sup>91</sup> Det skal mye til for at slike krav ansees proporsjonale.

For utsendte arbeidstakere får EØS-reglene den konsekvens at de norske reglene, som tilsynelatende bare regulerer plikter, i stor grad også må tolkes som begrensninger i utsenderbedriftens og tariffpartenes adgang til å gjøre lønnsvilkår gjeldende på andre grunnlag.

---

<sup>84</sup> Evju (2008) s. 16.

<sup>85</sup> *Laval* avsnitt 71.

<sup>86</sup> NOU 2012: 2 pkt. 7.1.

<sup>87</sup> Avsnitt 100.

<sup>88</sup> Se C-438/05 International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP, OU Viking Line Eesti avsnitt 43-47 som gjaldt retten til å streike v etableringsretten.

<sup>89</sup> Evju (2008) s. 19.

<sup>90</sup> Evju (2008) s. 19.

<sup>91</sup> Evju (2008) s. 19.

## 4 Materielle krav for å sette lønnsvilkår

### 4.1 Innledning

I kapittel 3 diskuterte jeg hvilken hjemmel et lønnskrav må ha for at vertsstaten skal kunne gjøre den gjeldende overfor utsender. Avslutningsvis vurderte jeg proporsjonaliteten av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår § 5 (3). I dette kapitlet skal jeg se på hvilke innholdsmessige krav som stilles til lønnsvilkårene i Tariffnemndas praksis. De to hovedspørsmålene er hvilke type godtgjørelsesvilkår Tariffnemnda har kompetanse til å allmenngjøre og hvilket beskyttelsesnivå nemnda kan velge. Innenfor den harde kjernen er disse problemene bakt inn i begrepet "minstelønn".<sup>92</sup> I tillegg er det en snever unntaksregel i art. 3 nr. 10 som åpner opp for at staten gjør andre vilkår gjeldende hvis de er begrunnet i ordre public hensyn og er proporsjonale. Hovedtyngden i dette kapitlet ligger på begrepet minstelønn og hvordan det forholder seg til Tariffnemndas kompetanse og praksis etter allmenngjøringsloven. Ordre public unntaket behandles avslutningsvis.

"Minstelønn" eller "minimum rates of pay" defineres i samsvar med vertslandets rett.<sup>93</sup> Dette innebærer at utsendingsdirektivet tar høyde for at komponentene som utgjør "lønn" kan variere fra stat til stat. Lønnsbegrepet i direktivet har ikke blitt knyttet opp til andre reguleringer av lønn i EU for eksempel TFEU art. 157. Mye tyder dermed på at statene tilkjennes en vid skjønnsmargin når de skal definere minstelønn. Tradisjoner og kostnadsnivå kan være faktorer som gjør at løsningene varierer fra en medlemsstat til en annen.

Ett uavklart spørsmål er forholdet mellom tjenestereglene og det at definisjonen av minstelønn overlates til vertsstaten. Kan tjenestereglene tenkes å sette begrensningen på hva statene kan definere som minstelønn eller kommer tjenestereglene bare inn som et supplement til den harde kjernen hvor et vilkår *etter sin art* faller utenfor? Dette diskuterer jeg innledningsvis før jeg går inn på hva Tariffnemndas kompetanse er etter allmenngjøringsloven, sett i lys av begrepet minstelønn.

### 4.2 Tjenestereglenes betydning for friheten til å definere "minstelønn"

Problemstillingen i dette avsnittet er om art. 3 nr. 1 som sier at minstelønn defineres av vertsstaten kan forstås slik at Norge står helt fritt kan definere "minstelønn" uavhengig av proporsjonalitetsvurderingen i tjenestereglene.

---

<sup>92</sup> Art. 3 nr. 1 bokstav c.

<sup>93</sup> Art. 3 nr. 1 (2).

En måte å tolke bestemmelsen på er at vertsstaten gis full frihet til å definere minstelønn uavhengig av proporsjonalitetsvurderingen. Andre eksempler på bestemmelser i utsendingsdirektivet som tilkjenner en vid skjønnsfrihet er art. 3 nr. 10 som tillater å gjøre vilkår om "ordre public" gjeldende og art. 5 som gir adgang til å iverksette "egnede tiltak" ved manglende overholdelse. For til disse vurderingste-maene har EU-domstolen uttalt at de grunnleggende frihetene vil setter ytterrammen for statenes skjønnsfrihet.<sup>94</sup> Ordlyden i art. 3 nr. 1 bokstav c "minstelønn" er på samme måte som de ovennevnte et skjønnsmessig vilkår. Hvis disse avgjørelsene sees separat gir de en sterk indikasjon på at skjønnsfri-heten som utsendingsdirektivet gir i art. 3 nr. 1 (2) må utøves innenfor primærrettens grenser.

Men som sagt over, er en mulig forståelse av ordlyden i art. 3 nr. 1 (2) at man nettopp har ment å gå lenger i å tilkjenne statene skjønnsfrihet ved å overlate avgjørelsen til dem fullstendig. Samtidig er dette ikke den eneste tenkelige tolkningen av ordlyden. Bestemmelsen kan også forstås som en kom-petanseavklaring mellom utsenderstaten og vertsstaten og ikke mellom vertsstaten og EU-domstolen. Hvilket lands rett som skal definere minstelønn er noe det er nærliggende å regulere fordi det er et stridstema som alltid kommer opp. At statene gis kompetanse til å definere minstelønn også på måter som ikke er gyldig begrunnet og proporsjonale er derimot mer påfallende.<sup>95</sup> Statene vil for eksempel stå fritt til å gjøre gjeldende minstelønn av rent proteksjonistiske hensyn eller som ikke er proporsjona-le. I så fall er det påfallende at en slik radikal endring ikke har kommet klarere frem. Disse reelle hen-synene trekker i retning av at art. 3 nr. 1 2 ledd regulerer kompetanseforholdet mellom utsenderstaten og vertsstaten.

Spørsmålet har ikke kommet på spissen i EU-domstolens praksis, men noen avgjørelser er likevel av interesse. I *Laval* uttaler domstolen blant annet at det materielle innholdet i reglene om minstebe-skyttelse kan bestemmes av medlemsstatene "in compliance with the Treaty and the general principles of Community law"<sup>96</sup>. Dette er en helt generell uttalelse om rettskildesituasjonen på dette området og kommer før EU-domstolen i det hele tatt går inn på spørsmålet om vilkårene faller innenfor eller utenfor den harde kjernen.

I *Kommisjonen v Tyskland* gjentok EU-domstolen dette i avsnitt 20 og der står uttalelsen i direkte sammenheng med avsnitt 19 hvor domstolen snakker om den harde kjernen.<sup>97</sup> Det kan anvende mot

---

<sup>94</sup> *Kommisjonen v Luxembourg* avsnitt 30, *Wolff & Müller* avsnitt 30.

<sup>95</sup> Stensvik (2007) s. 52.

<sup>96</sup> Avsnitt 60.

<sup>97</sup> EU-domstolen sier «those national rules» som peker tilbake på avsnittet foran hvor domstolen adresserer art. 3 nr. 1.

dette at domstolen ikke foretok noen separat prøvelse etter primærretten i *Kommisjonen v Tyskland*. I en høringsuttalelse i forbindelse med evaluering av allmenngjøringsordningen fremholder Evju at det ikke kan legges for mye i dette og at minstelønsdefinisjoner prinsipielt vil være gjenstand også for prøving etter primærrettens regler om fri tjenesteflyt.<sup>98</sup> Slik prøving er foretatt av EFTA-domstolen i *ESA v Island*, hvor domstolen underkjenner at bestemmelse som gir rett på sykepenger som tilsvarer den vanlige lønnen er minstelønn i direktivets forstand.<sup>99</sup> EFTA-domstolen uttaler videre at statene må holde seg innenfor rammene for primærretten når de definerer minstelønn.

Spørsmålet er ikke direkte behandlet i de evalueringsrapportene lovgiver har utarbeidet om forholdet mellom allmenngjøringsordningen og EØS-retten. Konklusjonen i evalueringsrapporten fra 2005 var at Tariffnemda ved utøvelsen av sin virksomhet måtte være påpasselig med hvilke hensyn den vektla.<sup>100</sup> Ingen bestemmelser i direktivet regulerer hvilke hensyn man vektlegger og dette må da være et utslag av læren om allmenne hensyn etter tjenestereglene.

I 2008 tok Departementet utgangspunkt i at det ifølge lovavdelingen var "naturlig å ta utgangspunkt i utsendingsdirektivet" og kravet om at vilkårene i den harde kjernen skal gjøres gjeldende, mens "andre" vilkår må vurderes i forhold til primærretten.<sup>101</sup> Dette kan tolkes dithen at man har ment at primærretten bare skal komme inn som supplement til den harde kjernen. Samtidig innebærer ikke det at man skal "ta utgangspunkt i utsendingsdirektivet" nødvendigvis at lovgiver mener at primærretten ikke skal komme inn overhodet. Hvis dette sammenholdes med uttalelsen i 2005 rapporten, kan tjenestereglene for eksempel komme inn hvis et lønnsvilkår er begrunnet i ulovlige hensyn, for eksempel rent proteksjonistiske, men hvis staten allikevel hevder at det er minstelønn. Hvis dette tillattes vil lønnsstandarden kunne virke slik at de utsendte arbeidstakerne stenges fra markedet og vilkåret vil da ikke gi en reell fordel. Jeg finner at rapportene trekker i retning av at tjenestereglene fortsatt kan komme til anvendelse. Det fremstår imidlertid ikke som at departementet har hatt et veldig bevisst forhold til denne problemstillingen og dette argumentet vil ikke være særlig utslagsgivende.

Problemstillingen var senere oppe i Verftssaken i forbindelse med vurderingen av lovligheten av allmenngjøring av utenbystillegget i Verkstedsoverkomsten. I Verftssaken var partene enige om at bestemmelsen var et vilkår om "minstelønn" og spørsmålet var om vilkåret i tillegg måtte stå seg etter

---

<sup>98</sup> Evju (2010) s. 359.

<sup>99</sup> E-12/10 ESA v Island avsnitt 45 og 46.

<sup>100</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) pkt. 2.4.2.

<sup>101</sup> Ot.prp.nr. 88 (2008-2009) pkt. 2.4.2.



tjenestereglene.<sup>102</sup> I denne dommen konkluderte Høyesterett med at "mye taler for" at ytelser som er minstelønn i direktivets forstand ikke også skal prøves etter EØS-avtalen art. 36.<sup>103</sup> I den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen i samme sak er det motsatte lagt til grunn.<sup>104</sup> Det følger av Høyesteretts formulering at Høyesterett ikke tar endelig stilling til spørsmålet men det gis likevel en sterk indikasjon på hva Høyesterett mener om problemstillingen. Dersom spørsmålet ikke er endelig avgjort er det relevant å se litt på Høyesteretts begrunnelse for å avgjøre hvilken vekt den skal gis.

I sin begrunnelse tar Høyesterett først opp avsnitt 68 i *Laval* som det er henvist i EFTA-avgjørelsen. Førstvoterende tilbakeviser at uttalelsen i *Laval* nødvendigvis kan tas til inntekt for at vilkår som tematisk faller innenfor den harde kjernen skal prøves etter tjenestereglene fordi domstolen snakket om ordninger som ikke uttrykkelig er tatt med i art. 3 nr. 1 noe som kan tale for at man siktet nettopp til de tilfellene hvor man falt utenfor den harde kjernen. Men det knyttes ingen bemerkninger til de helt generelle uttalelsene jeg trakk frem tidligere som kronologisk i dommen kommer før EU-domstolen går inn på om det konkrete vilkåret faller innenfor eller utenfor kjernen.<sup>105</sup> Heller ikke uttalelsene i *Kommissionen v Tyskland* ble kommentert.

Høyesterett trekker også frem *Rüffert* og det at EU-domstolen i den saken fremhever at den harde kjernen er uttømmende uten å si at vilkår som staten definerer som "minstelønn" også skal prøves etter tjenestereglene. I den saken sto man overfor to bestemmelser. Om den første uttalte EU-domstolen at "unquestionably" falt utenfor art. 3 nr.1. Om den andre avskjærte domstolen kategorisk i en setning avskjærte muligheten for at den kan dekkes av den harde kjernen. Det er helt naturlig at EU-domstolen ikke prøver vilkår som "unquestionably" falt utenfor den harde kjernen fordi prøvingen etter tjenestereglene er viktigst der vertsstaten mener at regelen faller innenfor kjernen men hvor det kan være tvilssomt (altså nettopp hvor det ikke er "unquestionable"). Det kan ikke legges avgjørende vekt på at domstolen ikke kom med en uttalelse om noe som ikke var oppe i den saken.

Et bærende argument i Høyesteretts argumentasjon synes å være formålsbetraktninger og effektivitetshensyn. Selv om disse argumentene kommer frem noe i forbifarten må man nok anta at disse er sentrale i argumentasjonen. Jeg hevder dette på bakgrunn av at Høyesterett i dommen bare peker på at det ikke finns noen kilder som direkte krever at definisjonen av minstelønn må være innenfor tjeneste-

---

<sup>102</sup> NHOs anførsel om at utenbystillegget ikke var en proporsjonal restriksjon selv om den var minstelønn etter art. 3 nr.1 i avsnitt 89.

<sup>103</sup> Avsnitt 103.

<sup>104</sup> E-2/11 Norge mot ESA avsnitt 70 og 74.

<sup>105</sup> Avsnitt 60.

reglernes rammer. De viser ikke til noen kilder som positivt taler for at man ikke skal foreta en slik prøving bortsett fra formålsbetraktninger. Samtidig vil er det det siste som ut fra en systembetraktning ville trengt konkret grunnlag fordi det er i strid med hierarkiet at sekundærlovgivning tillater noe som er forbudt etter primærretten.

Som et reelt hensyn trekkes frem at hvis det skulle skje en prøving ville lite vært vunnet med direktivet som blant annet skal sikre en grunnstamme av minimumsrettigheter.<sup>106</sup> Hvordan "minstelønn" skal defineres er ikke et spørsmål om grunnstammen av minimumsrettigheter sikres eller ikke. Det er et spørsmål om de tiltakene som skal inngå i kjernen må være proporsjonale. Det ligger i selve uttrykket "minimumsrettigheter" at gjør en avveining av arbeidstakervern og hensynet fri flyt. Det man "vinner" på direktivet er plikten til å gjøre disse gjeldende samtidig som man harmoniserer praksisen med når de kan gjøres gjeldende. Men en harmonisering innebærer ikke nødvendigvis at statene står helt fritt til å fremme vilkår som er begrunnet i proteksjonistiske formål eller er uforholdsmessig tyngende. Det er nettopp denne situasjonen som ville gjort at lite er vunnet med direktivet fordi den skal sikre en *balanse* mellom hensynet til fri flyt og arbeidstakervern.

Høyesteretts syn i Verftssaken fremholdes også i Norges intervensjonsuttalelse fra desember 2013 i en sak hvor Finland har forelagt spørsmål for EU-domstolen med relevans for denne problemstillingen.<sup>107</sup> EU-domstolen har da fått en konkret foranledning til å klargjøre disse spørsmålene. I den uttalelsen har Norge fremholdt at det kan være på sin plass med en avklaring av disse spørsmålene, noe som viser at man trenger en bekreftelse eller avkreftelse på om Høyesteretts vurdering av EØS-kildene var riktig. I Verftssaken hadde Kommisjonen, ESA kommet til at man ikke skulle foreta en prøving etter tjenestereglene. EFTA-domstolen har gått i motsatt retning dels basert på sin og dels basert på EU-domstolens praksis. Presidenten av domstolen har uttalt om saken at Høyesterett har «misforstått direktivets rettslige karakter og EU-domstolens praksis i den forbindelse».<sup>108</sup> Metodisk er det viktig å merke seg at EFTA-domstolens avgjørelse fravikes basert på hva Høyesterett mener at EU-domstolen ville kommet til.<sup>109</sup> EFTA-domstolen har altså fortsatt "vesentlig vekt", men den fravikes til fordel for en ensartet praksis i hele unionen. Det gjenstår å se hva om EU-domstolen vil klargjøre rettsstilstanden i den saken den har fått forelagt. Ut fra mitt skjønn mener jeg at rettskildene trekker mest i retning av at statene kan definere minstelønn forutsatt at man holder seg innenfor rammen av tjenestereglene.

---

<sup>106</sup> Avsnitt 99.

<sup>107</sup> Written Observation by Norway (2013) pkt. 22.

<sup>108</sup> Baudenbacher (2013) s. 528

<sup>109</sup> Bårdsen (2013) særlig konklusjonen på s. 545–546 hvor Bårdsen henviser til at dommen i stor grad tolker EU-domstolens praksis.

## 4.3 Tillatelig beskyttelsesnivå innenfor den harde kjernen

### 4.3.1 Frihet i valget av beskyttelsesnivå

Problemstillingen i dette avsnittet er hvilket beskyttelsesnivå Tariffnemnda kan velge ved allmenngjøring av bestemmelser om lønn.

Det følger av allmenngjøringsloven at Tariffnemnda "i særlige tilfeller" kan fastsette andre lønnsvilkår enn det som følger av den landsomfattende tariffavtalen som allmenngjøres.<sup>110</sup> Etter en alminnelig forståelse er Tariffnemnda som utgangspunkt bundet av den relevante tariffsatsen. Nivået av minstelønnen er dermed som utgangspunkt overlatt til tariffpartene. Dersom det finnes flere konkurrerende tariffavtaler følger det av forarbeidene at Tariffnemnda skal velge den tariffavtalen som flest arbeidstakere er bundet av.<sup>111</sup>

En alminnelig forståelse av ordlyden indikerer at det skal spesielle forhold til for at Tariffnemnda skal fravike den tariffavtalte lønnsatsen. Forarbeidene bestemmer at slike særlige forhold kan foreligge hvor tariffavtalen ikke har bestemmelser om det aktuelle forholdet eller hvor de ikke egner seg på allmenngjøring.<sup>112</sup> Det er uttalt i Verftssaken at kompetansen til å fravike tariffsatsen, uansett om den vippes opp eller ned, må brukes "helt unntaksvis".<sup>113</sup> Dette støttes av reelle hensyn. Lønnsdannelsen i Norge er overlatt til tariffpartene. I de tilfellene hvor Tariffnemnda fastsetter en annen lønnsats vil den erstatte den fremforhandlede satsen og det forstyrrer forhandlingsmodellen. Hvis dette gjøres i stor utstrekning kan det føre til lavere organisasjonsgrad. Mye taler for at Tariffnemnda som utgangspunkt holder seg til den fremforhandlede satsen.

Etter en alminnelig forståelse av ordlyden "andre lønnsvilkår" kan Tariffnemnda både fravike selve satsen (altså beskyttelsesnivået) og hvordan lønnsvilkåret er utformet (feks beregningsmåte). Forsåvidt gjelder beskyttelsesnivået er det to tenkelige scenarioer: at Tariffnemnda legger seg høyere eller lavere enn tariffsatsen. Ordlyden stenger ikke for noen av disse. Forarbeidene nevner som eksempel på "særlige forhold" at minstesatsen i tariffavtalen er høyere enn det reelle lønnsnivået.<sup>114</sup> Å sette den allmenngjorte satsen til det reelle minimumsnivået vil ikke være problematisk etter utsendingsdirektivet art. 3 nr. 1 fordi de utsendte arbeidstakerne i et slikt tilfelle sikres den reelle minimumsbeskyttelsen.

---

<sup>110</sup> § 6 (1) 2 punktum.

<sup>111</sup> Innst.O.nr. 98 (1992-1993) under overskriften "Nærmere om lovutkastet".

<sup>112</sup> Ot.prp.nr. 26 (1992-1993) s. 21.

<sup>113</sup> Avsnitt 117.

<sup>114</sup> Ot.prp.nr. 26 (1992-1993) s. 21.

I praksis vil det ofte være aktuelt å vike opp. Den normale lønnen vil vanligvis ligge høyere enn minstesatsen som resultat av at lokale tariffavtaler og individuelle forhandlinger. Disse vil typisk heve lønnsnivået. EØS-retten setter som utgangspunktet ingen bunn eller tak på hvor minimumsbeskyttelse skal ligge. Dette innebærer EØS-retten åpner opp for at Tariffnemnda, basert på en vurdering av hva som er nødvendig beskyttelse, kan velge å legge minstelønnsnivået noe høyere enn tariffsatsen. I en ESA sak fra 2009, har det blitt klargjort at det regulerende organet i vertsstaten ikke er bundet av den laveste minstelønnsatsen som eksisterer og at man ikke på noe måte er nødt til å legge seg på beløpet betalt til arbeidsløse eller andre i statens velferdssystem. Vertsstaten er heller ikke pliktig til å sammenligne sin minstelønnsstandard med andre medlemsstaters.<sup>115</sup> Evju argumenterer for at det er lite sannsynlig at ESA har fattet denne beslutningen uten å ha støtte av EU-Kommisjonen og anser at dette må være gjeldende rett.<sup>116</sup>

Selv om formålet i § 1 sier at Tariffnemnda skal søke å oppnå «likeverdige» vilkår signaliserer § 5 (1) 2. punktum at Tariffnemnda som utgangspunkt skal basere seg på tariffsatsene som er minimumssatser. Det man i praksis oppnår ved å anvende slike satser er ikke likeverdige vilkår, men beskyttelse mot utnyttelse av arbeidstakerne. EU-domstolen og Høyesterett har uttalt at det vertsstaten kan søke å oppnå innenfor den harde kjernen, herunder minstelønn, er "social protection" or "minimum protection".<sup>117</sup> "Social protection" tolkes vanligvis som at arbeidstakerne sikres vederlag som setter dem i stand til å dekke nødvendige utgifter. Denne begrensede beskyttelsen er ønskelig for å sikre fri flyt av tjenester.

Av dette kan man utlede at lønnsvilkårene ikke kan være utformet på en slik måte at det man i realiteten sikrer er normallønn i stedet for minstebeskyttelse. Det er dette aspektet, nemlig hva som ligger i "minimum rates of pay", som er en viktig begrensende faktor ved siden av lønnsbegrepet. EFTA-domstolen har fastslått at lønnsbestemmelsene som utgangspunkt må være fastsatt som en fast minimumssats eller beregnes på grunnlag av minstelønn.<sup>118</sup> Spørsmålet om overtidstillegg var oppe i Verftssaken, selv om direktivet uttrykkelig bestemmer at denne typen tillegg er lønn.<sup>119</sup> Problemet var hvordan overtidstillegget skulle beregnes. Høyesterett godtok at overtidstillegget var minstelønn så

---

<sup>115</sup> ESA (2009) avsnitt 3.

<sup>116</sup> Se Evju (2013) s. 248–249.

<sup>117</sup> For eksempel *Laval* avsnitt 75.

<sup>118</sup> E-12/10 ESA v Island avsnitt 46 og 47.

<sup>119</sup> Art. 3 nr. 1 bokstav c.

lenge det ble regnet prosentvis av minstelønnen og ikke den faktisk oppnådde lønnen.<sup>120</sup> Vertsstaten står fortsatt fritt til å bestemme nivået for minstebeskyttelsen men vilkårene må ikke være utformet slik at de i realiteten sikrer normallønnen.

#### 4.3.2 Beskyttelsesnivå for bransjer og geografiske områder

Spørsmålet i dette avsnittet er hvilken anvendelse Tariffnemndas vedtak skal gis. Utgangspunktet i forarbeidene er at Tariffnemnda ikke skal bruke sin kompetanse i større omfang enn nødvendig noe som forplikter nemnda til å vurdere hvilket nedslagsfelt et allmenngjøringsvedtak må gis for at det skal oppfylle formålene i § 1.<sup>121</sup>

Det følger uttrykkelig av § 5 (1) at allmenngjøringsvedtaket kan begrenses til å gjelde "i en bransje eller en del av en bransje". I og med vedtaket kan begrenses til en del av en bransje åpner opp for at allmenngjøringen begrenses geografisk. Det er eksempler på dette i Tariffnemndas praksis.<sup>122</sup> Det er for så vidt ingenting i ordlyden som konkret stenger for at man allmenngjør med virkning for en bestemt virksomhet. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene til loven at nemnda ikke skal gjøre dette.<sup>123</sup> Slik praktisering av allmenngjøringsordningen vil være lite hensiktsmessig og virke diskriminerende fordi arbeidstakere som opererer innenfor samme bransje og på samme sted antas å ha samme beskyttelsesbehov. Å bruke allmenngjøringsordningen på den måten vil også stride mot prinsippet i forarbeidene om at allmenngjøringsinstituttet ikke skal brukes i større utstrekning enn nødvendig.

Ifølge art. 3 nr. 8 (1) i utsendingsdirektivet må det formelle grunnlaget gjelde for alle virksomheter "inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske området". Ordlyden åpner klart for at staten har forskjellige minstelønnssetninger for forskjellige bransjer noe som også har støtte i rettspraksis etter tjenestereglene og direktivet. Slike satser har uten videre passert selv hvor de har vært betydelig høyere enn de alminnelige nasjonale minstelønnssetningene.<sup>124</sup> Systembetragtninger taler videre for at begrepet "geografiske området" ikke trenger å forstås som det nasjonale området fordi direktivet i art. 3 nr. 8 (2) 2. strekpunkt bruker det videre uttrykket "hele det nationale området". Tyskland og Frankrike er eksempler på land hvor allmenngjøring ofte skjer på regionalt eller lokalt

---

<sup>120</sup> Avsnitt 139.

<sup>121</sup> Ot.prp.nr. 26 (1992-1993) s. 21, Innst.O. nr.98 (1992-1993) under overskriften "Nærmere om lovutkastet".

<sup>122</sup> Tariffnemndas vedtak (2006).

<sup>123</sup> Ot.prp.nr. 26 (1992-1993) s. 21, Innst.O. nr.98 (1992-1993) under overskriften "Nærmere om lovutkastet".

<sup>124</sup> Se for eksempel *Arblade* hvor det er en nasjonal minstelønnssetning men staten gjorde gjeldende høyere minstelønnssetninger etter bransje og hvor EU domstolen tok utgangspunkt i disse lønnssetningene.

nivå. Slike ordninger sees ikke på som problematiske holdt opp mot direktivet.<sup>125</sup> EU-retten medfører dermed ingen endring i hvordan allmenngjøringslovens regler er å forstå.

## 4.4 Godtgjørelseskomponenter og den harde kjernen

### 4.4.1 Den harde kjernen: lønnsbegrepet i medlemsstatene

Lønnen som en arbeidstaker har rett på består av flere lønnskomponenter. Lønnen arbeidstakeren har krav på vil kunne avhenge av forholdene i det enkelte tilfellet, for eksempel arbeidstakerens kompetanse, forholdene arbeidet skal utføres under, til hvilke tider arbeidet skal utføres også videre. Spørsmålet i dette avsnittet er hvilke typer lønnskomponenter som gyldig kan allmenngjøres med virkning for arbeidstakere som utsendes fra en EØS-stat.

Noen lønnskomponenter vil typisk falle utenfor fordi de vanligvis ikke fastsettes med den hjemmelen som art. 3 nr. 1 krever. For Norges del er det lønnskomponenter som det ikke blir spørsmål om å allmenngjøre. Dette gjelder for eksempel vederlag in naturalia, akkord- og provisjonslønn samt bonusprogrammer. Disse reguleres typisk på et lavere nivå enn allmenngjøringsforskrift for eksempel i interne retningslinjer og praksis eller i den enkelte arbeidskontrakt.

Videre vil lønnskomponenter som i utgangspunktet er lovlige likevel falle utenfor den harde kjernen hvis vilkåret ikke er utformet som "minimum rates of pay". I avsnitt 4.3.1 konkluderte jeg med at lønnskomponentene må være utformet på en slik måte at det man faktisk sikrer er minimumsbeskyttelse og ikke normallønn. I så fall må lønnen være fastsatte som en fast minstelønnsats eller beregnes på grunnlag av minstelønn.

### 4.4.2 Lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven og mangelen på et alminnelig lønnsbegrep

Dersom det som utgangspunkt er overlatt til Norge som vertsstat å definere lønnsbegrepet blir spørsmålet hva som forstås med lønn i allmenngjøringsloven og forskrift om utsendte arbeidstakere.

Forskrift om utsendte arbeidstakere bestemmer at bestemmelser som er allmenngjort og gjelder «lønn» skal gjelde for utsendte arbeidstakere.<sup>126</sup> Hva som er "lønn" defineres verken i forskriften eller i allmenngjøringsloven som korresponderende med forskriften fastslår at Tariffnemnda har kompetanse til

---

<sup>125</sup> Evju (2010) s. 356.

<sup>126</sup> § 2 (2).

å allmenngjøre vilkår om "lønn".<sup>127</sup> En alminnelig forståelse av "lønn" er at arbeidstakeren mottar en godtgjørelse for arbeidet som er utført og denne forståelsen er lagt til grunn av lovgiver.<sup>128</sup> Det er rimelig at godtgjørelsen vil kunne avhenge av forskjellige faktorer som gjør arbeidet mer eller mindre byrdefullt. Hvis lønn er vederlag for arbeid er det ut fra ordlyden tvilsomt om feriepenge, sykepenge og pensjonspenge er "lønn" fordi disse godtgjørelsene ikke er knyttet til avleggelsen av en arbeidsytelse.

Generelt i lovgivningen er det ingen enhetlig definisjon av lønn som det er mulig å ta utgangspunkt i.<sup>129</sup> Det er stor enighet om at pensjon faller utenfor lønnsbegrepet,<sup>130</sup> men for mange godtgjørelseskomponenter vil de forskjellige definisjonene av lønn som finnes i lovgivningen foreskrive forskjellige løsninger. Lønnsbegrepet finnes blant annet i ferieloven § 10 nr. 1, aml. § 13-2 (1) bokstav c og aml. § 14-12 a (1) bokstav f. Forholdet mellom de ulike lønnsbegrepene i lovgivningen har ikke vært diskutert i særlig stor grad. Som et eksempel ble det ved utformingen av aml. § 14-12a ikke tatt stilling til om det på dette området skulle gjelde noen spesielle avgrensninger og nyanser sammenlignet med andre lønnsbegreper.<sup>131</sup> Relevansen av praksisen på ett område for et annet fremstår derfor som uklart.

Dersom innholdet i lønnsbegrepene varierer er det problematisk at det i lovgivningsprosessen verken ble definert et eget lønnsbegrep eller gjort forsøk på å knytte nemndas kompetanse til et av de andre lønnsbegrepene. Definisjonen av lønn i aml. § 14-12a kan være relevant fordi lovgiver i forarbeidene foretok ett av de mer inngående drøftelsene av lønnsbegrepet som man finner i nyere lovforarbeider. Videre har forskrift om lønns- og arbeidsvilkår som er en implementering av utsendingsdirektivet en definisjon av hva som er lønn i den sammenheng. Jeg finner grunn til først å knytte noen kommentarer til relevansen og vekten av disse lønnsbegrepene for den problemstillingen jeg behandler.

#### 4.4.2.1 Relevansen av lønnsbegrepet i aml. § 14-12a

I forarbeidene til aml. § 14-12a foretas en generell drøftelse av lønnsbegrepet.<sup>132</sup> Det understrekes at det ikke finnes noe enhetlig definisjon og at det dermed må foretas "en nærmere avgrensning av hva

---

<sup>127</sup> § 6 (1).

<sup>128</sup> Prop.74 L (2011-2012) pkt. 8.3.7.2 hvor lønnsbegrepet i aml. § 14-12a diskuteres, men hvor dette er en generell uttalelse om hva som i alminnelighet forstås med lønn.

<sup>129</sup> Prop.74 L (2011-2012) pkt. 8.3.7.1.

<sup>130</sup> Prop.74 L (2011-2012) pkt. 8.3.7.2.

<sup>131</sup> Prop.74 L (2011-2012) pkt. 8.3.7.1.

<sup>132</sup> Prop.74 L (2011-2012) pkt. 8.3.7.2. Dette er kilden jeg i det videre baserer meg på når jeg snakker om en godtgjørelseskomponent faller inn under lønnsbegrepet i aml. § 14-12a eller ikke.

som skal inngå i lønnsbegrepet når direktivets bestemmelse skal gjennomføres i norsk rett".<sup>133</sup> Med direktivet siktes det til direktiv 2008/104/EC (vikarbyrådirektivet). Uttalelsen signaliserer at lønnsbegrepet defineres i det aktuelle tilfellet og i sammenheng med gjennomføringen av det konkrete direktivet. Ett av formålene med vikarbyrådirektivet er å sikre likeverdig lønn for vikarer. Direktivet er imidlertid minimumsdirektiv. Dette innebærer at statene står fritt til å gi vikarer mer beskyttelse utenfor det som dekkes av lønnsbegrepet. Som konsekvens uttaler lovgiver at man ikke følte seg bundet til å ta standpunkt til de vanskelige avgrensningsspørsmålene knyttet til lønnsbegrepet.<sup>134</sup> I henhold til utstasjoningsdirektivet skal grensen av hvilke vilkår vertsstaten lovlig kan kreve nettopp trekkes avhengig av om man er innenfor eller utenfor lønnsbegrepet. Det er derfor en nærliggende mulighet for at det som dekkes av aml. § 14-12a ikke nødvendigvis dekkes av lønnsbegrepet etter allmenngjøringsloven.

Trekker vi linjen til de formelle kravene er vertsbedriften etter § 14-12a pliktig til å sikre vikarer like vilkår uavhengig av hvilken hjemmel de har.<sup>135</sup> Vikaren skal behandles likt som de ansatte uavhengig av om de ansattes lønnsvilkår bygger på allmenngjøringsvedtak, tariffavtaler, intern praksis eller generelle retningslinjer. Denne formelle utvidelsen innebærer at det er mange flere typer vilkår som blir aktuelle etter aml. § 14-12a enn i allmenngjøringsinstituttet.

Ved vurderingen av lønnsbegrepet i Verftssaken uttalte Høyesterett at det var av interesse å se hen til lønnsbegrepet i aml. § 14-12a. Man bygget på at de realbetraktninger som ligger til grunn for avgrensningen i aml. § 14-12a også bør være av relevans ved bedømmelsen av minstelønnsbegrepet i utstasjoningsdirektivet.<sup>136</sup> Uttalelsen kom i sammenheng med at Høyesterett skulle vurdere om RKL-utgifter er lønn. Det er tvilsomt om Høyesterett med dette mente at man generelt skal tolke minstelønn i samsvar med lønnsbegrepet i aml. § 14-12a eller om den bare var "av interesse" for det konkrete spørsmålet og eventuelt hvilke andre avgrensningsspørsmål den vil være av interesse for. Uttalelsen er ikke begrunnet og kommer i forbifarten slik at den sannsynligvis ikke bør tolkes veldig vidt. I den sammenheng kunne man nok ha hentet litt mer fra uttalelsen hvis Høyesterett hadde kommentert de ulike hensynene som gjør seg gjeldende i aml. § 14-12 a sammenlignet med allmenngjøringsinstituttet og hvilken betydning det har for vekten aml. § 14-12a skal gis når lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven skal fastsettes.

---

<sup>133</sup> Prop.74 L (2011-2012) pkt. 8.3.7.2.

<sup>134</sup> Prop.74 L (2011-2012) pkt. 8.3.7.2.

<sup>135</sup> Prop. 74 L (2011-2012) s 105, Fougner (2013) s. 683.

<sup>136</sup> Avsnitt 145.



Jeg finner aml. § 14-12 må være et relevant moment ved fastsettingen av lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven, men ved vektleggingen skal jeg ta høyde for at reglene operer under forskjellige begrensninger. Dette kan føre til at løsningen i aml. § 14-12a ikke alltid vil være utslagsgivende for forståelsen av lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven.

#### 4.4.2.2 Relevansen av lønnsbegrepet i forskrift om lønn- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Forskrift om lønn- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter kom til etter utsendingsdirektivet. Der hvor offentlige aktører plikter å gjøre gjeldende krav i henhold til landsomfattende avtaler angir lovteksten hva som skal forstås med lønnsvilkår i § 5 (4) 2 punktum og bestemmelsen lyder:

"lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen."

Bestemmelsen ble inntatt i kjølvannet av en ESAs sak mot Norge. Det er dermed rimelig å anta at lovgiver hadde EØS-reglene for øyet da bestemmelsen ble utformet. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår for offentlige kontrakter operer under begrensningen i utsendingsdirektivet slik som Tariffnemnda må gjøre i sin praksis. Dette gjør det nærliggende å se hen til definisjonen i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter når lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven skal defineres. Samtidig er det uklart hvilken rekkevidde definisjonen kan gis om det generelle innholdet av lønnsbegrepet. Bestemmelsen kan også tenkes å være en begrensning av den alminnelige forståelsen av begrepet ut fra hva man anså som hensiktsmessig i den sammenheng. Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd er uttømmende for hvilke komponenter som inngår i det lønnsbegrepet, har Høyesterett ikke gitt noen indikasjoner på at oppramsningen også er uttømmende for lønnsbegrepet i allmenngjørings-sammenheng. I Verftssaken for eksempel la Høyesterett til grunn at utenbystillegg var lønn uten å se hen til at det falt utenfor definisjonen av lønn i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Definisjonen i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter vil dermed være argument der den positivt bestemmer at visse komponenter inngår i lønnsbegrepet. Hvis en komponent derimot faller utenfor, vil det ikke nødvendigvis innebære at det også faller utenfor lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven.

### 4.4.3 Godtgjørelseskomponenter i Tariffnemndas praksis og spørsmålet om hva som er "lønn"

#### 4.4.3.1 Innledning

Tilleggsytelser som Tariffnemnda har truffet vedtak om inkluderer overtidstillegg, kompetansetillegg, skifttillegg, helligdagstillegg, utenbystillegg, dekning av RKL utgifter. Tariffnemnda har unngått å allmenngjøre bestemmelser om betalt ferie og sykepenger.<sup>137</sup> Disse tilleggene faller utenfor en alminnelig forståelse av vederlag for arbeid. De omfattes heller ikke av lønnsbegrepene i aml. § 14-12 a og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Systemet i skatteloven synes videre å legge til grunn at slike ytelser er noe annet enn lønn.<sup>138</sup> Jeg finner at det at Tariffnemnda ikke allmenngjør slike bestemmelser sannsynligvis skyldes at slike ytelser faller utenfor det norske lønnsbegrepet.

Tillegg for særskilte arbeidsforhold og oppgaver, for eksempel smusstillegg og tillegg for risikofyllt arbeid har heller ikke blitt gjort gjenstand for allmenngjøring. Slike ytelser faller naturlig innenfor en alminnelig forståelse av vederlag for arbeid og inngår i lønnsbegrepet etter aml. § 14-12a. De faller derimot utenfor forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, men dette kan også skyldes en særskilt begrensning i den forskriften. Hvis et tillegg for særskilte arbeidsforhold og oppgaver er fastsatt som minstesats ser jeg ikke at det er hensyn som taler for at Tariffnemnda ikke skal kunne allmenngjøre slike tillegg.

I det videre vil jeg undersøke lønnsbegrepet i lys av de godtgjørelseskomponentene som Tariffnemnda har truffet allmenngjøringsvedtak om. Den mest dyptgående drøftelsen vil omhandle hvordan dekning RKL-utgifter kan innpasses i lønnsbegrepet og dette behandles særskilt i avsnitt 4.4.3.2. Først behandler jeg de andre typene tillegg og deres forhold til lønnsbegrepet.

#### 4.4.3.2 Forskjellige tillegg

Det er ikke tvilsomt at overtidstillegg inngår i lønnsbegrepet fordi Norge etter utsendingsdirektivet plikter å la et slikt tillegg inngå i definisjonen av lønn.<sup>139</sup> Dette er i overensstemmelse med lønnsbegrepene etter aml. § 14-12a og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

---

<sup>137</sup> Evju (2013) s. 245.

<sup>138</sup> Skatteloven § 5-10 (1) bokstav a og c som nevner feriepenger og sykepenger som separat fra lønn noe som bygger på en forutsetning om at disse ikke inngår i lønnsbegrepet.

<sup>139</sup> Utsendingsdirektivet art. 3 nr. 1 bokstav c.

Skifttillegg er et tillegg som faller inn under en alminnelig forståelse av vederlag for arbeid. Det inngår også i lønnsbegrepet både etter forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og etter aml. § 14-12a. Dette trekker i retning av at skifttillegg er lønn. Allmenngjøringsvedtaket som man bestred lovligheten av i Verftssaken inneholdt også bestemmelser om skifttillegg.<sup>140</sup> Skifttillegget var ikke oppe i saken noe tyder på at saksøker mente at slike tillegg er lønn. På bakgrunn av dette er det naturlig å la skifttillegg inngå i lønnsbegrepet etter allmenngjøringsloven.

Kompetanse hever verdien av arbeidstjenesten. Tillegg for kompetanse faller dermed inn under en alminnelig forståelse av vederlag for arbeid. I forarbeidene til aml. § 14-12 a er et slikt tillegg forutsatt å falle innenfor lønnsbegrepet i den bestemmelsen. Også dette tillegget inngikk i allmenngjøringsvedtaket som var oppe i Verftssaken uten at dens lovlighet ble bestridt.<sup>141</sup> Kildene trekker dermed i retning av at også dette tillegget er en integrert del av lønnsbegrepet.

Vilkårene om helligdagstillegg knytter seg til utførelsen av arbeid på bevegelige helligdager, for eksempel 17. mai og påske. I Norge er det alminnelig antatt at arbeidskraft er mer verdt på helligdager. Dette tilsier at et slikt tillegg faller inn under en alminnelig forståelse av vederlag for arbeid. Helligdagstillegg faller videre innenfor forarbeidenes avgrensning av lønnsbegrepet i aml. § 14-12a under "betaling for ubekvem arbeidstid". For så vidt meg bekjent er det ikke andre kilder som med styrke trekker i retning av at slike tillegg ikke skal omfattes av lønnsbegrepet. Jeg finner det mest nærliggende å konkludere med at helligdagstillegg er lønn.

I Tariffnemndas praksis har arbeidstaker rett på utenbystillegg når det er arbeidsgivers behov som gjør at arbeidstakeren må bo borte fra hjemmet.<sup>142</sup> Arbeidsgivers behov tilsier derfor at vederlaget for som skal arbeidet blir høyere. I utsendingssituasjonen må den utsendte arbeidstakeren bo borte fra hjemmet på grunn av utsenderbedriftens behov til å utføre en kontrakt i utlandet for eksempel. Slike tilfeller faller naturlig inn under anvendelsesområdet for utenbystillegg. Videre er utenbystillegget fastsatt som en fast minstesats noe som innebærer at det betraktes som "minimum rates of pay".

Utenbystillegg nevnes ikke i departementets utredning av lønnsbegrepet i tilknytning til § 14-12 a. Muligens kunne man argumentert for at utenbystillegg er et tillegg for "særskilte arbeidsforhold eller oppgaver" men de eksemplene man gir på det, smusstillegg og tillegg for risikofylt arbeid, kan tyde på

---

<sup>140</sup> Forskrift om delvis allmenngjøring av Industriooverenkomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien § 3 (3).

<sup>141</sup> Forskrift om delvis allmenngjøring av Industriooverenkomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien § 3 (1) og (2) hvor det skilles mellom fagarbeidere, spesialarbeidere og hjelpearbeidere.

<sup>142</sup> Tariffnemndas vedtak (2008) pkt. 7.2.

at lovgiver sikter til tillegg forbundet med selve arbeidet man skal utføre ikke *hvor* man skal utføre det. Eksemplifiseringer i forarbeidene til aml. § 14-12 a er imidlertid ikke uttømmende.

Utenbystillegg var oppe i Verftssaken og der var partene enige i at det var omfattet av "minstelønn". Dette ble lagt til grunn av Høyesterett.<sup>143</sup> Det at partene var enige innebærer at Høyesterett ikke konkret vurderte spørsmålet fordi partene definerer tvistegenstanden. Det innebærer også at partene ikke argumenterte inngående om dette slik at spørsmålet ikke ble tilstrekkelig belyst. Dette svekker muligens den rettskildemessige vekten noe. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken gikk langt i å hevde at utenbystillegg faller utenfor den harde kjernen.<sup>144</sup> Man antok da at definisjonen av lønnsbegrepet var overlatt til statene men at utenbystillegg gikk utenfor en proporsjonal definisjon av lønn sett i lys av tjenestereglene. Innledningsvis konkluderte jeg med at Norge ikke sto helt fritt til å definere lønn og at en proporsjonalitetsprøving var aktuell i grensetilfeller. Det er som utgangspunkt opp til de nasjonale domstolene å avgjøre om vilkårene for å rettferdiggjøre en restriksjon, slik EU-domstolen har definert dem, er oppfylt.

Høyesterett vurderte det slik at utenbystillegget objektivt sett fremmet arbeidstakervern fordi det ga dem en reell fordel, til tross for at utsendingen ble fordyret. Saksøker i Verftssaken hadde anført at utenbystillegget ikke var proporsjonalt fordi Tariffnemnda i stedet for å allmenngjøre utenbystillegget skulle ha hevet minstelønnsatsen for å sikre bedre beskyttelse for alle arbeidstakere.<sup>145</sup> Dette er imidlertid ikke nok for å si at utenbystillegget ikke er en proporsjonal restriksjon fordi det ligger i systemet at nemnda som utgangspunkt er bundet av lønnsatsene.<sup>146</sup> I Verftssaken konkluderer Høyesterett med at utenbystillegget er en proporsjonal restriksjon. Etter dette må utenbystillegget ansees for å være lønn.

Samtidig er ikke dette nødvendigvis enden på visa. I kjølvannet av Verftssaken har NHO sendt inn klage til ESA og forsøkt å få kommisjonen til å vurdere den norske Høyesterettsavgjørelsen.<sup>147</sup> Hva resultatet av den prosessen blir gjenstår å se, men foreløpig er Høyesteretts oppfatning gjeldende rett. Den andre lønnskomponenten som NHO ønsker undersøkt er dekning av RKL-utgifter.

---

<sup>143</sup> Avsnitt 90.

<sup>144</sup> E-2/11 Norge v ESA særlig avsnitt 88.

<sup>145</sup> Avsnitt 20.

<sup>146</sup> Se drøftelsen ovenfor i pkt. 4.3.1.

<sup>147</sup> Se Artikkel i Frifagbevelgelse.

#### 4.4.3.3 Særlig om dekning av RKL-utgifter

Vilkåret om dekning av RKL-utgifter har i flere allmenngjøringsforskrifter fått følgende innhold:

"For arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig, skal arbeidsgiver etter nærmere avtale dekke de faktiske utgifter for et rimelig antall hjemreiser. Det skal også inngås avtale om godtgjøring for nødvendige utgifter til kost og losji"<sup>148</sup>.

Det finnes mange forskjellige satser om dekning av RKL-utgifter i tariffavtalene. Dette har vanskeliggjort allmenngjøringen. Tariffnemndas strategi for å løse dette har vært å pålegge arbeidsgiver å ta inn en klausul om dekning av "faktiske utgifter" i arbeidskontrakten. Bestemmelsene om RKL knytter utbetalingen av disse utgiftene til den utsendte arbeidstakerens hjemland, ikke til arbeidsstedet i Norge.

Det er tvilsomt om RKL-utgifter er en komponent som naturlig faller innenfor vederlag for arbeid. Dekning av slike utgifter er ikke et tillegg med tilknytning til selve arbeidsytelsen men utgjør godtgjørelse for utgifter som er pådratt i forbindelse med arbeidet. I skatteloven skilles slike utgifter klart fra begrepet "lønn" og henføres under "annen godtgjørelse".<sup>149</sup>

I ordlyden i aml. 14-12a valgte lovgiver å ta inn at vikarer skulle få "utgiftsdekning" i tillegg til "lønn". En ren ordlydsfortolkning tilsier at utgiftsdekning er noe annet enn lønn. Det er uklart basert på forarbeidene om lovgiver egentlig mente at dette inngikk i lønnsbegrepet og bare tok inn tillegget om utgiftsdekning for å klargjøre dette. Departementet hadde nemlig lagt til grunn at disse utgiftene inngikk i lønnsbegrepet.<sup>150</sup> Det fremkommer av forarbeidene at det *i den sammenheng* ikke var så viktig å ta stilling til om slike utgifter inngikk i lønnsbegrepet eller ikke fordi vikarbyrådirektivet uansett åpnet opp for at Norge kunne gi høyere beskyttelse enn direktivet la opp til.<sup>151</sup> Også forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter åpner opp for dekning av RKL, men uten å spesifisere om tillegget må være fastsatt som minstelønnsats eller om det kan bygge på en refusjonsmodell. I

---

<sup>148</sup> Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge §6, Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter § 5, Forskrift om delvis allmenngjøring av Industrioverenkomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien § 7.

<sup>149</sup> § 5-10 bokstav a jf. §5-11.

<sup>150</sup> Prop.74 L (2011-2012) s. 56.

<sup>151</sup> Prop.74 L (2011-2012) s. 56.

andre sammenhenger har dekning av utgifter til bilhold, kost, losji ikke blitt ansett for å være arbeidsvederlag.<sup>152</sup>

Det er anstrengt å henhøre dekning "faktiske utgifter" under begrepet "minstelønn". Slike tillegg er ikke fastsatt som en minstesats. At arbeidstakeren får dekket faktiske utgifter gjør at det allmenngjøringsbestemmelsen krever er det normale. I EØS-rettslig sammenheng har bestemmelsene slik de allmenngjøres potensiale til å medføre veldig forskjellige kostander avhengig av hvilket land som er utsenderstat. Reisekostnadene er gjennomgående høyere fra noen land i Europa. Dette vil dermed kunne medføre en større restriksjon for disse landene, prisen av tjenesten fra disse vil bli tilsvarende høyere enn for andre utsenderstater og disse vil potensielt kunne bli skvist ut av markedet. Denne virkningen kunne blitt unngått hvis forskriften fastsatte en minstesats til dekning av RKL-utgifter. Samtidig kan man innvende mot en slik løsning at noen utsendte arbeidstakerne vil kunne komme i en situasjon der de ikke får dekket alle sine utgifter.

Spørsmålet om RKL var oppe i Verftssaken. I Verftssaken har Høyesterett et resonnement som preges av at man mener at vilkåret om dekning av faktiske utgifter av RKL er lønn. Høyesterett tar imidlertid ikke endelig stilling til spørsmålet. Saken løses basert på ordre public-unntaket.<sup>153</sup> Høyesteretts standpunkt om at RKL-utgifter er lønn svekkes noe av at man valgte å utrykke seg så reservert.

Som begrunnelse for sitt standpunkt baserer Høyesterett seg, blant annet, på en tolkning av art. 3 nr. 7 som lyder:

"Ytelser som gjelder spesielt for utsendingen, skal betraktes som en del av minstelønnen, med mindre de betales som refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen, for eksempel reiseutgifter, kost og losji".

Ordlyden i bestemmelsen gir grunnlag for to tolkninger. En mulig tolkning er at RKL er en ytelse som gjelder spesielt for utsendingen som utsendte arbeidstakere må få dekket. En annen tolkning er at ytelser som gjelder spesielt for utsendingen skal dekkes "med mindre de betales som refusjon", for eksempel dekning av RKL-utgifter. Den siste tolkningen er mest nærliggende. At RKL må være fastsatt som en sats for å dekkes bidrar til at kostnaden blir den samme for alle som sender arbeidskraft til Norge. I Verftssaken berører Høyesterett ikke denne tolkningen overhodet og uttaler bare at:

---

<sup>152</sup> Ferieloven § 10 nr. 1.

<sup>153</sup> Avsnitt 155.

"Det er vanskelig å forstå denne regelen på annen måte enn at minstelønn ikke kan anses for å være betalt ved å dekke arbeidstakerens utgifter ved utsendingen, slik som reise, kost og losji"<sup>154</sup>

Det at Høyesterett ikke behandler den alternative tolkningen, som etter ordlyden er mest nærliggende, svekker resonnetet. I kommentar til dommen uttaler Evju at det er "fantasifullt" å basere seg på denne bestemmelsen til støtte for at RKL-utgifter skal dekkes.<sup>155</sup>

I Verftssaken bygger Høyesterett på de samme reelle hensynene som lovgiver gjorde i forbindelse med aml. § 14-12a. Likebehandlingsprinsippet tilsikter imidlertid fullstendig likebehandling mens utsendingsdirektivet bare åpner opp for at vertsstaten gjør de vilkårene som skal sikre en indre kjerne av minsterettigheter gjeldende, herunder minstelønn. Det at de utsendte arbeidstakerne ikke oppnår samme lønn som direkte ansatte er dermed ikke nok for å si at de ikke har fått minimumsbeskyttelse. Hvis den utsendte arbeidstakeren ikke får dekket RKL vil riktignok kunne medføre forskjellsbehandling. Men denne forskjellsbehandlingen kan nettopp gi utsenderbedriften og den utsendte arbeidstakeren en konkurransefordel på det norske marked. Samtidig legger jeg vekt på at fordelene for arbeidstakeren kan oppnås gjennom en minstelønnsats for dekning av RKL. En slik ordning vil være mer forutsigbar for utsenderbedriften og behandle utsenderbedriftene likt. Virkningene av hvordan bestemmelsen om dekning av RKL var utformet i Verftssaken og det at en slik utforming i realiteten sikrer normallønn, ikke minstebeskyttelse, er ikke berørt av Høyesterett.

Selv om statene har adgang til å anvende sine minstelønnsordninger, må de midlene som velges være proporsjonale og nødvendige. Etter mitt syn trekker kildene mest i retning av at dekning for RKL ikke er lønn hvis bestemmelsen bygger på en refusjonsmodell. Det er noe mer tvilsomt om RKL fastsatt som minstesats dekkes av lønnsbegrepet og til tross for at slike godtgjørelser synes å ligge utenfor en alminnelig forståelse av lønn, finner jeg en nokså sterk lovgivervilje for å inkludere slike tillegg i et lønnsbegrep.

#### **4.5 Utenfor den harde kjernen: kravet om ordre public begrunnelse**

Så langt i kapittel fire har jeg redegjort for hva som ligger i kravet om "minstelønn" som et vilkår for at den allmenngjorte bestemmelsen skal omfattes av den harde kjernen. Hvis vilkår som Tariffnemnda har fastsatt faller utenfor den harde kjernen blir spørsmålet hvilke andre grunnlag nemnda har for å rettferdiggjøre restriksjonen anvendelsen av et slikt vilkår utgjør.

---

<sup>154</sup> Avsnitt 154.

<sup>155</sup> Evju i Nytt i privatretten (2013) s. 3.

Slike vilkår må begrunnes i tjenestereglene.<sup>156</sup> Art. 3 nr. 10 medfører begrensninger i den vanlige vurderingen etter tjenestereglene. For det første kan art. 3 nr. 10 bare påberopes av offentlige myndigheter,<sup>157</sup> mens private aktører før kunne basere seg både de lovfestede unntakene i traktaten og læren om tvingende allmenne hensyn.<sup>158</sup> Dette innebærer at art. 3 nr. 1 vitkrlig er uttømmende for private. For det offentlige, som kan basere seg på art. 3 nr. 10 innebærer bestemmelsen en begrensning av de begrunnelsene som kan påberopes sammenlignet med læren om tvingende allmenne hensyn. Art. 3 nr. 10 godtar bare vilkår begrunnet i ordre public hensyn. Basert på inngående vurdering av EU-domstolens praksis konkluderer Sjødin med at beskyttelse av arbeidstakerne har blitt sikret gjennom direktivet og at vilkår som ikke oppfyller kravene i direktivet ikke er lovlige restriksjoner og kan ikke begrunnes i hensynet til å sikre sosial beskyttelse av arbeidstakerne.<sup>159</sup>

"Ordre public" er et fellesskapsbegrep som innebærer at statene ikke har en ubegrenset skjønnsfrihet til å bestemme hva som skal ansees ordre public.<sup>160</sup> EU-domstolen har lagt til grunn at begrepet skal tolkes snevert og Evju karakteriserer det som "en sikkerhetsventil".<sup>161</sup> Rådet og Kommisjonen har i sammenheng med vedtagelsen av direktivet uttalt at "the expression "public policy provisions" should be construed as covering those mandatory rules from which there can be no derogation and which, by their nature and objective, meet the imperative requirements of the public interest".<sup>162</sup> Ikke alle pre-septoriske regler i vertslandet vil kunne begrunnes i ordre public. EU-domstolen legger forståelsen av Rådet og Kommisjonen til grunn i sin tolkning av begrepet i Luxembourg-dommen.<sup>163</sup>

EU-domstolen formulerer vurderingstemaet som et spørsmål om vilkårene som søkes begrunnet i ordre public er "indispensable for the national legal order of the Member States"<sup>164</sup>. Ekspertgruppen som jobbet med forståelsen av ordre public frem mot implementeringsfristen av utsendingsdirektivet har nevnt organisasjonsfriheten, retten til kollektive forhandlinger, forbudet mot tvangsarbeid, prinsippet om ikke-diskriminering, forbudet mot barnearbeid, databeskyttelse og personvern som eksempler på

---

<sup>156</sup> Følger av en allminnelig forståelse av art. 3 nr. 10 som sier at det åpnes opp for unntak fra utgangspunktet om at den harde kjernen er uttømmende "under iakttagelse av traktaten". Se også *Kommisjonen v Luxembourg* avsnitt 30, 50–52.

<sup>157</sup> *Laval* avsnitt 84.

<sup>158</sup> Sjødin (2013) s. 68.

<sup>159</sup> Sjødin (2013) s. 80.

<sup>160</sup> *Kommisjonen mot Luxembourg* avsnitt 30, 50–52.

<sup>161</sup> Evju (2010) s. 335, *Kommisjonen v Luxembourg* avsnitt 50.

<sup>162</sup> Rådets protokoll (1994) statement 232/96.

<sup>163</sup> Avsnitt 32.

<sup>164</sup> *Kommisjonen v Luxembourg* avsnitt 46.



regler begrunnet i ordre public.<sup>165</sup> Disse eksemplene gir antydning om at det er snakk om helt grunnleggende prinsippet og legger opp til en nokså høy terskel for å betegne noe som ordre public.

I Verftssaken diskuteres ordre public som en begrunnelse for de allmenngjorte reglene om dekning av RKL. Høyesterett legger til grunn at det må tas i bruk sterke midler i kampen mot sosial dumping og at en beslutning om allmenngjøringen av RKL-utgifter er ulovlig vil kunne medføre at norske lønninger presses ned. Høyesterett legger videre vekt på at disse virkningene kunne gi mindre insentiv til å organisere seg.<sup>166</sup> Gjennomgående settes likhetstegn mellom ikke å få dekket RKL-utgifter og sosial dumping. Samtidig sa jeg innledningsvis at sosial dumping krever kvalifisert dårligere vilkår og det redegjøres i liten grad hvordan mangelen på *den* konkrete fordelen er kvalifisert viktig og vil virke forstyrrende på lønnsmodellen. Begrunnelsen er så generell at den kunne vært brukt for å begrunne ethvert vilkår som allmenngjøres. Høyesterett legger også vekt på at underkjenning av RKL bestemmelsen vil ha en dominoeffekt fordi slike bestemmelser finnes i to andre allmenngjøringsforskrifter. Dersom ordre public er et fellesskapsbegrep som skal defineres autonomt i hele EØS, kan jeg vanskelig se at et slikt argument vil ha relevans. I kommentar til dommen uttaler Evju at Høyesterett her "har anlagt en langt mer ekspansiv og videre fortolkning av unntaksregelen enn en kan finne støtte for i EU-rettslig praksis"<sup>167</sup>.

Det følger av *Kommisjonen v Luxembourg* at vilkårene i tillegg til å ha ordre public begrunnelse må utgjøre en proporsjonal restriksjon etter tjenestereglene.<sup>168</sup> Medlemstatene må vise til konkrete bevis som begrunner tiltakets proporsjonalitet.<sup>169</sup> I Verftssaken foretar Høyesterett ikke en slik drøftelse men sier i en setning at dette må være oppfylt.<sup>170</sup> Høyesterett diskuterer for eksempel ikke at reglene kunne vært utformet på en mindre byrdefull måte ved å fastsette en minstesats. Dette kunne utgjort et viktig argument mot at RKL-bestemmelsen slik den var utformet var et proporsjonalt tiltak nettopp fordi målet kunne vært oppnådd med mindre inngripende tiltak. Det er usikkert om en fastslåing av proporsjonalitet uten noen drøftelse vil kunne stå seg i EU-systemet.

---

<sup>165</sup> Evju (2010) s. 335.

<sup>166</sup> Avsnitt 159–170.

<sup>167</sup> S. 4.

<sup>168</sup> *Kommisjonen mot Luxembourg* avsnitt 30, 50–52.

<sup>169</sup> *Kommisjonen mot Luxembourg* avsnitt 53.

<sup>170</sup> Avsnitt 175.

## 5 Avsluttende merknader

Per dags dato er det fire gjeldende allmenngjøringsforskrifter.<sup>171</sup> Bare enkelte bransjer og geografiske områder faller innenfor en av disse. Dekningsgraden av allmenngjøringen i det norske arbeidsliv er dermed begrenset. Behovet for beskyttelse er tilstedeværende også i sektorer som i dag faller utenfor allmenngjøringsforskriftene. Noen eksempler er fiskerinæringen, privat renhold og hotell.<sup>172</sup> Beskyttelsen som sikres gjennom allmenngjøringsordningen virker derfor vilkårlig. Skjærvå bruker som eksempel på dette at en polsk rørlegger har rett til minstelønn hvis han arbeider på en byggeplass eller et verft, men ikke om han arbeider på et landanlegg lenger ut i fjorden, med mindre han gjør byggearbeid. Den polske elektrikeren har ikke rett til på minstelønn, uansett hvor han jobber.<sup>173</sup> Hvis formålet med allmenngjøringsinstituttet er å forhindre sosial dumping strekker ikke ordningen til.

Samtidig har Tariffnemnda strukket hensynet til å forhindre sosial dumping veldig langt i de tilfellene hvor nemnda faktisk har truffet allmenngjøringsvedtak. En del tiltak synes å tilsikte likebehandling heller enn beskyttelse mot kvalifisert avvikende lønnsvilkår. Tariffnemnda har i stor grad forholdt seg til de tariffavtalte satsene, men har blant annet brukt sin adgang til å fastsette "andre vilkår" enn de tariffavtalte til å endre utformingen av bestemmelsene i tariffavtalene i allmenngjøringsvedtaket. Ett eksempel er RKL-bestemmelsene. Disse fastsetter ikke en minstelønnsats og vilkårene kan derfor vanskelig bakes inn i begrepet "minimum rates of pay". Høyesteretts begrunnelse for å henføre RKL-bestemmelsene under ordre public unntaket synes å basere seg på en veldig vid tolkning av art. 3 nr. 10. Det kan vanskelig forenes med den strenge tonen i *Kommisjonen v Luxembourg*.

Avhandlingen har vist at manglende definisjon av lønnsbegrepet i allmenngjøringsloven utgjør et betydelig usikkerhetsmoment i Tariffnemndas praksis som øker sjansen for at nemnda trår feil. Konsekvensen av slike feil kan være at tilliten til Tariffnemnda svekkes og arbeidslivspartene i fremtiden ikke er like aktive med å begjære allmenngjøring. Verftssaken gir enkelte svar, men for flere godgjørelseskomponenter er spørsmålet om de er lønn og dermed gjenstand for allmenngjøring fortsatt uavklart. På dette området kunne det være ønskelig med en presisering.

Internrettslig gir Verftssaken større autoritet til Tariffnemndas praksis, særlig til den vide definisjonen av lønn som Tariffnemnda har basert seg på. Nemnda kan dermed trå tryggere i fremtiden. Samtidig

---

<sup>171</sup> Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge, forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter, Forskrift om delvis allmenngjøring av Industriovertkomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien, Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene.

<sup>172</sup> Fafo-rapport (2011) s. 195-196.

<sup>173</sup> Skjærvø (2011) s. 66.

synes dommen å strekke så vel det norske lønnsbegrepet som grensene i utsendingsdirektivet og tjenestereglene. Det at Tariffnemnda går såpass langt i noen tilfeller samtidig som mange bransjer ikke nyter noen beskyttelse under allmenngjøringsforskriftene kan så tvil om Verftssaken først og fremst er en seier for de utsendte arbeidstakerne eller for norske bedrifter som i større grad slipper å bekymre seg om utenlandsk konkurranse.

For arbeidsforhold som faller på siden av allmenngjøringsvedtakene, men samtidig dekkes av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter utgjør § 5 (3) et viktig supplement til allmenngjøringsordningen. Sånn sett gir forskriften mer helhetlig beskyttelse enn allmenngjøringsordningen så langt har klart å sikre. På bakgrunn av *Rüffert* er det mye som trekker i retning av at forskriften etter sitt nåværende innhold står i spenning til utsendingsdirektivet og tjenestereglene. Det skyldes i stor grad at ordningen ikke kan begrunnes i hensynet til sosial beskyttelse når man ikke har tilsvarende ordning for privat sektor hvor faren for sosial dumping er like stor. Norge ville stått på tryggere grunn hvis arbeidstakere i privat sektor var sikret samme beskyttelse.

## 6 Litteraturliste

### LOV- OG FORSKRIFTSREGISTER

*Allmenngjøringsloven.* 1993 Lov om allmenngjøring av tariffavtaler (allmenngjøringsloven) av 4. juni 1993.

*Aml.* 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005.

*EØS-loven.* 1992 Lov om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale om den Europeiske økonomiske samarbeidet (EØS) mv. av (EØS loven) av 10. August 1992.

*Ferieloven.* 1988 Lov om ferie (ferieloven) av 29. april. 1998 nr 21.

*Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge.* 2013 Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for byggeplasser i Norge av 24. april 2013.

*Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene.* 2012 Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for jordbruks- og gartnerinæringene av 27. november 2012.

*Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter.* 2013 Forskrift om allmenngjøring av tariffavtale for renholdsbedrifter av 23. mai 2013.

*Forskrift om delvis allmenngjøring av Industriovertakelsen/VO-delen for skips- og verftsindustrien.* 2013 Forskrift om delvis allmenngjøring av Industriovertakelsen/VO-delen for skips- og verftsindustrien av 22. mars 2013.

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

*Forskrift om utsendte arbeidstakere.* 2005 Forskrift om utsendte arbeidstakere av 16. desember 2005.

*Skatteloven.* 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999.

*Utlendingsloven.* 1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juni 1988.

### TRAKTATER, EU-DIREKTIVER

EF-traktaten                      Traktaten om Opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten) av 25. mars 1967.

Dir. 1996/71/EF                Europaparlaments – og rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (utsendingsdirektivet) av 16. desember 1996.

Dir. 2008/104/EF	Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work.
Dir. 2004/18/EC	Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.
ILO konvensjon nr. 94	Convention concerning Labour Clauses in Public Contracts, Geneve, 1952.
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.
TFEU	The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) av 1. Desember 2009.

## **FORARBEIDER**

Innst.O. nr. 98 (1992-1993) Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

NOU 2012: 2 Innenfor og Utenfor Norges avtaler med EU.

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

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

Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) Om lov om endringer i allmenngjøringsloven m.m. (solidaransvar mv.).

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

## **DOMSREGISTER**

### ***Høyesterettspraksis.***

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2010 s. 202

Rt. 2013 s. 258

***EF/EØS dommer.***

220/83 Commission v France. Saml. 1986 I-3663

252/83 Commission v Denmark. Saml. 1986 I-3713.

279/80 Criminal proceedings against Alfred John Webb, Saml. 1981 I-3305.

C-113/89 Rush Portuguesa Ld v Office national d'immigration. Saml. 1990 I-1417.

Forente saker C-76/90 Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld. And Urlaubs.und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft, m.fl. Saml. 2001 I-7831.

C-272/94 Criminal proceedings against Michel Guiot and Climatec SA, as employer liable at civil law. Saml. 1996 I-1905.

C-376/96 Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SAR (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-379/96). Saml. 1999 I-845.

C-165/98 Belgium v André Mazzoleni and Inter Surveillance Assistance SARL. Saml. 2001 I-02189.

C-162/99 Kommissjonen v Italia. Saml. 2001 I-541.

C-164/99 Infringement proceedings against Portugaia Construções Lda. Saml. 2002 I-787.

C-233/00 Kommissjonen v Frankrike. Saml. 2003 I-6625.

C-341/02 Kommissjonen v Tyskland, Saml. 2005 I-2733.

C-60/03 Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix. Saml. 2004 I-09553.

C-438/05 International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP, OU Viking

C-341/05 Laval yn Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet. Saml. 2007 I-11767.

Line Eesti. Saml. 2007 I-10779.

C-319/06 Kommissjonen v Luxembourg. Saml. 2008 I-4323.

C-346/06 Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert v Land Niedersachsen. Saml. 2008 I-1989

E-12/10 ESA v Island

E-2/11 Norge v ESA

E-3/12 Norge v Stig Arne Jonsson

**LITTERATUR, ARTIKLER**

**Baudenbacher (2013)**

Baudenbacher, C. *EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene*. i. Lov og Rett. (2013), s. 515–534.

**Bårdsen (2013)**

Bårdsen, A. *Noen refleksjoner om Norges Høyesterett og EFTA-domstolen*. I: Lov og Rett. (2013), s. 535–546.

**Evju (2008)**

Evju, S. *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv*. Arbeidsrett. (2008), s. 1–20 [sitert fra idunn.no]

**Evju (2010)**

Evju, S. *Arbeidsrett Utvalgte artikler 2001–2010*. Oslo, 2010.

**Evju (2013)**

Evju, S. *Safeguarding National Interests Norwegian Responses to Free Movement of Services, Posting of Workers and the Services Directive*. I: Cross Border Services, Posting of Workers, and Multilevel Governance. Oslo, 2013, s. 225–261.

**Evju i Nytt i Privatretten (2013)**

Evju, S. *Almengjøring, verftssak og «offentlig orden» - Rt.2013 s. 258*. I: Nytt i privatretten. nr. 2. (2013), s. 1–4

**Fougner (2006)**

*Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*. Fougner, J. ... [et al.]. 2 utg. Oslo, 2006.

**Keiserud (2003)**

Keiserud, T., Vartdal, K. *De nye innleiereglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 – praktiske tolknings- og gjennomføringsspørsmål*. I: Arbeidsrett. (2003), s. 147–179.

**Nielsen (2012)**

Nielsen, R. *Towards an Interactive Comparative Method for Studying the Multi-Layered EU-Legal Order*. I: European Legal Method – in a Multi-Level EU Legal Order. København, 2012. s. 89–117.

**Sejersted (2007)**

*EØS-rett*. Sejersted, F. ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2007.

**Sjødin (2013)**

Sjødin, E. *Labour Market Regulation as Restrictions A Developmental Study of ECJ Case Law at the Interface between Free Movement and Posting of Workers*. I: Cross-Border Services, Posting of Workers, and Multilevel Governance. Oslo, 2013, s. 19–85.

### **Stensvik (2007)**

Stensvik, K. *Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet for Tjenester*. Arbeidsrett. (2007), s. 1-54.

## **VEDTAK OG RAPPORTER**

### **ESA (2009)**

EFTA Surveillance Authority sak av 15 juli 2009 som avsluttet saken mot Norge (Case No: 521127; Dec. No: 320/09/COL)

### **ESA formal notice (2009)**

ESAs Formal Notice. av 15. Oktober 2009.

### **Høringsbrev (2010)**

Nærings- og Fiskeridepartementet. Høring- og endringer i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. 30.06.2010. [<http://www.regjeringen.no/nb/dep/nfd/dok/horinger/horingsdokumenter/2010/horing---endringer-i-forskrift-om-lonns-/horingsbrev.html?id=610812>].

### **Fafo-rapport (2011)**

Eldring, L ... [et.al] *Evaluering av tiltak mot sosial dumping*. Fafo-rapport 2011:09

### **Rådets protokoll (1994)**

Rådets protokoll 11359/94. SOC 336. 29. november 1994.

### **Tariffnemda (2006)**

Tariffnemnda. *Vedtak om fastsettelse av forskrift om allmenngjøring av tariffavtale i sak 4/2006 – for byggeplasser i Osloregionen*. 21. november 2006

### **Tariffnemda (2008)**

Tariffnemnda. Forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverkomsten i skips- og verftsindustrien. 6. oktober 2008

### **Written Observation by Norway (2013)**

Attorney General of Civil Affairs. Written Observations by the Kingdom of Norway, 9.12.2013.

## **NETTRESSURSER**

### **Regjeringens hjemmesider**



<http://www.regjeringen.no/nb/dep/asd/kampanjer/tariffnemnda/vedtak.html?id=540957>.

**Artikkel i Frifagbevegelse**

[http://frifagbevegelse.no/forsiden/vil\\_at\\_eukommisjonen\\_skal\\_se\\_p%C3%A5\\_norsk\\_inn\\_224344.html](http://frifagbevegelse.no/forsiden/vil_at_eukommisjonen_skal_se_p%C3%A5_norsk_inn_224344.html).

