

# Kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende personer

En rettsdogmatisk fremstilling av selvstendig næringsdrivendes adgang til å forhandle kollektivt og en vurdering av betydningen til de foreslåtte retningslinjene fra Europakommisjonen.

Kandidatnummer: 535

Leveringsfrist: 25.04.2022

Antall ord: 17 734



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.3	Rettskilder og metode .....	1
1.4	Begrepsavklaring, veien videre og avgrensning .....	3
<b>2</b>	<b>KONKURRANSERETT OG KOLLEKTIV ARBEIDSRETT.....</b>	<b>4</b>
2.1	Introduksjon .....	4
2.2	Konkurranseretten .....	4
2.3	Den kollektive arbeidsretten .....	5
2.4	Konfliktlinjer mellom konkurranseretten og den kollektive arbeidsretten .....	6
<b>3</b>	<b>FORBUDET MOT KONKURRANSEBEGRENSENDE SAMARBEID OG KOLLEKTIVE AVTALER.....</b>	<b>7</b>
3.1	Introduksjon .....	7
3.2	Forbudsregelens rettsgrunnlag .....	7
3.3	Kort om vilkårene .....	8
3.4	Kollektive forhandlinger og avtaler i lys av forbudsregelen.....	10
3.4.1	Introduksjon.....	10
3.4.2	Arbeidsgiversiden .....	10
3.4.3	Arbeidstakersiden .....	12
3.5	Foretaksbegrepet .....	12
3.5.1	Introduksjon.....	12
3.5.2	Økonomisk aktivitet og uavhengig av juridisk form .....	13
3.6	Rettsstillingen til selvstendig næringsdrivende under forbudsregelen .....	14
3.7	Konklusjon .....	16
<b>4</b>	<b>KOLLEKTIVE FORHANDLINGER FOR SELVSTENDIG NÆRINGSDRIVENDE.....</b>	<b>17</b>
4.1	Introduksjon .....	17
4.2	Tariffunntak og «false self-employed» .....	17
4.2.1	Norsk rett og EØS-retten .....	17
4.2.2	Albany-unntaket .....	18
4.2.3	Selvstendig næringsdrivende og tariffunntaket .....	19
4.2.4	«False self-employed» .....	20
4.2.5	Konklusjon.....	22

4.3	Menneskerettighetene .....	22
4.3.1	Introduksjon.....	22
4.3.2	Rettsgrunnlagene .....	22
4.3.2.1	ILO nr. 98 og ESP .....	23
4.3.2.2	EMK og Grunnloven.....	23
4.3.3	Kollektiv forhandlingsrett for selvstendig næringsdrivende etter EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101? .....	24
4.3.4	Forholdet mellom konkurransereglene og menneskerettighetene .....	26
4.3.4.1	Konkurranseloven § 10 .....	26
4.3.4.2	EØS-avtalen artikkel 53 .....	27
4.3.4.3	Konklusjon .....	31
4.3.4.4	Betydningen av menneskerettighetene i EU .....	31
<b>5</b>	<b>DE FORESLÅTTE RETNINGSLINJENE .....</b>	<b>32</b>
5.1	Introduksjon .....	32
5.2	De «nye» selvstendig næringsdrivende og behovet for retningslinjer.....	33
5.3	Innholdet i retningslinjene .....	34
5.3.1	Hvem og hva omfattes .....	34
5.3.1.1	Introduksjon .....	34
5.3.1.2	Economically dependent solo self-employed persons .....	35
5.3.1.3	Solo self-employed persons working «side by side» with workers .	36
5.3.1.4	Solo self-employed persons working through digital labour platforms .....	37
5.3.2	Hva slags innhold og adferd omfattes .....	38
5.3.3	Europakommisjonens håndhevingsprioritering.....	39
5.3.3.1	Innhold og betydning .....	39
5.3.3.2	Håndhevingsprioritering og rettsutvikling .....	40
5.3.3.3	Forholdet mellom Europakommisjonens retningslinjer og nasjonal håndhevelse .....	41
5.4	Retningslinjenes betydning for norsk rett .....	42
<b>6</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>44</b>
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>46</b>



# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er selvstendig næringsdrivende og deres adgang til å forhandle kollektivt om arbeidsvilkår. Hovedproblemstillingen går ut på å undersøke hva som er dagens rettstilstand for selvstendig næringsdrivende personer under konkurransereglene og menneskerettighetene, og hvilken betydning de foreslåtte retningslinjene fra Europakommisjonen (Kommisjonen) vil kunne få. Første del av problemstillingen går ut på å gi en rettsdogmatisk fremstilling av selvstendig næringsdrivende sin adgang til å forhandle kollektivt. Den andre delen går ut på å undersøke innholdet i retningslinjene og se på hvilken betydning de kan få. Retningslinjene er per dags dato (24. april 2022) ikke endelig vedtatt. Vurderingen av retningslinjene er derfor løftet ut av de lege lata-fremstillingen.

## 1.2 Aktualitet

Kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende er ikke en ny problemstilling. Dette var et sentralt spørsmål i FNV Kunsten-saken<sup>1</sup> som vil bli behandlet flere steder i oppgaven. Oppgavens tema har imidlertid fått særlig aktualitet ettersom Kommisjonen nå arbeider med et forslag til retningslinjer om hvordan de vil anvende Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 101 overfor visse typer selvstendig næringsdrivende som ønsker å inngå kollektive avtaler. I Norge har det også vært oppe til vurdering om man skal legge til rette for at selvstendig næringsdrivende skal kunne forhandle kollektivt.<sup>2</sup> Dette har også vært i fokus hos OECD.<sup>3</sup> Grunnen til at kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende og forbudsregelen i konkurranseretten har fått og fortsatt får oppmerksomhet er fordi selvstendig næringsdrivende etter konkurransereglene risikerer bøter og andre sanksjoner dersom de forhandler kollektivt.

## 1.3 Rettskilder og metode

I vurderingen av kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende skal jeg se på hvilke utfordringer og mulige løsninger som finnes i konkurranseretten, samt om menneskerettigheter som følger av norsk rett og folkeretten hjemler en rett til kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende. Anvendelsen av de ulike rettsgrunnlagene reiser noen særlige metodiske

---

<sup>1</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden.

<sup>2</sup> Se f.eks. NOU 2017: 4 s. 13 for tjenestetilbydere i delingsøkonomien og NOU 2021: 9 s. 18.

<sup>3</sup> OECD (2020).

spørsmål, og jeg vil i det følgende gi en kort redegjørelse for metoden som må benyttes ved anvendelsen av disse rettsgrunnlagene.

De internasjonale menneskerettighetene som oppgaven aktualiserer er Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), Konvensjon om gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten og retten til å føre kollektive forhandlinger (ILO nr. 98) og Den reviderte europeiske sosialpakt (ESP). Ved tolkning av slike folkerettslige traktater må det tas utgangspunkt i Wien-konvensjonen om traktatretten (VCLT) artikkel 31-33 som anses for å gi uttrykk for folkerettslig sedvane når det gjelder traktattolkning.<sup>4</sup> Etter artikkel 31 skal man tolke traktater i god tro og i samsvar med alminnelig ordlyd, samt i lys av traktatens kontekst og formål.<sup>5</sup>

Til tross for at EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven og gjelder som norsk lov, jf. § 2 skal ikke EMK-bestemmelsene i menneskerettsloven tolkes som norsk lov. Høyesterett har slått fast at når man tolker og anvender EMK-bestemmelser som er gjennomført i norsk rett skal man bruke de samme tolkningsprinsipper som Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) anvender.<sup>6</sup> Ved tolkning av EMK har EMD uttalt at den tar utgangspunkt i VCLT.<sup>7</sup> I praksis ser man likevel at EMD legger mer vekt på formålsbetraktninger enn det som følger av VCLT.<sup>8</sup>

Konkurransereglene som denne oppgaven aktualiserer finnes både i norsk rett og i EU- og EØS-retten.<sup>9</sup> Da det ble vedtatt ny konkurranselov i 2004 ble flere av de materielle konkurransereglene harmonisert med EU- og EØS-retten og det fremgår av forarbeidene at disse skal forstås i samsvar med de tilsvarende bestemmelsene i EU- og EØS-retten.<sup>10</sup> Dette er også uttalt i senere rettspraksis, hvor det er fremholdt at rettspraksis fra EU- og EØS-retten er en tungtveiende rettskilde.<sup>11</sup> I tillegg til konkurranseloven gjelder EØS-avtalen i norsk rett, jf. EØS-loven § 1. I EØS gjelder et prinsipp om homogenitet som går ut på at det skal være ensartede regler i EØS, og det innebærer at innholdet i EØS-avtalen skal være det samme enten det er EFTA-domstolen, EU-domstolen<sup>12</sup> eller nasjonale domstoler som tolker reglene.<sup>13</sup> Dette prinsippet fremgår blant annet av EØS-avtalen artikkel 1 og 6 og ODA artikkel 3 nr. 1. Homogenitetsprinsippet

---

<sup>4</sup> Müller (2017) s. 3-4.

<sup>5</sup> Ruud (2018) s. 95.

<sup>6</sup> Rt-2000-996 på s. 1007 og Ruud (2018) s. 66.

<sup>7</sup> Skoghøy (2018) s. 115.

<sup>8</sup> Skoghøy (2018) s. 115.

<sup>9</sup> Henholdsvis konkurranseloven § 10, EØS-avtalen artikkel 53 og TEUV artikkel 101.

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 224 og NOU 2003: 12 s. 229.

<sup>11</sup> Rt-2011-910 (63), HR-2017-1229-A (35) og HR-2021-1086-A (53).

<sup>12</sup> Den europeiske unions domstol.

<sup>13</sup> Sejersted (2011) s. 223.

innebærer at man ved løsning av EØS-rettslige spørsmål må se hen til EU-domstolens avgjørelser om tilsvarende spørsmål i EU-retten.<sup>14</sup> På bakgrunn av dette vil det flere steder i oppgaven bli vist til rettspraksis fra EU-domstolen ved utledning av innholdet i konkurransereglene.

I oppgaven vil det også vises til forslag til avgjørelser fra Generaladvokater. Generaladvokatene er medlemmer av EU-domstolen.<sup>15</sup> Disse dømmer ikke, men gir en begrunnet innstilling og foreslår et resultat før domstolen treffer sin avgjørelse.<sup>16</sup> Generaladvokatenes forslag er en viktig kilde for å forstå EU-retten, men det enkelte forslags rettskildevekt vil variere.<sup>17</sup>

Metodiske spørsmål knyttet til Kommisjonens og ESAs retningslinjer vil bli behandlet i del 5.4.

#### **1.4 Begrepsavklaring, veien videre og avgrensning**

Innledningsvis finner jeg det hensiktsmessig å kort redegjøre for begrepene arbeidstaker og selvstendig næringsdrivende da disse begrepene vil bli brukt gjennomgående i oppgaven, og skillet mellom disse har stor betydning for reglene som jeg skal redegjøre for i oppgaven. I norsk rett er arbeidstakerbegrepet definert i arbeidsmiljøloven § 1-8 som «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste». Tilsvarende definisjon følger også av arbeidstvistloven § 1 bokstav a. Arbeidstakerbegrepet i norsk rett er et funksjonelt begrep, og ved vurderingen av om noen er en arbeidstaker skal det foretas en formålsoverordnet helhetsvurdering.<sup>18</sup> Det finnes ikke noen felles definisjon av selvstendig næringsdrivende, og begrepet brukes ofte om hverandre med selvstendig oppdragstaker.<sup>19</sup> I NOU 2021: 9 defineres selvstendig oppdragstakere som «enkeltpersoner som uten egne ansatte utfører arbeid for en virksomhet uten å være arbeidstaker».<sup>20</sup> Jeg vil i det følgende legge denne definisjonen til grunn.

I denne oppgaven vil jeg først gi en kort redegjørelse for konkurranseretten og den kollektive arbeidsretten. Deretter vil jeg gå inn på konkurransereglene og se på hvordan disse kan komme i konflikt med den kollektive arbeidsretten, og hvilken betydning disse får for selvstendig næringsdrivende som ønsker å forhandle kollektivt. Etter dette vil jeg undersøke om det finnes noe grunnlag i dag som kan gi selvstendig næringsdrivende en mulighet og rett til å forhandle kollektivt. I siste del ser jeg på innholdet i de foreslåtte retningslinjene og hvilken betydning de

---

<sup>14</sup> EØS-avtalen artikkel 6 og Skoghøy (2018) s. 118.

<sup>15</sup> Sejersted (2011) s. 135.

<sup>16</sup> Sejersted (2011) s. 135.

<sup>17</sup> Sejersted (2011) s. 135.

<sup>18</sup> NOU 2021: 9 s. 238.

<sup>19</sup> NOU 2021: 9 s. 106.

<sup>20</sup> NOU 2021: 9 s. 106.

eventuelt kan få. Avslutningsvis gis en kort oppsummering og en kort redegjørelse av et nytt lovforslag i arbeidsmiljøloven.

Problemstillingen som oppgaven reiser er også mulig å undersøke fra en arbeidsrettslig vinkling hva gjelder tolkningen av arbeidstakerbegrepet,<sup>21</sup> men jeg vil i denne oppgaven avgrense mot en slik tilnærming. Likevel vil jeg som nevnt kort redegjøre for det nye lovforslaget avslutningsvis. Avgrensningen er blant annet begrunnet i oppgavens omfang, og at retningslinjene som skal behandles ikke har en arbeidsrettslig tilnærming.

## **2 Konkurranserett og kollektiv arbeidsrett**

### **2.1 Introduksjon**

Oppgavens tema reiser spørsmål med tilknytning til både konkurranseretten og den kollektive arbeidsretten, og forholdet mellom disse. Derfor vil jeg innledningsvis gi en kort redegjørelse av de to rettsområdene for å danne et bakteppe for resten av oppgaven.

### **2.2 Konkurranseretten**

Konkurranseretten er en betegnelse på læren om materielle og prosessuelle rettsregler som skal beskytte og fremme konkurransen i næringslivet.<sup>22</sup> I konkurranseloven § 1 fremgår det at formålet med loven er «å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser». Som det følger av dette er det ikke konkurransen som sådan som er målet, men konkurransen er et virkemiddel for å nå målet.<sup>23</sup> Konkurransbegrepet er ikke definert i loven, men i juridisk teori er det omtalt som en fellesbetegnelse på rivalisering mellom foretak og hvor det man ønsker å vinne er kunder og markedsandeler.<sup>24</sup>

I EU- og EØS-retten gjelder en forbrukervelferdsstandard.<sup>25</sup> Etter denne standarden får fordelingen av det samfunnsøkonomiske overskuddet mellom forbruker og produsent selvstendig betydning ved anvendelse av konkurransereglene.<sup>26</sup> Ettersom konkurranseloven §§ 10 og 11 er harmonisert med EU- og EØS-retten gjelder forbrukervelferdsstandarder ved anvendelsen av disse bestemmelsene.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Se f.eks. Hotvedt (2020).

<sup>22</sup> Kolstad (2007) s. 25.

<sup>23</sup> Evensen (2009) s. 25.

<sup>24</sup> Evensen (2009) s. 26.

<sup>25</sup> NOU 2012: 7 s. 20.

<sup>26</sup> Kolstad (2007) s. 114.

<sup>27</sup> NOU 2012: 7 s. 20.



For konkurransereglene i EU- og EØS er det et viktig formål bak reglene at de også er virkemidler for å realisere formålet med TEU og EØS-avtalen. Det overordnede formålet med EU er felleseuropeisk markedsintegrasjon, og dette får betydning for tolkningen og anvendelsen av konkurransereglene i EU-retten.<sup>28</sup> For EØS-retten er det overordnede formålet å realisere de fire frihetene innenfor EØS-området, og med det utvide EUs indre marked til også å omfatte EFTA-landene.<sup>29</sup> For å sikre formålet med EØS-samarbeidet skal konkurransereglene som nevnt underlegges en homogen tolkning og anvendelse slik at konkurransevilkårene innenfor EØS blir like.<sup>30</sup> At formålet bak TEUV og EØS-avtalen ikke er samsvarende, herunder integrasjonsmålsetting og markedsadgang, innebærer imidlertid ikke at konkurransereglene i EØS-avtalen og TEUV skal tolkes ulikt.<sup>31</sup>

### 2.3 Den kollektive arbeidsretten

Det overordnede formålet med den kollektive arbeidsretten er å sikre et mer balansert styrkeforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstakerne.<sup>32</sup> Det karakteristiske ved arbeidsmarkedet er at arbeidsgivere sitter med makten da de ofte står overfor flere tilbydere av arbeidskraft enn det de har behov for. Arbeidsgivere er derfor ofte i en posisjon hvor de kan velge mellom flere arbeidstakere og diktere arbeidsvilkårene, innenfor lovens rammer. Ved at arbeidstakere går sammen i forhandlinger med arbeidsgiver og kan ta i bruk arbeidskampmidler får man en mer jevnbyrdig forhandlingssituasjon sammenlignet med det som gjelder ved individuelle forhandlinger.

Den kollektive arbeidsretten omfatter reglene om rettsforholdet mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerforeninger, og disse reglene fremgår av arbeidstvistloven. Avtalene som blir inngått mellom partene i den kollektive arbeidsretten kalles tariffavtaler og er definert i arbeidstvistloven § 1 bokstav e som «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold». Som det følger av definisjonen, kan arbeidsgiver enten binde seg alene eller gjennom å være medlem av en arbeidsgiverforening. Arbeidstakere kan derimot ikke være part til tariffavtalen, men blir bundet gjennom å være medlem i fagforeningen som er part i avtalen. Virkningen av at det blir inngått en tariffavtale er at arbeidstakere, som er medlem i fagforeningen, kan kreve at den individuelle arbeidsavtalen samsvarer med det som følger av tariffavtalen, jf. arbeidstvistloven § 6. Som følge

---

<sup>28</sup> Rognstad (2021) s. 301 med henvisning til case C-56/64 *Établissements Consten S.à.R.L. et. al v v Commission*.

<sup>29</sup> Arnesen (2018) s. X i forordene.

<sup>30</sup> Sejersted (2011) s. 467.

<sup>31</sup> Sejersted (2011) s. 469.

<sup>32</sup> Fougner (2004) s. 25.

av arbeidstvistloven § 6 vil bestemmelser i en arbeidsavtale som er i strid med tariffavtalen være ugyldig.

Fagforening er definert i arbeidstvistloven § 1 c som «enhver sammenslutning av arbeidstakere eller av arbeidstakeres foreninger som har til formål å varetta arbeidstakernes interesser overfor deres arbeidsgivere». Som det følger av definisjonen er det bare sammenslutninger av arbeidstakere som regnes som fagforening etter arbeidstvistloven. Selvstendig næringsdrivende kan også være medlem av en fagforening, men som jeg kommer tilbake til byr konkurransereglene på utfordringer når selvstendig næringsdrivende ønsker å organisere seg kollektivt. I dagens økonomi og arbeidsmarked ser man en utvikling som går i retning av økt bruk av selvstendig næringsdrivende og underleverandører.<sup>33</sup> Dette gjør at det er grunnlag for å reise spørsmål om også selvstendig næringsdrivende som har lite innflytelse på sine arbeidsvilkår bør kunne forhandle kollektivt, og det er dette de foreslåtte retningslinjene fra Kommissjonen søker å legge til rette for.

## **2.4 Konfliktlinjer mellom konkurranseretten og den kollektive arbeidsretten**

Som redegjørelsen viser, skal konkurransereglene stimulere til sunn konkurranse og rivalisering mellom tilbydere. Den kollektive arbeidsretten skal på sin side legge til rette for at arbeidstakere kan gå sammen i forhandlinger med arbeidsgiversiden for å redusere konkurransen mellom arbeidstakerne i arbeidsmarkedet. Dette er to motstridende mekanismer som kan komme i konflikt med hverandre. Ved full konkurranse i arbeidsmarkedet risikerer man en situasjon der arbeidstakere underbyr hverandre med hensyn til lønn og arbeidsvilkår for å få jobb. Dette er det som omtales som såkalt «race to the bottom».<sup>34</sup> En slik løsning ønsker man ikke, og derfor er det lagt til rette for at arbeidstakere kan gå sammen. Arbeidstakere tilbyr sin arbeidskraft som tjeneste på arbeidsmarkedet, og dette kan ikke skilles fra arbeidstakeren. Dette gjør at helt andre hensyn gjør seg gjeldende, og er bakgrunnen for det kjente uttrykket «labour is not a commodity».<sup>35</sup> Bakgrunnen for dette uttrykket er at man ikke ønsker at arbeidskraft skal være gjenstand for samme markedsdynamikk som varer.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> NOU 2021: 9 s. 57 og 76.

<sup>34</sup> Opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 178.

<sup>35</sup> ILO Declaration of Philadelphia.

<sup>36</sup> Rainone (2021) s. 4.

### 3 Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og kollektive avtaler

#### 3.1 Introduksjon

Som vist i punkt 2.4 kan det oppstå et spenningsforhold mellom konkurransereglene og den kollektive arbeidsretten. I denne delen skal jeg se nærmere på hvordan og hvorfor kollektive avtaler kan komme i konflikt med forbudsregelen i konkurranseretten, og hvorfor dette kommer særlig på spissen for selvstendig næringsdrivende. Før jeg går inn på selve vurderingen vil jeg først gi en kort redegjørelse av innholdet i forbudsregelen.

#### 3.2 Forbudsregelens rettsgrunnlag

Med forbudsregelen menes forbudet mot «enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen».<sup>37</sup> Formålet med dette forbudet er å hindre at foretak samarbeider i stedet for å konkurrere.<sup>38</sup> Forbudsregelen i konkurranseloven, EØS-avtalen og TEUV har en tilnærmet identisk ordlyd, og som følge av harmoniseringsprinsippet og homogenitetsprinsippet skal de som nevnt tolkes og anvendes likt.

Som det følger av ordlyden skiller TEUV artikkel 101 og EØS-avtalen artikkel 53 seg fra konkurranseloven § 10 ved at de oppstiller et samhandelsvilkår for at forbudsregelen skal komme til anvendelse. Etter ordlyden er samhandelsvilkåret oppfylt dersom samarbeidet kan påvirke samhandelen mellom landende som er bundet. For TEUV artikkel 101 er dette medlemsstatene i EU, og for EØS-avtalen artikkel 53 er det landende som er bundet av EØS-avtalen. Noe vilkår om påvirkning på samhandel følger ikke av konkurranseloven § 10, og den får anvendelse såfremt det er tale om handlinger som har eller er egnet til å ha virkning i Norge, jf. konkurranseloven § 5. Dersom handlinger både har virkning i Norge og kan ha påvirkning på samhandelen i EØS, skal konkurranseloven § 10 anvendes parallelt med EØS-avtalen artikkel 53, jf. EØS-konkurranseloven § 7.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> I norsk nasjonal rett er denne regelen hjemlet i konkurranseloven § 10, i EØS-retten i EØS-avtalen artikkel 53, og i EU-retten følger den av TEUV artikkel 101.

<sup>38</sup> Arnesen (2018) s. 527.

<sup>39</sup> Se f.eks. sak (LB-2014-76039) hvor et svensk morselskap og et norsk datterselskap ble holdt ansvarlig for brudd på både konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53.

Ettersom de tre forbudsbestemmelsene har tilnærmet identisk ordlyd, foruten samhandelsvilkåret, og de skal tolkes og anvendes likt, vil redegjørelsen av de resterende vilkårene basere seg på TEUV artikkel 101 for å forenkle den videre fremstillingen.

### 3.3 Kort om vilkårene

Inngangsvilkåret for anvendelsen av forbudsbestemmelsen er at det må foreligge samarbeid mellom to eller flere foretak.<sup>40</sup> I bestemmelsen er det listet opp tre former for samarbeid, hvilket er «all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices».<sup>41</sup> Dette utgjør tre alternative samarbeidsgrunnlag, og hvor det er tilstrekkelig at én av disse formene for samarbeid foreligger. Som det følger av ordlyden er bestemmelsen personelt avgrenset til foretak og sammenslutninger av foretak.

Avtalebegrepet i konkurranseretten er et autonomt begrep,<sup>42</sup> og skiller seg fra avtalebegrepet i kontraktsretten. Det stilles ikke noe krav til at det er inngått en kontraktsrettslig bindende og gyldig avtale.<sup>43</sup> Det sentrale vurderingstema er om partene har uttrykt en felles vilje om å opptre på en bestemt måte i markedet.<sup>44</sup> Det må imidlertid trekkes en nedre grense for hva som kan anses som en avtale etter konkurransereglene. Ensidige handlinger utgjør ikke en avtale etter konkurransereglene, det må foreligge en felles intensjon som har kommet til uttrykk på en eller annen måte.<sup>45</sup>

Samordnet opptreden er et mer åpent alternativ og er egnet til å fange opp ulike og mer løse former for samarbeid.<sup>46</sup> EU-domstolen har definert denne formen for samarbeid som «any direct or indirect contact between such operators by which an undertaking may influence the conduct on the market of its actual or potential competitors or disclose to them its decisions or intentions concerning its own conduct on the market where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question».<sup>47</sup> Denne uttalelsen fra EU-domstolen illustrerer at det ikke skal mye kontakt til før noe anses som samordnet opptreden, men som det følger av uttalelsen må kontakten knytte seg til konkurransen enten gjennom å påvirke adferd eller gi informasjon.

---

<sup>40</sup> Rognstad (2021) s. 315.

<sup>41</sup> TEUV artikkel 101 første ledd.

<sup>42</sup> Rognstad (2021) s. 316.

<sup>43</sup> Rognstad (2021) s. 316 med henvisning til case T-41/96 Bayer AG v Commission avsnitt 68.

<sup>44</sup> Gjendemsjø (2021) § 10 note 3 med henvisning til case C-49/92 Commission v Anic Partecipazioni SpA avsnitt 130.

<sup>45</sup> Se joined cases C-2/01 P and C-3/01 P Commission et al. v Bayer AG avsnitt 101 og Arnesen (2018) s. 530.

<sup>46</sup> Gjendemsjø (2021) § 10 note 6.

<sup>47</sup> Case C-8/08 T-Mobile Netherlands et al. v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit avsnitt 33.

Beslutninger fra sammenslutninger av foretak er det siste alternativet. Sammenslutninger av foretak kan typisk være bransjeorganisasjoner som representerer flere foretak i en bransje, og hvor formålet er å ivareta deres interesser overfor andre aktører og myndigheter.<sup>48</sup> Det stilles ingen spesielle krav til at slike sammenslutninger skal ha profittmotiv eller drive økonomisk aktivitet.<sup>49</sup> Som det følger av ordlyden er det sentrale at deltakerne i sammenslutningen er å regne som foretak etter konkurransereglene. Når det gjelder beslutningene stilles det ikke noe krav til form.<sup>50</sup> Forbudet omfatter alt fra formelle vedtak fra sammenslutningen til ikke-bindende anbefalinger.<sup>51</sup>

For at et samarbeid skal være i strid med forbudsregelen må det ha som «object or effect the prevention, restriction or distortion of competition».<sup>52</sup> Som det følger av ordlyden «or» er formål og virkning to alternative vilkår. Dersom det påvises at et samarbeid har et konkurranse-skadelig formål er det ikke nødvendig med en vurdering av om samarbeidet har konkurransebegrensende virkning.<sup>53</sup> En konsekvens av dette er at formålsalternativet skal tolkes restriktivt.<sup>54</sup> Ved vurderingen av om samarbeidet har som formål å begrense konkurransen er det samarbeidets objektive formål og ikke partenes subjektive hensikt som er det avgjørende,<sup>55</sup> men likevel slik at partenes intensjon kan tas i betraktning.<sup>56</sup>

Der et samarbeid ikke har konkurransebegrensende formål og det må gjøres en virkningsvurdering, må man sammenligne situasjonen i markedet med og uten samarbeidet.<sup>57</sup> Ved denne vurderingen kan det være uklart hvor store virkninger det må være tale om før samarbeidet bryter med forbudsregelen da dette ikke fremgår av ordlyden. I praksis har det blitt utviklet et merkbarhetskriteriet, og etter dette kriteriet må begrensningen på konkurransen være merkbar

---

<sup>48</sup> Rognstad (2021) s. 317 med henvisning til opinion of Advocate General Légers on Case C-309/99 J. C. J. Wouters et al. v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten avsnitt 61.

<sup>49</sup> Rognstad (2021) s. 371 med henvisning til joined cases C-209-215 and 218/78 Heintz Van Landewyck v Commission avsnitt 88 og joined cases C-96-102, 104, 105, 108 and 110/82 NV IAZ International Belgium et al. v Commission avsnitt 20.

<sup>50</sup> Rognstad (2021) side 317.

<sup>51</sup> Case C-45/85 Verband der Sachversicherer v Commission avsnitt 32, joined cases C-209-215 and 218/78 Heintz Van Landewyck v Commission avsnitt 88 og 89 og joined cases C-96-102, 104, 105, 108 and 110/82 NV IAZ International Belgium et al. v Commission avsnitt 20.

<sup>52</sup> TEUV artikkel 101 første ledd.

<sup>53</sup> Case C-8/08 T-Mobile Netherlands et al. v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit avsnitt 28 og 29.

<sup>54</sup> Case C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. et al. avsnitt 54.

<sup>55</sup> Whish (2021) s. 127.

<sup>56</sup> Case C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt. et al. avsnitt 53.

<sup>57</sup> Arnesen (2018) s. 538 med henvisning til case C-56/65 Société Technique Minière v Maschinenbau s. 249 og 250.

for å være i strid med konkurransereglene.<sup>58</sup> I tilknytning til dette kriteriet har Kommisjonen gitt ut en veileder om bagatellunntak som angir den nedre grensen for deres anvendelsen av TEUV artikkel 101.<sup>59</sup> ESA har vedtatt identiske retningslinjer som får anvendelse på EØS-avtalen.<sup>60</sup> Etter retningslinjene går vertikale avtaler mellom konkurrenter klar dersom deres samlede markedsandel ikke overstiger ti prosent, og for horisontale gjelder tilsvarende der samlet markedsandel ikke overstiger 15 prosent. Disse retningslinjene gjelder kun ved vurdering av konkurransebegrensende virkning.<sup>61</sup> Følgelig vil ikke samarbeid som har konkurransebegrensende formål kunne unntas fra konkurransereglene med grunnlag i bagatellunntaket. Dette ble presisert i ettertid for å følge opp rettspraksis fra EU-domstolen.<sup>62</sup>

I TEUV artikkel 101 tredje ledd åpnes det for unntak fra forbudet i første ledd. Dersom samarbeid medfører effektivitetsgevinster som overstiger de konkurransebegrensende virkningene av samarbeidet kan det på nærmere vilkår unntas fra konkurransereglene. Etter ordlyden kan det gjøres unntak for alle typene samarbeid som forbyes etter første ledd. Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det mot en videre behandling av tredje ledd.

### **3.4 Kollektive forhandlinger og avtaler i lys av forbudsregelen**

#### **3.4.1 Introduksjon**

I denne delen skal jeg undersøke hvordan og hvorfor organiseringen i den kollektive arbeidsretten kan komme i konflikt med konkurransereglene. Det kan bemerkes innledningsvis at det er lite rettspraksis og juridisk teori om hvordan forbudsregelens vilkår oppfylles ved kollektiv organisering, i rettspraksis og juridisk teori er det tariffunntaket som har fått størst fokus.<sup>63</sup>

#### **3.4.2 Arbeidsgiversiden**

Når arbeidsgivere går sammen i en arbeidsgiverforening vil dette kunne komme i konflikt med konkurransereglene fordi dette utgjør en sammenslutning av foretak etter forbudsregelen.<sup>64</sup> Forbudsregelen kommer derimot ikke på spissen når arbeidsgivere binder seg til en tariffavtale

---

<sup>58</sup> Se blant joined cases C-501/06, C-513/06, C-515/06 and C519/06 *GlaxoSmithKline Services et al. v Commission et al.* avsnitt 55.

<sup>59</sup> 2001/C 368/07.

<sup>60</sup> 2003/EØS/15/03

<sup>61</sup> 2014/C 291/01

<sup>62</sup> Case C-226/11 *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence* avsnitt 35, 36 og 37.

<sup>63</sup> Østerud (2017) s. 4 fotnote nr. 9.

<sup>64</sup> Opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* avsnitt 236.

alene. Dette skyldes at arbeidstakerforeninger ikke anses som foretak etter konkurransereglene, og det vil derfor ikke være tale om samarbeid mellom foretak, noe jeg kommer tilbake til i punkt 3.5.

Når en arbeidsgiver deltar i en arbeidsgiverforening kan ulike handlinger foretatt i forbindelse med kollektive forhandlinger og inngåelse av tariffavtaler kunne anses som et samarbeid etter forbudsregelen. I Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i Albany-saken uttalte han at en avtale mellom arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden utvilsomt er å anse som en avtale mellom foretak etter forbudsregelen, og uansett vil dette anses som samordnet opptreden.<sup>65</sup> Dette synspunktet ble også fremholdt av EFTA-domstolen i LO-saken der det ble uttalt at en tariffavtale inngått av en sammenslutning av arbeidsgivere «kan anses som en avtale mellom foretak eller en beslutning truffet av en sammenslutning av foretak i henhold til artikkel 53 EØS».<sup>66</sup> Som vist i redegjørelsen i punkt 3.3 stilles det ikke strenge krav til at noe er en avtale, beslutning fra sammenslutning av foretak eller samordnet opptreden etter forbudsregelen. Dette betyr at det skal relativt lite til for at samarbeidsvilkåret oppfylles når flere arbeidsgivere går sammen med sikte på å inngå en tariffavtale.

For at forbudsregelen skal få anvendelse må samarbeidet i tillegg kunne påvirke konkurransen i markedet. Ved å bli bundet av samme minstelønn kan ikke arbeidsgiverne konkurrere om prisen på arbeidskraft. Dette påvirker imidlertid først og fremst arbeidsmarkedet, og dette markedet er som Østerud skriver, irrelevant for konkurransereglene.<sup>67</sup> Det er samarbeid mellom foretak som har virkning på vare- og tjenestemarkedet som er det sentrale.<sup>68</sup> I Albany-saken kom dette på spissen fordi det var inngått en tariffavtale om eneleveranse av pensjonstjenester. Når det inngås tariffavtale med én leverandør vil dette utelukke andre leverandører fra å levere disse tjenestene til de som er bundet av tariffavtalen, noe som igjen kan påvirke konkurransen i det tjenestemarkedet.<sup>69</sup> Der en tariffavtale om slike tjenester binder mange arbeidsgivere har det potensiale til å få store virkninger på konkurransen i de berørte markedene.

Tariffavtaler som fastsetter lønn kan også tenkes å komme i konflikt med konkurransereglene ettersom dette kan ha likheter med innkjøpssamarbeid, slik Østerud fremholder i sin artikkel.<sup>70</sup> For bedrifter som har ansatte vil lønnskostnader være en sentral kostnadspost, men hvilken

---

<sup>65</sup> Opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 242 og 244.

<sup>66</sup> Sak E-8/00 LO avsnitt 70.

<sup>67</sup> Østerud (2017) s. 14 fotnote nr. 90.

<sup>68</sup> Østerud (2017) s. 14.

<sup>69</sup> Opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 74 og Fougner (2004) s. 158.

<sup>70</sup> Østerud (2017) s. 14.

betydning lønnskostnaden har for sluttpris vil variere fra firma til firma. Som Generaladvokat Jacobs fremholdt i forslag til avgjørelse i Albany-saken, vil samordning av lønn mellom arbeidsgiverforetak kun påvirke en av flere produksjonskostnader.<sup>71</sup> Han fremholdt videre at lik lønn innebærer ikke nødvendigvis at kostnadene mellom firmaene blir samordnet, man må også se på produktiviteten og denne vil igjen kunne påvirkes av flere faktorer som teknologi og kunnskap.<sup>72</sup> Dette innebærer at samordning av lønn trolig ikke er en spesielt stor trussel for konkurransen på vare- og tjenestemarkedet. Det kan samtidig tenkes at tariffavtaler om minstepris kan komme på spissen dersom det er tale om foretak som i det vesentlige baserer sin drift på arbeidskraft. I slike bedrifter vil lønn kunne ha større innflytelse på sluttprisen.

### 3.4.3 Arbeidstakersiden

På samme måte som for arbeidsgivere som går sammen, vil samordning av arbeidstakere med sikte på å inngå tariffavtale objektivt sett kunne oppfylle samarbeidsvilkåret i forbudsregelen. En tariffavtale vil kunne oppfylle avtalevilkåret i forbudsregelen, og streik og annen arbeidskamp kan anses som samordnet opptreden. Når det gjelder konkurransebegrensningsvilkåret vil en tariffavtale som regulerer minstelønn begrense konkurransen mellom arbeidstakere. Videre kan store fagforeninger skape monopolvirkninger i arbeidsmarkedet. Streik og annen arbeidskamp som utføres i forbindelse med forhandling og inngåelse av tariffavtale vil også kunne oppfylle konkurransebegrensningsvilkåret. Dette fordi formålet med aksjonen er å oppnå en lik lønn for alle arbeidstakerne, noe som begrenser konkurransen. Som vist til over er imidlertid arbeidsmarkedet irrelevant når det gjelder konkurransereglene, det er den eventuelle påvirkningen på vare- og tjenestemarkedet som er avgjørende.<sup>73</sup> Den sentrale årsaken til at arbeidstakere ikke risikerer å komme i konflikt med forbudsregelen er fordi de ikke anses som foretak etter konkurransereglene. Årsaken til dette drøftes i neste punkt.

## 3.5 Foretaksbegrepet

### 3.5.1 Introduksjon

Som det følger av fremstillingen over er foretaksbegrepet avgjørende for hvorvidt man havner innenfor eller utenfor forbudsregelen. Denne personelle avgrensningen gjelder også for andre bestemmelser i konkurranseretten. Foretaksbegrepet er imidlertid ikke lovfestet i TEUV, og i EU-retten må derfor innholdet i begrepet utledes fra rettspraksis fra EU-domstolen. Her har

---

<sup>71</sup> Opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 182.

<sup>72</sup> Opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 182.

<sup>73</sup> Østerud (2017) s. 14 fotnote nr. 90.



foretak blitt definert som «every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed».<sup>74</sup> I norsk rett er foretaksbegrepet definert i konkurranseloven § 2 som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet». I EØS-avtalen protokoll 22 artikkel 1 fremgår også en tilsvarende definisjon av foretaksbegrepet. Definisjonen i konkurranseloven § 2 er ment å kodifisere foretaksbegrepet som følger av rettspraksis fra EU- og EØS-retten, og rettskilder fra EU- og EØS-retten skal derfor anvendes ved tolkningen av begrepet.<sup>75</sup>

### 3.5.2 Økonomisk aktivitet og uavhengig av juridisk form

Foretaksbegrepet er et funksjonelt begrep og man må derfor bruke en funksjonell tilnærming når man avgjør om noe er et foretak etter konkurransereglene.<sup>76</sup> Ettersom man skal bruke en funksjonell tilnærming kan det forekomme at en virksomhet i visse situasjoner omfattes av foretaksbegrepet og derfor faller innunder konkurransereglene, og i andre situasjoner utenfor.<sup>77</sup> For å bli regnet som foretak etter konkurransereglene stilles det ikke noe krav til juridisk form eller status.<sup>78</sup> Videre kan både fysiske og juridiske personer anses som foretak,<sup>79</sup> noe jeg kommer tilbake til i punkt 3.6. Det avgjørende kriteriet for å bli omfattet av foretaksbegrepet er at man driver økonomisk aktivitet. Hva som nærmere menes med økonomisk aktivitet må utledes fra rettspraksis fra EU-domstolen, og der har det blitt fremholdt i flere saker at tilbud av varer og tjenester på et gitt marked skal anses som økonomisk aktivitet.<sup>80</sup> At et foretak må drive med økonomisk aktivitet innebærer ikke samtidig noe krav om at virksomheten må drives med profittmotiv<sup>81</sup> eller økonomisk formål.<sup>82</sup> Det stilles heller ikke krav til hvordan virksomheten er finansiert.<sup>83</sup>

Ettersom foretak kan være fysiske personer uavhengig av juridisk form, kunne det vært naturlig å tenke at arbeidstakere kunne vært foretak dersom de i arbeidet drev med økonomisk virksomhet. Som nevnt følger det av rettspraksis at arbeidstakere ikke er foretak etter

---

<sup>74</sup> Se blant annet case C-41/90 *Höfner and Elser v Macrotron* avsnitt 21, joined cases C-159/91 and C-160/91 *Christian Poucet v Assurances Générales de France et al.* avsnitt 17 og case C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurance et al. v Ministère de l'Agriculture et al.* avsnitt 14.

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 34 og 221 og Kolstad (2007) s. 172.

<sup>76</sup> Whish (2021) s. 86.

<sup>77</sup> Whish (2021) s. 86.

<sup>78</sup> Whish (2021) s. 87.

<sup>79</sup> Whish (2021) s. 87.

<sup>80</sup> Joined cases C-180/98 to C-184/98 *Pavel Pavlov et al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* avsnitt 75.

<sup>81</sup> Joined cases C-209-215 and 218/78 *Heintz Van Landewyck v Commission* avsnitt 88.

<sup>82</sup> Case C-155/73 *Giuseppe Sacchi* avsnitt 13-14.

<sup>83</sup> Whish (2021) s. 86 og opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* avsnitt 205.

konkurransereglene. Dette skyldes at de anses som en integrert del av arbeidsgivers virksomhet,<sup>84</sup> og anses derfor ikke å drive selvstendig økonomisk aktivitet på markedet. Begrunnelsen for dette er blant annet at arbeidstakerne under arbeidsforholdet er underlagt arbeidsgivers instruksmyndighet og mottar godtgjørelse fra denne,<sup>85</sup> og ikke fra markedet. Ettersom arbeidstakere ikke anses som foretak har det blitt slått fast i rettspraksis at heller ikke fagforeninger skal anses som foretak når de handler på vegne av arbeidstakermedlemmene.<sup>86</sup> Dette fordi sammenslutninger av arbeidstakere ikke anses som sammenslutninger av foretak etter forbudsregelen. Når fagforeningen derimot handler på egne vegne kan de anses som foretak etter konkurransereglene såfremt vilkårene om økonomisk aktivitet er oppfylt.<sup>87</sup> Dette kan typisk være tilfelle når fagforeninger inngår kommersielle avtaler eller tilbyr kommersielle tjenester til sine medlemmer. At tariffavtaler kan komme i konflikt med forbudsregelen skyldes derfor ikke konkurransevirkninger på arbeidstakersiden, men samarbeidet på arbeidsgiversiden.<sup>88</sup>

### 3.6 Rettsstillingen til selvstendig næringsdrivende under forbudsregelen

Som redegjort for over kan fysiske personer være foretak i konkurranserettslig forstand. Personer som jobber som selvstendig næringsdrivende vil derfor være foretak etter konkurransereglene dersom de tilbyr tjenester til markedet mot godtgjørelse og utfører aktiviteten som selvstendige økonomiske enheter.<sup>89</sup> At selvstendig næringsdrivende kan regnes som foretak er anerkjent i flere saker. Eksempelvis har selvstendige næringsdrivende advokater<sup>90</sup> og medisinske spesialister<sup>91</sup> blitt ansett som foretak under konkurransereglene. Som en konsekvens av dette vil fagforeninger som representerer selvstendig næringsdrivende anses som sammenslutninger av foretak.<sup>92</sup> Dette gjelder også for fagforeninger som består av både arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, når den handler på vegne av de selvstendig næringsdrivende.<sup>93</sup>

---

<sup>84</sup> Se blant annet case C-22/98 Becu et al. avsnitt 26 og 27 og case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 36.

<sup>85</sup> Case C-66/85 Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg avsnitt 17.

<sup>86</sup> Se blant annet case C-22/98 Becu et al. avsnitt 28 og opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 218 og 227.

<sup>87</sup> Sak E-14/15 Holship avsnitt 73 og opinion of Advocate General Jacobs on Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 226.

<sup>88</sup> Hjelmeng (2020) s. 4.

<sup>89</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 27 med henvisninger.

<sup>90</sup> Case C-309/99 J. C. J. Wouters et al. v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten avsnitt 48-49.

<sup>91</sup> Joined cases C-180/98 to C-184/98 Pavel Pavlov et al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten avsnitt 73-77.

<sup>92</sup> Joined cases C-180/98 to C-184/98 Pavel Pavlov et al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten avsnitt 89.

<sup>93</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 28.

Konsekvensen av at selvstendig næringsdrivende regnes som foretak er at både de og deres fagforeninger omfattes av forbudsregelen. I likhet med arbeidsgivere vil samarbeidsvilkåret raskt kunne bli oppfylt for selvstendig næringsdrivende. For det første vil en tariffavtale inngått mellom en arbeidsgiverforening og en fagforening bestående av selvstendig næringsdrivende anses som en avtale mellom foretak. Dersom en slik avtale regulerer pris vil dette anses som et vertikalt prissamarbeid dersom oppdragsgiveren og de selvstendig næringsdrivende operer på ulikt nivå i omsetningskjeden. Dersom selvstendig næringsdrivende går sammen og blir enige om en felles pris vil dette regnes som et horisontalt prissamarbeid dersom de er direkte konkurrenter i markedet. Prissamarbeid er en type samarbeid som ligger i kjernen av forbudsregelen og er listet opp i TEUV artikkel 101 første ledd bokstav a).<sup>94</sup> Det kan også vises til Generaladvokat Wahl sitt forslag til avgjørelse i FNV Kunsten-saken der han fremholdt at «agreements fixing minimum prices for goods or services have consistently been considered to constitute a significant restriction of competition».<sup>95</sup> Disse eksemplene illustrerer at selvstendig næringsdrivende raskt kan komme i konflikt med kjernen i forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid dersom de organiserer seg kollektivt med sikte på å fastsette minstelønn.

En avtale mellom flere selvstendig næringsdrivende og én enkelt oppdragsgiver vil også komme i konflikt med konkurransereglene, i motsetning til situasjonen der det er inngått avtale mellom en fagforening og én arbeidsgiver. Dette innebærer at konkurransereglenes anvendelse ikke avhenger av om det er tale om flere arbeidsgivere, fordi samarbeidet på begge sider og mellom partene kan komme i konflikt med konkurransereglene. Dette skyldes at alle som er involvert regnes som foretak. I tillegg til tariffavtaler, vil forhandlinger med sikte på å inngå en kollektiv avtale, og eventuell bruk av arbeidskamp i den forbindelse kunne anses som samordnet opptreden etter forbudsregelen. Informasjonsutveksling mellom de selvstendig næringsdrivende om godtgjørelse kan også bli omfattet, og inngåelse av tariffavtale kan bli ansett som en beslutning truffet av sammenslutninger av foretak slik EFTA-domstolen fremholdt om arbeidsgivere i LO-saken.<sup>96</sup>

Som disse eksemplene viser vil alle samarbeidsalternativene i forbudsregelen kunne komme på spissen når selvstendig næringsdrivende organiserer seg kollektivt. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om slikt samarbeid har noe særlig virkning på konkurransen i markedet. I saker om kollektive avtaler inngått av selvstendig næringsdrivende har konkurransemyndigheter i praksis ofte brukt en formålstilnærming ved vurdering av om det foreligger brudd på konkurransereglene.<sup>97</sup> Dette gjør at det som nevnt ikke behøver og foretas en merkbarhetsvurdering på

---

<sup>94</sup> Tilsvarende i EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10.

<sup>95</sup> Opinion of Advocate General Wahl on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media avsnitt 36.

<sup>96</sup> Sak E-8/00 LO avsnitt 70.

<sup>97</sup> Waas (2021) s. 26.

konkurransen i markedet. I juridisk teori har det blitt argumentert for at hvis man hadde brukt virkningstilnærmingen i stedet, ville man muligens funnet at slikt samarbeid ikke har stor virkning på konkurransen og derfor ikke er i strid med TEUV artikkel 101.<sup>98</sup>

Generaladvokat Wahls uttalelse i FNV Kunsten-saken taler imidlertid for at kollektive avtaler for selvstendig næringsdrivende kan ha skadepotensial. Han uttaler blant annet at «[m]oreover, even if any restriction of competition which may stem from collective agreements regulating the employment conditions of workers is often incidental or of limited effect, the same does not necessarily hold true with regard to agreements regulating the working conditions of self-employed persons. That is especially so with regard to agreements which regulate price competition among the self-employed». <sup>99</sup> Dette viser at det er ulike meninger om hvor store virkninger avtaler om minstepriser for selvstendig næringsdrivende kan ha.

Generaladvokaten fremholdt i tillegg at kollektive avtaler for selvstendig næringsdrivende kan være ødeleggende dem imellom, «[i]n fact, such provisions can deprive younger or less famous professionals from being able to compete effectively with more experienced or renowned colleagues, by offering their services at more advantageous rates. Without the possibility of competing on price, some self-employed would have far fewer opportunities to win a contract and would risk being marginalised from the job-market entirely». <sup>100</sup> Dette illustrerer at slike avtaler kan påvirke flere forhold, og at det kan skape etableringshindringer for nye aktører. Dette kan igjen gi negative virkninger på markedene dersom det medfører at man får færre tilbydere. Samtidig må det bemerkes at skadepotensialet vil variere ut fra forhold som hvor mange som tilbyr den aktuelle tjenesten, hvilke krav som stilles til ferdigheter og markedsforholdene. Det er derfor ikke mulig å gi noe klart svar på hvilke virkninger kollektive avtaler for selvstendig næringsdrivende vil kunne gi.

### 3.7 Konklusjon

Som redegjørelsen over viser kan konkurransereglene og den kollektive arbeidsretten komme i konflikt med hverandre på flere måter. For selvstendig næringsdrivende som er foretak etter konkurransereglene vil samarbeidsforbudet utgjøre et stort hinder for å kunne forbedre sine arbeidsvilkår kollektivt. Når de inngår tariffavtaler vil forbudet komme til anvendelse på alle sider av avtalen. Både mellom de selvstendig næringsdrivende og når flere selvstendig næringsdrivende inngår avtale med en oppdragsgiver eller en arbeidsgiverforening. Dette gjør at situasjonen i utgangspunktet er nokså fastlåst for selvstendig næringsdrivende. Som redegjort for i

---

<sup>98</sup> Waas (2021) s. 26-27.

<sup>99</sup> Opinion of Advocate General Wahl on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media avsnitt 35.

<sup>100</sup> Opinion of Advocate General Wahl on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media avsnitt 56.

punkt 3.3 er det innfortolket et bagatellunntak i forbudsregelen. Dette kunne vært en mulig utvei for selvstendig næringsdrivende, men dette unntaket gjelder som nevnt ikke for samarbeid med konkurransebegrensende formål. Og det er noe som ofte vil være tilfelle ved inngåelse av kollektive avtaler. Samtidig vil anvendelsen av dette unntaket bero på hvordan man avgrenser det relevante markedet for de ulike selvstendig næringsdrivende. Det er derfor ikke mulig å gi noe generelt svar på hvilken betydning unntaket kan få i praksis.

## 4 Kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende

### 4.1 Introduksjon

Som vist over vil selvstendig næringsdrivende være forhindret fra å forhandle kollektivt på grunn av konkurransereglene. I denne delen skal jeg undersøke om selvstendig næringsdrivende likevel har en mulighet og eventuelt en rett til å forhandle kollektivt. For å svare på dette vil jeg undersøke ulike grunnlag. Først skal jeg se på tariffunntaket og dets rekkevidde, deretter begrepet «false self-employed» og til slutt menneskerettighetene.<sup>101</sup>

### 4.2 Tariffunntak og «false self-employed»

#### 4.2.1 Norsk rett og EØS-retten

I norsk rett fremgår det et lovfestet tariffunntak av konkurranseloven § 3 hvor det heter at «[l]oven gjelder ikke for arbeids- og ansettelsesvilkår». I forarbeidene til dagens konkurranselov fremgår det at unntaket er en videreføring av unntaket som fulgte av konkurranseloven § 1-3 fra 1993.<sup>102</sup> Det følger videre av forarbeidene at unntaket i den tidligere konkurranseloven er tolket og anvendt slik at det kun omfatter de sider ved en arbeidsavtale som direkte regulerer lønns- og arbeidsvilkår.<sup>103</sup> Andre forhold faller utenfor og kan derfor rammes av forbudsregelen. Dette viser at man i norsk rett har hatt et selvstendig og særregulert unntak for avtaler om arbeidsvilkår før harmoniseringen med EU- og EØS-retten ved vedtakelse av ny konkurranselov i 2004. Det følger av forarbeidene at det opprinnelige unntaket i § 1-3 var i tråd med det som fulgte av EU- og EØS-retten, men for å bedre reflektere EU- og EØS-retten endret man ordlyden i den nye konkurranselovens § 3.<sup>104</sup> I forarbeidene ble det uttalt at lovfestingen av unntaket i den nye konkurranseloven i utgangspunktet var unødvendig fordi et unntak uansett

---

<sup>101</sup> Det kan også vises til Wouters-doktrinen (case C-309/99 Wouters) som går ut på at samarbeid som kan anses nødvendig for å nå et legitimt formål kan unntas forbudsregelen, jf. Arnesen (2018) s. 545-546. På grunn av omfangsbegrensninger vil jeg imidlertid ikke behandle denne doktrinen nærmere.

<sup>102</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 221.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 221.

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 221-222.

fulgte av EU- og EØS-retten som konkurranseloven nå skulle harmoniseres med, men man valgte likevel å la unntaket fremgå av loven på grunn av hensynet til klarhet.<sup>105</sup>

I EØS-retten har man ikke noe lovfestet unntak slik som i konkurranseloven. Unntak følger imidlertid av rettspraksis, og spørsmålet om tariffunntak kom for første gang opp i LO-saken<sup>106</sup> og senere i Holship-saken<sup>107</sup> som begge er rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen. I LO-saken viste EFTA-domstolen til EU-rettspraksis hvor det var etablert et tariffunntak fra TEUV artikkel 101 gjennom Albany-saken<sup>108</sup>. EFTA-domstolen kom på bakgrunn av en harmoniserende tolkning med EU-retten til at tilsvarende unntak også måtte gjelde for EØS-retten.<sup>109</sup>

#### 4.2.2 Albany-unntaket

Tariffunntaket som gjelder i EU-retten ble etablert av EU-domstolen i Albany-saken. Albany-saken handlet i korte trekk om en tariffavtale mellom arbeidsgiverorganisasjoner og fagforeninger som innebar opprettelse av et pensjonsfond, og hvor dette etter ordre fra arbeids- og sosialministeren ble gjort obligatorisk for arbeidsgiverne.<sup>110</sup> Albany, som var et av selskapene som var bundet av tariffavtalen, ønsket å bli unntatt fra ordningen, men ble nektet fritak.<sup>111</sup> På bakgrunn av nektelsen gikk selskapet til sak for nederlandske domstoler, og en av anførselene var at obligatorisk tilslutning til tariffavtalen var i strid med forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid.<sup>112</sup>

Når saken kom opp for EU-domstolen uttalte den at kollektive avtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden har en iboende konkurransebegrensende virkning.<sup>113</sup> Domstolen uttalte videre at dersom tariffavtaler ble underlagt virkeområdet til forbudsregelen ville det undergravd formålet med slike avtaler, som er å forbedre arbeidsforholdene til arbeidstakere.<sup>114</sup> På bakgrunn av disse hensynene kom domstolen til at avtaler mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden som går ut på å forbedre arbeidstakernes arbeidsforhold faller utenfor virkeområdet til forbudsbestemmelsen.<sup>115</sup> Det er dette som utgjør det såkalte «Albany-unntaket», og det oppstilles

---

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 222.

<sup>106</sup> Sak E-8/00 LO.

<sup>107</sup> Sak E-14/15 Holship.

<sup>108</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.

<sup>109</sup> Sak E-8/00 LO avsnitt 38-44.

<sup>110</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 25.

<sup>111</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 29.

<sup>112</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 47-49.

<sup>113</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 59.

<sup>114</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 59.

<sup>115</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 59 og 60 og case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 22.

her to kumulative vilkår. For det første må avtalen være inngått mellom foreninger som representerer arbeidsgiver- og arbeidstakersiden, og for det andre må den kollektive avtalen gå ut på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår.<sup>116</sup> Som vist i punkt 3.4 er det organiseringen på arbeidsgiversiden som er problematisk med hensyn til konkurransereglene, og det er dette Albany-unntaket søker å løse for ikke å undergrave formålet med kollektive avtaler. Ved å stille som vilkår at avtalen må gå ut på å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår unngår man at det kan brukes som smutthull for å avtale andre forhold mellom foretak. Dersom kollektive avtaler regulerer andre forhold enn forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår vil de være omfattet av konkurransereglene. Det kan derfor tenkes situasjoner der deler av en avtale omfattes av tariff-unntaket og andre deler ikke.<sup>117</sup>

#### 4.2.3 Selvstendig næringsdrivende og tariffunntaket

Albany-unntaket er i utgangspunktet bare relevant for avtaler mellom arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. Dette gjelder også for unntaket i konkurranseloven § 2 og EØS-retten ettersom de skal tolkes i lys av unntaket utviklet av EU-domstolen.<sup>118</sup> Ettersom selvstendig næringsdrivende er foretak vil de ikke kunne oppfylle det første vilkåret i Albany-unntaket, noe EU-domstolen har fremholdt i flere saker.<sup>119</sup> Begrunnelsen for denne konklusjonen er at EU-traktatene ikke inneholder noen bestemmelser som oppfordrer til kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende slik de gjør for arbeidstakere.<sup>120</sup> Ettersom Albany-unntaket ble dannet med grunnlag i de sosiale hensynene som fremgikk av traktaten, hadde ikke det overføringsverdi for selvstendig næringsdrivende, da traktaten var taus om dem.

Den rettslige konsekvensen av at selvstendig næringsdrivende ikke oppfyller det første vilkåret i Albany-unntaket er at sammenslutninger av selvstendig næringsdrivende og fagforeninger med både selvstendig næringsdrivende og arbeidstakere som utgangspunkt ikke kan påberope seg tariffunntaket i forbindelse med kollektive forhandlinger. Som det følger av dette løser ikke tariffunntaket utfordringene til selvstendig næringsdrivende.

---

<sup>116</sup> Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie avsnitt 59 og 60.

<sup>117</sup> EFTA-domstolen la det til grunn i sak E-8/00 LO avsnitt 51.

<sup>118</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) s. 222 og sak E-8/00 LO avsnitt 38-44.

<sup>119</sup> Se blant annet joined cases C-180/98 to C-184/98 Pavel Pavlov et al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten avsnitt 67-70 og case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 30.

<sup>120</sup> Joined cases C-180/98 to C-184/98 Pavel Pavlov et al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten avsnitt 69 og case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 29.

#### 4.2.4 «False self-employed»

I utgangspunktet er det vilkår nummer to i Albany-unntaket som kan by på utfordringer i praksis, mens det første i utgangspunktet byr på mindre problemer.<sup>121</sup> Det første vilkåret ble imidlertid viet stor oppmerksomhet i FNV Kunsten-saken,<sup>122</sup> og denne saken har bidratt til å avklare hvordan det første vilkåret i Albany-unntaket skal forstås.<sup>123</sup> I FNV Kunsten-saken var det inngått en tariffavtale mellom to fagforeninger The FNV Kunsten Informatie en Media. (FNV) og The Netherlands Musicians' Union (NMU) og arbeidsgiverforeningen The Association of Foundations for Substitutes in Dutch Orchestras (AFSD) om minstehonorar.<sup>124</sup> I FNV var medlemmene både ansatte musikere og selvstendige vikarer. Samme år uttrykte konkurransemyndighetene i Nederland i et refleksjonsdokument at tariffavtaler som inkluderer selvstendig næringsdrivende er i strid med forbudsregelen.<sup>125</sup> På bakgrunn av dette valgte NMU og AFSD å avslutte avtalen.<sup>126</sup> Som følge av det brakte FNV saken inn for domstolene i Nederland som videre forela spørsmålet for EU-domstolen.

Overfor EU-domstolen var det reist to spørsmål, hvorav det første var om bestemmelsene som angikk vikarene falt utenfor forbudsregelen i TEUV artikkel 101. Gitt benektende svar på det første spørsmålet, var det andre spørsmålet om bestemmelsene falt utenfor virkeområdet til forbudsregelen dersom de også hadde til formål å forbedre arbeidsvilkårene til de ansatte musikere.<sup>127</sup> Da EU-domstolen tok stilling til disse spørsmålene ble de i stedet behandlet som ett spørsmål, og hvor det sentrale var hvorvidt en tariffavtale som fastsetter minimumshonorar for selvstendig næringsdrivende som utfører samme arbeid som arbeidstakere faller utenfor forbudsregelen.<sup>128</sup>

I saken fremholdt EU-domstolen med henvisning til tidligere rettspraksis at de selvstendig næringsdrivende var å regne som foretak etter TEUV artikkel 101.<sup>129</sup> Dette fordi de tilbød tjenester mot godtgjørelse til markedet og utførte denne aktiviteten som selvstendige økonomiske enheter i relasjon til deres oppdragsgiver.<sup>130</sup> På bakgrunn av dette fremholdt domstolen at en fagforening med medlemmer som både er arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, regnes som

---

<sup>121</sup> Nordling (2015) s. 40.

<sup>122</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden.

<sup>123</sup> Nordling (2015) s. 47.

<sup>124</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 7 og 8.

<sup>125</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 10.

<sup>126</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 11.

<sup>127</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 16 (begge spørsmålene fremgår av dette avsnittet).

<sup>128</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 21.

<sup>129</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 27.

<sup>130</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 27 med videre henvisninger.



en sammenslutning av foretak når den handler på vegne av de selvstendig næringsdrivende.<sup>131</sup> Noe som betød at slike fagforeninger falt utenfor tariffunntaket.<sup>132</sup>

Domstolen avsluttet imidlertid ikke saken der, og innførte begrepet «false self-employed». Med «false self-employed» menes en selvstendig næringsdrivende som er i en sammenliknbar situasjon som arbeidstakere og som oppfyller visse kriterier.<sup>133</sup> Rettsvirkningen av å bli omfattet av dette begrepet er at man vil oppfylle det første vilkåret i tariffunntaket, og dermed falle utenfor virkeområdet til TEUV artikkel 101. I juridisk teori har dette blitt tolket som en innsnevring av foretaksbegrepet.<sup>134</sup>

Når det gjaldt den konkrete vurderingen av hva som skal til for å bli omfattet av begrepet uttalte domstolen først at «in today's economy it is not always easy to establish the status of some self-employed contractors as 'undertakings', such as the substitutes at issue in the main proceedings».<sup>135</sup> Deretter viste domstolen til rettspraksis som illustrerer at en selvstendig næringsdrivende kan miste sin status som selvstendig, og også som foretak, dersom den ikke bestemmer sin egen adferd på markedet, og er helt avhengig av oppdragsgiver ved at den ikke bærer økonomisk eller kommersiell risiko.<sup>136</sup> Andre sentrale momenter fra rettspraksis som ble trukket frem er hvorvidt den selvstendig næringsdrivende har frihet til å bestemme arbeidstid, arbeidssted og innholdet i arbeidsoppgavene.<sup>137</sup> Samt at vedkommende så lenge den utøver arbeid for oppdragsgiveren, utgjør en integrert del av oppdragsgivers foretak.<sup>138</sup> Det overordnede vurderingstema er følgelig hvorvidt den selvstendig næringsdrivende er i en sammenliknbar situasjon som arbeidstakere.<sup>139</sup> I tillegg må vedkommende være medlem av en fagforening og utføre samme arbeid som andre organiserte arbeidstakere under den samme arbeidsgiver.<sup>140</sup>

Som det følger av vurderingsmomentene må det gjøres en konkret vurdering ut fra de rettslige og økonomiske forholdene, og vurderingen vil variere fra sak til sak. Terskelen synes etter dommen å være nokså høy noe som underbygges av ordlyden «false self-employed», som gir

---

<sup>131</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 28.

<sup>132</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 30.

<sup>133</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 31 og 42.

<sup>134</sup> Hjelmeng (2016) s. 324.

<sup>135</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 32.

<sup>136</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 33 med henvisning til case C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v Compañía Española de Petróleos SA avsnitt 43 og 44.

<sup>137</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 36 og 37 med henvisning til case C-256/01 Debra Allonby v Accrington & Rossendale College et al. avsnitt 72.

<sup>138</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 36.

<sup>139</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 36, 37 og 42.

<sup>140</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 42.

inntrykk av at det i praksis vil være feilklassifiserte arbeidstakere som omfattes. Skulle man være omfattet av begrepet slik at første vilkår i Albany-unntaket blir oppfylt, må man i tillegg gjøre en vurdering av hvorvidt tariffavtalens innhold oppfyller det andre vilkåret.

#### 4.2.5 Konklusjon

Etter dagens rettstilstand under konkurransereglene kan ikke selvstendig næringsdrivende påberope seg tariffunntaket, dette er som nevnt forbeholdt arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. FNV kunstner-saken med sitt «false self-employed»-begrep åpner for at visse selvstendig næringsdrivende kan forhandle kollektivt uten å bli omfattet av samarbeidsforbudet, forutsatt at disse anses som «false self-employed». Etter min mening skaper avgjørelsen imidlertid lite forutsigbarhet med hensyn til hva som skal til for å bli ansett som «false self-employed». Kriteriene fremstår uklare, og de er i tillegg nokså åpne. For personer som mener at de er «false self-employed» kan det derfor være ressurskrevende å avklare om de omfattes av begrepet, eventuelt ved å få prøvd sin stilling i domstolen. Dette medfører at begrepet ikke nødvendigvis er praktisk å påberope seg. I tillegg kan det føles risikabelt å delta i kollektive forhandlinger før man er helt sikker på sin status, ettersom man risikerer bøter dersom man ikke omfattes av «false self-employed»-begrepet. En mulig konsekvens av dette er at selvstendig næringsdrivende som egentlig er «false self-employed» avstår fra kollektive forhandlinger, selv om de egentlig er berettiget til det. Som det følger av dette gir ikke «false self-employed»-begrepet en fullgod løsning for selvstendig næringsdrivende.

### 4.3 Menneskerettighetene

#### 4.3.1 Introduksjon

I det følgende vil jeg vurdere om de ulike menneskerettighetsgrunnlagene som har betydning i norsk rett åpner for at selvstendig næringsdrivende kan forhandle kollektivt. Deretter vil jeg se på hvordan menneskerettighetene skal avstemmes mot konkurransereglene, og kort om hvilken betydning det kan få at menneskerettighetene har fått større plass i EU-retten.

#### 4.3.2 Rettsgrunnlagene

Norge er bundet av flere internasjonale konvensjoner som gir rettigheter for arbeidstakere og andre. Mest sentrale for dette tema er ILO nr. 98, ESP og EMK.<sup>141</sup> Videre har Norge inntatt en bestemmelse om foreningsrett i Grunnloven § 101. Det er derfor disse rettsgrunnlagene som vil bli behandlet i det videre.

---

<sup>141</sup> Se definisjonene i punkt 1.3.

#### 4.3.2.1 ILO nr. 98 og ESP

Norge har ratifisert både ILO nr. 98 og ESP, og etter begge disse rettsgrunnlagene gjelder det i dag en rett for selvstendig næringsdrivende til å forhandle kollektivt. Etter ESP må det imidlertid avgrenses mot genuint selvstendig næringsdrivende.<sup>142</sup> ILOs Ekspertkomité (CEACR) og ILOs Organisasjonsfrihetskomité (CFA) har begge slått fast at selvstendig næringsdrivende har rett til å forhandle kollektivt etter ILO nr. 98.<sup>143</sup> Når det gjelder ESP ble spørsmålet om rett til å forhandle kollektivt for selvstendig næringsdrivende vurdert i en klagesak i 2018 mellom Irish Congress of Trade Unions (ICTU) og Irland<sup>144</sup>. Saken gikk i korte trekk ut på at ICTU mente at Irland krenket ESP artikkel 6 ettersom konkurransetilsynet i Irland hadde fattet en avgjørelse mot selvstendige skuespillere som gikk ut på at de brøt konkurransereglene.<sup>145</sup> Det irske konkurransetilsynets beslutning var begrunnet i at de anså skuespillerne som foretak, og at avtaler om minstebetaling derfor ble ansett som konkurransebegrensende samarbeid. I saken ble det lagt til grunn at retten til kollektiv forhandling etter ESP artikkel 6 nr. 2 også skal gjelde for selvstendig oppdragstakere.<sup>146</sup> Komiteen fremholdt blant annet at endringer i arbeidslivet må tas i betraktning når man avgjør virkeområdet til artikkel 6 nr. 2 med hensyn til selvstendig næringsdrivende.<sup>147</sup> Komiteen tok ikke endelig stilling til hvilke kategorier av selvstendig næringsdrivende som er omfattet av artikkel 6 nr. 2, men uttalte at et generelt forbud mot kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende vil være i strid med formålet med bestemmelsen.<sup>148</sup>

#### 4.3.2.2 EMK og Grunnloven

EMK er inkorporert i menneskerettsloven og med det gjort til norsk lov, jf. § 2 og er i tillegg gitt forrang foran alminnelig lov, jf. § 3. Etter EMK artikkel 11 har «enhver» rett til «å danne og slutte seg til fagforeninger for å verne sine interesser». Grunnloven § 101 hjemler en tilsvarende rett som EMK artikkel 11 og ordlyden er inspirert av denne slik at denne også gjelder for «enhver». Flere av artiklene i EMK er folkerettslige forbilder for de tilsvarende

---

<sup>142</sup> ICTU v. Ireland avsnitt 99.

<sup>143</sup> ILOs Ekspertkomité (CEACR) (2012) avsnitt 209 på side 85 og ILOs Organisasjonsfrihetskomité (CFA) (2018) avsnitt 387 på side 70.

<sup>144</sup> ICTU v. Ireland.

<sup>145</sup> ICTU v. Ireland avsnitt 2.

<sup>146</sup> ICTU v. Ireland avsnitt 35-40

<sup>147</sup> ICTU v. Ireland avsnitt 37.

<sup>148</sup> ICTU v. Ireland avsnitt 40.

menneskerettighetene i Grunnloven kapittel E, og disse skal på bakgrunn av dette tolkes i lys av EMK.<sup>149</sup> For EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101 er dette særskilt slått fast i Holship-saken.<sup>150</sup>

Ordlyden «enhver» i de to bestemmelsene tilsier at retten gjelder for alle, og at den ikke er begrenset til visse tilknytningsformer. Dette betyr at også selvstendig næringsdrivende personer som utgangspunkt omfattes.<sup>151</sup> Når det gjelder innholdet i retten fremgår det av EMK artikkel 11 at enhver har rett til «å danne og slutte seg til» fagforeninger «for å verne sine interesser». Ordlyden i Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11 gir uttrykk for kjernen i foreningsretten, som er å kunne gå sammen, men hva som nærmere ligger i denne retten kan ikke leses av den nokså åpne ordlyden «for å verne sine interesser». Ser man isolert på ordlyden kan det være uklart om man av dette kan utlede en rett til å forhandle kollektivt, og dette må derfor utledes fra rettspraksis.

#### 4.3.3 Kollektiv forhandlingsrett for selvstendig næringsdrivende etter EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101?

I storkammerdommen *Demir og Baykara mot Tyrkia*<sup>152</sup> som gikk for EMD i 2008 fikk man svar på om kollektive forhandlinger omfattes av EMK artikkel 11. Domstolen viste først til tidligere uttalelser i *Swedish Engine Drivers' Union mot Sverige*<sup>153</sup> og *Schmidt og Dahlström mot Sverige*<sup>154</sup> hvor de hadde fremholdt at EMK artikkel 11 ikke omfattet retten til kollektive forhandlinger og at retten til kollektive forhandlinger ikke kunne anses som en iboende del av noen rettighet under konvensjonen.<sup>155</sup> Deretter foretok domstolen en større vurdering, hvor de blant annet fremhevet at konvensjonen er et levende instrument.<sup>156</sup> I vurderingen så de på bestemmelsen i lys av andre internasjonale konvensjoner som ILO nr. 98 og 151 og ESP som alle hjemler en rett til kollektive forhandlinger.<sup>157</sup> Etter denne vurderingen kom domstolen til at retten til kollektive forhandlinger nå måtte anses omfattet av foreningsretten etter EMK artikkel 11.<sup>158</sup> Etter dette har man derfor fått fastslått at kollektive forhandlinger er omfattet av EMK artikkel 11. Etersom Grunnloven § 101 skal tolkes i lys av EMK artikkel 11, er det naturlig å

---

<sup>149</sup> Rt-2015-93 (57).

<sup>150</sup> HR-2016-2554-P (81).

<sup>151</sup> Se også *Manole and "Romanian Farmers Direct" v. Romania* som omhandler selvstendige bønder.

<sup>152</sup> *Demir and Baykara v Turkey*.

<sup>153</sup> *Swedish Engine Drivers' Union v Sweden* avsnitt 39.

<sup>154</sup> *Schmidt and Dahlström v Sweden* avsnitt 34.

<sup>155</sup> *Demir and Baykara v Turkey* avsnitt 142.

<sup>156</sup> *Demir and Baykara v Turkey* avsnitt 146-154.

<sup>157</sup> *Demir and Baykara v Turkey* avsnitt 147-153.

<sup>158</sup> *Demir and Baykara v Turkey* avsnitt 154.

legge til grunn at dette også gjelder etter denne. Det neste spørsmålet blir da hvem som skal anses omfattet av denne retten.

Ettersom EMK artikkel 11 gjelder for enhver og EMD har slått fast at retten til kollektive forhandlinger følger av denne kunne det vært naturlig å trekke den slutning at selvstendig næringsdrivende kan påberope seg EMK artikkel 11 for å hjemle sin rett til kollektive forhandlinger.<sup>159</sup> Det må imidlertid vurderes om denne slutningen kan forsvares i lys av EMDs praksis.

I *Demir og Baykara mot Tyrkia*, der domstolen anerkjente retten til kollektive forhandlinger som en del av EMK artikkel 11 ble det uttalt at «the right to bargain collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the “right to form and to join trade unions for the protection of [one’s] interests” set forth in Article 11 of the Convention [...]. Like other *workers*, civil servants, except in very specific cases, should enjoy such rights».<sup>160</sup> Som det følger av uttalelsen er det «workers» som har rett til å forhandle kollektivt etter EMK artikkel 11. Dette kan tas til inntekt for at retten er begrenset til arbeidstakere og deres fagforeninger, samt offentlige tjenestepersoner som var tilfelle i denne saken. Det kan tale for at selvstendig næringsdrivende ikke kan påberope seg EMK artikkel 11 som grunnlag for å forhandle kollektivt. Hotvedt diskuterer i sin artikkel rekkevidden av begrepet «workers»,<sup>161</sup> av hensyn til oppgavens omfang avgrenses det mot en vurdering av dette her.

Det er i dag uavklart om EMK artikkel 11 hjemler en rett til kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende. Det kan imidlertid vurderes om utviklingen av andre menneskerettsgrunnlag nå tilsier at EMK artikkel 11 også omfatter en kollektiv forhandlingsrett for selvstendig næringsdrivende.<sup>162</sup> EMDs konklusjon i saken *Demir og Baykara mot Tyrkia* over var som nevnt et resultat av en dynamisk tolkning i lys av blant annet ESP og ILO nr. 98.<sup>163</sup> Dette er rettskilder som EMD har lagt vekt på ved flere anledninger tidligere ved anvendelse og utvidelse av vernet etter EMK artikkel 11.<sup>164</sup> I lys av utviklingen av ILO nr. 98 og ESP til å omfatte selvstendig næringsdrivende, kan det tenkes at EMD vil følge etter. Inntil EMD slår det endelig fast vil imidlertid situasjonen være uavklart. Dersom EMD skulle komme til at selvstendig næringsdrivende kan påberope seg EMK artikkel 11, kan det tenkes at de ville avgrenset mot genuint selvstendig næringsdrivende slik som etter ESP og som det også er gjort i de foreslåtte retningslinjene som behandles i del 5.

---

<sup>159</sup> Dette fremholder også Bekkedal (2021) upublisert utgave sitert i NOU 2021: 9 side 202.

<sup>160</sup> *Demir and Baykara v Turkey* avsnitt 154 [min kursivering].

<sup>161</sup> Hotvedt (2020) punkt 5.

<sup>162</sup> Hotvedt diskuterer også dette i sin artikkel Hotvedt (2020) særlig punkt 5.

<sup>163</sup> Hotvedt (2020) side. 9.

<sup>164</sup> Se bla. *RMT v. United Kingdom*.

For norsk retts vedkommende vil praksis fra håndhevingsorganene til ESP og ILO også være relevant som følge av presumsjonsprinsippet.<sup>165</sup> Videre vil norske rettsanvendere måtte se til praksis fra ILO og ESP når de anvender EMK, slik EMD gjør.<sup>166</sup> Det er imidlertid opp til EMD å avklare det endelige innholdet i EMK da det er EMD som har primæransvaret for utviklingen av EMK.<sup>167</sup> Men der EMD ikke har avgjort et lignende spørsmål må Høyesterett selv søke å løse saken på samme måte som EMD ville gjort.<sup>168</sup>

#### 4.3.4 Forholdet mellom konkurransereglene og menneskerettighetene

I den grad de ulike menneskerettighetsgrunnlagene gir selvstendig næringsdrivende rett til å forhandle kollektivt kan det stilles spørsmål om hvordan disse skal avstemmes mot konkurransereglene som i utgangspunktet forbyr slikt samarbeid.

I vurderingen i det videre skiller jeg mellom to situasjoner. Konkurranseloven § 10 gjelder som nevnt både når en handling har eller er egnet til å ha virkning i Norge, jf. konkurranseloven § 5 og når handlingen kan ha virkning på samhandelen i EØS, jf. EØS-konkurranseloven § 7. EØS-avtalen artikkel 53 får kun anvendelse når en handling kan ha virkning på samhandelen i EØS. Jeg vil derfor først se på hvordan reglene skal avstemmes der en handling kun har virkning i Norge, før jeg ser på situasjonen der også samhandelen i EØS kan være påvirket.

##### 4.3.4.1 Konkurranseloven § 10

De ulike menneskerettsgrunnlagene som er behandlet har ulik plass i norsk rettskildhierarki. Norge har ratifisert flere av ILOs kjernekonvensjoner, og er forpliktet til å oppfylle forpliktelsene som følger av disse ved å tilpasse lovverk og praksis.<sup>169</sup> ILO nr. 98 er ikke inkorporert i norsk rett, men er innarbeidet gjennom passiv og aktiv transformasjon.<sup>170</sup> Ved motstrid med konkurranseloven må det søkes å oppnå et tolkningsresultat som gjør at man unngår konflikt, slik det følger av presumsjonsprinsippet.<sup>171</sup> Dette kan imidlertid være vanskelig ettersom ILO og ESP er rettighetsbestemmelser og konkurranseloven § 10 er en forbudsbestemmelse. Der harmoniserende tolkning ikke er mulig og det erklæres motstrid er utgangspunktet at folkerettslige forpliktelser som ikke er inkorporert må stå tilbake for norsk lov.<sup>172</sup> Dette tilsier derfor at

---

<sup>165</sup> Hotvedt (2020) s. 9 og 40-41.

<sup>166</sup> Hotvedt (2020) s. 9 og 41.

<sup>167</sup> Rt-2000-996 s. 1007 og Ruud (2018) s. 66.

<sup>168</sup> Se f.eks. Rt-2005-833 (45) og Ruud (2018) s. 66.

<sup>169</sup> Arnesen og Ellingsen (u.å.) side 7.

<sup>170</sup> Arnesen og Ellingsen (u.å.) side 7.

<sup>171</sup> Ruud (2018) s. 68.

<sup>172</sup> HR-2016-296-A (44).

de må stå tilbake for konkurranseloven. Følgelig vil konkurranseloven som et utgangspunkt gå foran ILO nr. 98 og ESP.

Dersom EMD slår fast at retten til å forhandle kollektivt etter EMK artikkel 11 også skal gjelde for selvstendig næringsdrivende, og tilsvarende blir innfortolket i Grunnloven § 101,<sup>173</sup> kan det bli spørsmål om hvordan dette skal avstemmes mot konkurranseloven § 10.

Både Grunnloven og EMK-rettighetene som er inkorporert i menneskerettsloven skal gå foran all annen lovgivning som følger av henholdsvis *lex superior*-prinsippet<sup>174</sup> og menneskerettsloven § 3. Dette innebærer at konkurranseloven som utgangspunkt må stå tilbake for disse ved motstrid. Rettighetene som følger av Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11 er imidlertid ikke absolutte rettigheter, noe som betyr at det kan gjøres inngrep i disse. I EMK artikkel 11 følger inngrepsadgangen av andre ledd, og for Grunnloven § 101 er det innfortolket en tilsvarende inngrepshjemmel til tross for at det ikke følger av ordlyden.<sup>175</sup> Det følger av EMK artikkel 11 andre ledd at inngrep må ha hjemmel i lov, og være «nødvendig i et demokratisk samfunn» eller «for å beskytte andres rettigheter og friheter». Konkurranseloven vil oppfylle kravet til lovhjemmel, og vurderingstema blir da om inngrepet i retten til kollektive forhandlinger er «nødvendig i et demokratisk samfunn» eller «for å beskytte andres rettigheter og friheter».

#### 4.3.4.2 EØS-avtalen artikkel 53

Som fremholdt over skal EØS-avtalen artikkel 53 anvendes parallelt med konkurranseloven § 10 når en handling kan ha påvirkning på samhandelen i EØS, jf. EØS-konkurranseloven § 7. At samhandelen kan påvirkes som følge av kollektive forhandlinger er Holship-saken et eksempel på.<sup>176</sup> Etersom avstemmingen for konkurranseloven § 10 er redegjort for i forrige punkt, vil jeg her se på hvordan EØS-avtalen artikkel 53 skal avstemmes mot menneskerettighetene.

Når det gjelder forholdet mellom ILO og EØS-avtalen har Høyesterett slått fast at ILO må stå tilbake for EØS-avtalen som følge av rettskilderangen EØS-avtalen har etter EØS-loven § 2.<sup>177</sup> Tilsvarende må også bli løsningen for ESP, som heller ikke er inkorporert i norsk rett.<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> Ved fastleggelsen av innholdet i Grunnloven § 101 skal det tas utgangspunkt i EMK artikkel 11, jf. HR-2016-2554-P (80 og 81).

<sup>174</sup> Se også HR-2016-2554-P (80).

<sup>175</sup> HR-2016-2554-P (81).

<sup>176</sup> Sak E-14/15 Holship avsnitt 59.

<sup>177</sup> HR-2016-2554-P (124).

<sup>178</sup> HR-2016-296-A (54) og Arnesen og Ellingsen (u.å.) s. 32.

Ved konflikt mellom EØS-avtalen på den ene siden og Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11 på den andre siden kan imidlertid avstemmingen by på utfordringer på grunn av deres plassering i lovshierarkiet. I det følgende vil jeg vurdere hvordan denne konflikten eventuelt kan løses basert på rettspraksis om forholdet mellom Grunnloven, EMK og EØS.

I likhet med konflikten mellom Grunnloven og konkurranseloven vil også Grunnloven som utgangspunkt gå foran EØS-avtalen da den har høyere rang.<sup>179</sup> Men likevel slik at det kan gjøres inngrep som vist over.<sup>180</sup> Da Høyesterett tok stilling til etableringsretten i EØS-avtalen artikkel 31 mot EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101 i Holship-saken anvendte Høyesterett en balanse-test fremfor å gi Grunnloven forrang.<sup>181</sup> Denne løsningen avviker fra lex superior-prinsippet. Her ble rettighetene som fulgte av Grunnloven og EØS-avtalen balansert mot hverandre som likeverdige, fremfor å la Grunnloven gå foran som hovedregel og deretter vurdere et eventuelt inngrep.

Når det gjelder konflikt mellom EØS-avtalen og EMK er ikke løsningen helt opplagt da de i norsk rett har samme rang. For EØS-avtalen følger det av EØS-loven § 2 som gjennomfører EØS-avtalen protokoll 35, og for EMK følger det av menneskerettsloven § 3, jf. § 2. Etter disse bestemmelsene skal både EØS-avtalen og EMK gå foran all annen alminnelig lovgivning, og konflikt mellom disse rettsgrunnlagene vil derfor ikke kunne løses ved bruk av for eksempel lex posterior-prinsippet.<sup>182</sup> Ved å la forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 ubetinget gå foran EØS-loven § 2 kan det medføre et brudd på EØS-avtalen protokoll 35.<sup>183</sup> Etter EØS-avtalen protokoll 35 er EFTA-statene forpliktet til å sørge for at EØS-regler går foran dersom det skulle oppstå konflikt mellom gjennomførte EØS-regler og andre lovregler. Hvordan de to bestemmelsene er gjennomført i norsk rett løser imidlertid ikke problemet knyttet til de folkerettslige forpliktelsene, og man må da se hvordan domstolene som håndhever disse rettsgrunnlagene løser dette på et folkerettslig plan.

I Holship-saken som er nevnt over var saken innom både Høyesterett<sup>184</sup>, EFTA-domstolen<sup>185</sup> og EMD,<sup>186</sup> hvor alle vurderte spørsmålet om motstrid mellom EØS og EMK. Ved behandlingen brukte de tre domstolene tre ulike metoder for å løse konflikten. I den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen løste de konflikten ved å holde opp retten til fri bevegelighet som

---

<sup>179</sup> Dette følger av lex superior-prinsippet og ble fremholdt av Høyesterett i HR-2016-2554-P (80).

<sup>180</sup> HR-2016-2554-P (81).

<sup>181</sup> HR-2016-2554-P (86).

<sup>182</sup> Arnesen (2015) s. 135.

<sup>183</sup> Arnesen og Ellingsen (u.å.) s. 68.

<sup>184</sup> HR-2016-2554-P.

<sup>185</sup> Sak E-14/15 Holship.

<sup>186</sup> LO and NTF v. Norway.



en hovedregel, og hvorpå de fremholdt at menneskerettighetene kan åpne for inngrep dersom det foreligger tvingende allmenne hensyn.<sup>187</sup> Her fulgte de opp tilnærmingen fra EU-domstolen i Viking Line- og Laval-sakene<sup>188</sup>, som har vært gjenstand for kritikk ettersom de gir inntrykk av at EUs fire friheter er over menneskerettighetene.<sup>189</sup> Da saken gikk for Høyesterett holdt flertallet som nevnt disse rettighetene opp mot hverandre som likestilte,<sup>190</sup> og uttalte at «man må søke å finne frem til et rimelig balansepunkt mellom disse rettighetene».<sup>191</sup> Saken ble senere klaget inn for EMD,<sup>192</sup> og her skulle EMD ta stilling til om Høyesteretts oppfyllelse av EØS-rettslige forpliktelser innebar brudd på EMK artikkel 11.<sup>193</sup> For å svare på dette anvendte de en tredje tilnærming, som gikk ut på at EMK ble holdt opp som utgangspunktet og hvor EØS-regler kunne åpne for inngrep.<sup>194</sup> I tillegg ble det uttalt at boikott var omfattet av artikkel 11,<sup>195</sup> noe som tidligere ikke var avklart. Metoden EMD anvendte er i utgangspunktet den metoden det ville vært naturlig å anvende i spørsmålet mellom Grunnloven og EØS-avtalen i henhold til lex superior-prinsippet, men som Høyesterett fravek. I den konkrete vurderingen konstaterte EMD at boikottloven ga tilstrekkelig lovhjemmel for inngrepet,<sup>196</sup> og spørsmålet var derfor om inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn etter EMK artikkel 11 andre ledd. Her innrømmet de Norge et visst skjønn, og kom til at det ikke forelå brudd.<sup>197</sup>

EMD påpekte i sin dom at Høyesterett hadde brukt en feil tilnærming når de holdt etableringsretten og foreningsretten opp som to likestilte rettigheter, og uttalte «[f]rom the perspective of Article 11 of the Convention, EEA freedom of establishment is not a counterbalancing fundamental right to freedom of association but rather one element, albeit an important one, to be taken into consideration in the assessment of proportionality under Article 11, paragraph 2. The risk just referred to is one which, while ensuring full compliance with their obligations under EEA or EU law, domestic courts must seek to avoid».<sup>198</sup> Dette gir tydelige signaler om metoden som skal anvendes ved konflikt mellom EMK og EØS-retten. Det kan derfor tenkes at Høyesterett vil benytte EMDs metode ved neste veiskille. Høyesterett har tradisjonelt vært lydhøre når det gjelder signaler fra EMD.

---

<sup>187</sup> Sak E-14/15 Holship avsnitt 121 og Bekkedal (2021) avsnitt 2.

<sup>188</sup> Case C-438/05 International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti og case C-341/05 Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.

<sup>189</sup> Bekkedal (2021) avsnitt 2.

<sup>190</sup> HR-2016-2554-P (86).

<sup>191</sup> HR-2016-2554-P (117).

<sup>192</sup> LO and NTF v. Norway.

<sup>193</sup> Ellingsen (2022) s. 583.

<sup>194</sup> Bekkedal (2021) avsnitt 4.

<sup>195</sup> LO and NTF v. Norway avsnitt 87.

<sup>196</sup> LO and NTF v. Norway avsnitt 90 og 91.

<sup>197</sup> LO and NTF v. Norway avsnitt avsnitt 119.

<sup>198</sup> LO and NTF v. Norway avsnitt 118.

Som det følger av EMDs metode kan derfor ikke EØS-retten gi grunnlag for å la være å oppfylle forpliktelsene etter EMK, med mindre det er grunnlag for inngrep i menneskerettighetene. EFTA-domstolen holder på sin side opp motsatt utgangspunkt, herunder at EU/EØS-retten er utgangspunktet og at EMK kan legitimere inngrep. Dette kan skape vanskeligheter med hensyn til hva som er riktig metode ved neste sak om konflikt mellom EMK og EU/EØS-retten. Og dette kan potensielt komme på spissen dersom foreningsretten utvides til å gi en kollektiv forhandlingsrett for selvstendig næringsdrivende, uten at rettstilstanden under konkurransereglene endres. Noe som kompliserer dette er at både etter TEUV og EMK skal rettigheter tolkes vidt, og unntak tolkes restriktivt.<sup>199</sup> Som Ellingsen skriver blir konsekvensen av dette at «the scales are loaded in favour of the right taken as the starting point of the legal analysis».<sup>200</sup> Dette betyr at valg av tilnærming kan få avgjørende betydning for utfallet.

Det må imidlertid bemerkes at i Holship-saken var fokuset på konflikten mellom foreningsretten og etableringsretten, noe som innebærer en rettighetskonflikt. Det er ikke umiddelbart gitt at resultatet ville blitt det samme dersom EØS-avtalen artikkel 53, som er en forbudsregel, ble anvendt i stedet. I saken var også EØS-avtalen artikkel 53 påberopt, men Høyesterett valgte å løse spørsmålet etter regelen om fri etableringsrett fremfor samarbeidsforbudet. Tariffunntaket var også oppe til vurdering, her stilte flertallet seg bak EFTA-domstolen som hadde slått fast at det ikke fikk anvendelse.<sup>201</sup> Mindretallet mente på sin side at tariffunntaket fikk anvendelse.<sup>202</sup> EFTA-domstolens vurdering ga også begrenset veiledning for forholdet mellom konkurranse-retten og den kollektive arbeidsretten.<sup>203</sup> På bakgrunn av dette kan det stilles spørsmål ved om metoden som ble brukt i Holship-saken egentlig er overførbart til konflikten mellom regelen om samarbeidsforbud og foreningsretten. Samarbeidsforbudet oppstiller et forbud, mens etableringsretten er en relativ rett og egner seg derfor bedre til og avveies mot andre rettigheter. Dette kan tilsi at metoden ikke blir den samme. Det kan derfor tenkes at Høyesterett i en slik konflikt ville holdt menneskerettighetene opp som et utgangspunkt, slik som EMD, og deretter vurdert om samarbeidsforbudsregelen gir grunnlag for inngrep. Inngrepsvurderingen vil her uansett kunne ha likheter med en avveiningsvurdering fordi man må gjøre en helhetsvurdering av hvilken regel som skal gå foran. Dette vil det imidlertid være opp til domstolene å avgjøre, og noen klar konklusjon kan det derfor ikke gis her.

---

<sup>199</sup> Ellingsen (2022) s. 595 med henvisning til Demir and Baykara v. Turkey avsnitt 119 og case C-36/02 Omega et al. v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn avsnitt 30.

<sup>200</sup> Ellingsen (2022) s. 595.

<sup>201</sup> HR-2016-2554-P (128).

<sup>202</sup> HR-2016-2554-P (158).

<sup>203</sup> Østerud (2017) s. 3.

#### 4.3.4.3 Konklusjon

Som vist over kan forholdet mellom konkurransereglene og menneskerettighetene by på metodiske utfordringer. For norsk rett innebærer Holship-avgjørelsen fra EMD at man nå må underordne EØS-avtalen EMK, og at man i stedet må vurdere hvorvidt bestemmelser etter EØS-avtalen gir grunnlag for inngrep i rettighetene etter EMK.<sup>204</sup> Det gjenstår å se om Høyesterett følger denne metoden ved neste veiskille. Ved å anvende metoden til EMD vil man oppfylle forpliktelsene etter EMK, men det kan innebære at man bryter EØS-avtalen.<sup>205</sup> Men som Graver videre fremholder kan det tenkes at man unngår brudd fordi flere av EMK-rettighetene er lovfestet i Grunnloven, og i EØS gjelder det ingen regler om direkte virkning og forrang.<sup>206</sup> Det gjelder blant annet foreningsretten, som denne oppgaven handler om. Det gjenstår imidlertid å se hvorvidt EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101 etter hvert utvides til å omfatte kollektive forhandlinger for selvstendig næringsdrivende. Foreløpig følger dette bare av ILO og ESP, og disse må stå tilbake for både EØS-avtalen og konkurranseloven. For selvstendig næringsdrivende innebærer dette at deres menneskerettsvern med hensyn til kollektive forhandlinger foreløpig er uavklart hva gjelder de rettsgrunnlag som er gjennomført i norsk rett. De kan påberope seg ILO nr. 98 og ESP, men de vil som vist over ha liten gjennomslagskraft fordi de ikke er inkorporert i norsk rett.

#### 4.3.4.4 Betydningen av menneskerettighetene i EU

I juridisk teori har det blitt diskutert hvilken betydning EMDs dom i Holship-saken kan ha for EU- og EØS-retten. Bekkedal tar til orde for at EU-domstolen trolig ikke vil følge EMDs metode.<sup>207</sup> Som han fremholder henger fri bevegelse og andre økonomiske rettigheter tett sammen med EU-rettens formål, og fri bevegelse er derfor en like fundamental rettighet som flere av rettighetene som følger av EMK.<sup>208</sup>

EMD har imidlertid betydning for EU-retten som følge av at Charteret om fundamentale menneskerettigheter som gjelder i EU er basert på EMK,<sup>209</sup> og etter Charterets artikkel 52 nr. 3 skal EMK anses som en minstestandard. Problemstillingen i Holship-saken med hensyn til forholdet mellom EMK og EU/EØS-retten gjelder også i EU, noe som fremgår av uttalelsene til EMD som retter seg mot både EU og EØS.<sup>210</sup> Selv om økonomiske rettigheter og hensyn står sentralt

---

<sup>204</sup> LO and NTF v. Norway avsnitt 117 og 118.

<sup>205</sup> Graver (2022) s. 13.

<sup>206</sup> Graver (2022) s. 13.

<sup>207</sup> Bekkedal (2021) avsnitt 7.

<sup>208</sup> Bekkedal (2021) avsnitt 7.

<sup>209</sup> TEU artikkel 6 nr. 3 og Charteret artikkel 52 nr. 3.

<sup>210</sup> Ellingsen (2022) s. 593-594.

i EU-retten kan det imidlertid tenkes at det kan bli et taktskifte. I juridisk teori har det blitt stilt spørsmål ved om linjen fra Viking og Laval fortsatt er rettsstilstanden i EU-retten ettersom det har skjedd mye på menneskerettsfronten i EU.<sup>211</sup> Etter ikrafttredelsen av Lisboa-traktaten i 2009 ble Charteret om fundamentale menneskerettigheter rettslig bindende og det fremgår av TEU artikkel 6 nr. 1 at Charteret skal ha samme rang som TEU og TEUV. I tillegg ble det traktatfestet i TEU artikkel 6 nr. 2 at EU skal slutte seg til EMK.

Relevant for dette tema er Charterets artikkel 28, hvor det er traktatfestet en foreningsrett. Ettersom denne traktaten har samme vekt som TEU og TEUV taler det for at foreningsretten bør ha samme vekt som de økonomiske rettighetene.<sup>212</sup> I EØS-retten er det ikke lovfestet noen menneskerettigheter, men det er utviklet individrettigheter gjennom rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen.<sup>213</sup> Disse utgjør er en del av de uskrevne prinsipper i EØS-retten.<sup>214</sup> På grunn av utviklingen og den rettslige statusen til menneskerettighetene i EU og rettighetene i EMK som er relevant for EU, kan det argumenteres for at metoden anvendt i Viking og Laval er utdatert.<sup>215</sup> Som Ellingsen fremholder vil imidlertid ikke EMDs metode være egnet for EU-retten ettersom etableringsretten og foreningsretten er likestilt i EU-retten, og det nærliggende er derfor at disse rettighetene balanseres.<sup>216</sup> I det tilfellet at EU-domstolen foretar et taktskifte bort fra at økonomiske rettigheter utgjør utgangspunktet, vil dette også være retningsgivende for EFTA-domstolen som følge av homogenitetsmålsettingen. Dette vil imidlertid være opp til domstolene å ta stilling til, og det gjenstår å se hvordan utviklingen blir. Etter min mening er løsningen som Ellingsen fremholder, om å balansere rettighetene, den som er best egnet nå som foreningsretten har samme rang som øvrige traktatbestemmelser i TEU og TEUV.

## 5 De foreslåtte retningslinjene

### 5.1 Introduksjon

Som det er redegjort for over er rettsstilstanden i dag at selvstendig næringsdrivende risikerer å komme i konflikt med forbudsregelen dersom de forsøker å forhandle kollektivt. FNV Kunsten-saken åpner for å ikke anvende forbudsregelen på personer som er «false self-employed», men vurderingstemaet er nokså uklart og det kan være krevende å påberope seg dette i praksis. I tillegg er rettsstilstanden etter Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11 foreløpig uavklart. ILO og

---

<sup>211</sup> Ellingsen (2022) s. 595-596.

<sup>212</sup> Ellingsen (2022) s. 596.

<sup>213</sup> Skoghøy (2018) s. 84.

<sup>214</sup> Sak E-14/15 Holship avsnitt 123.

<sup>215</sup> Se Ellingsen (2022) s. 596 med henvisninger.

<sup>216</sup> Ellingsen (2022) s. 597.

ESP hjemler en rett til å forhandle kollektivt, men disse må som nevnt stå tilbake for konkurransereglene. De foreslåtte retningslinjene<sup>217</sup> som skal gjennomgås i det videre har som formål å fjerne de resterende hindrene i konkurranseretten for å gi visse selvstendig næringsdrivende mulighet til å inngå tariffavtaler. I det følgende skal jeg redegjøre for innholdet i retningslinjene og hvordan de eventuelt utfyller det som følger av gjeldende rett, og til slutt vil jeg gi en vurdering av hvilken betydning de kan få i praksis og for norsk rett.

## 5.2 De «nye» selvstendig næringsdrivende og behovet for retningslinjer

Som det fremheves i retningslinjene har arbeidsmarkedet de senere årene endret seg på flere måter, blant annet gjennom fremveksten av digitale arbeidsplattformer som gjør det mulig for personer å tilby sin arbeidskraft gjennom disse.<sup>218</sup> Man ser at personer som yter tjenester og arbeider for slike plattformer gjerne er klassifisert som selvstendig næringsdrivende og ikke som arbeidstaker.<sup>219</sup> Selvstendig næringsdrivende er ikke omfattet av vernelovgivningen i Norge, og heller ikke i flere andre land,<sup>220</sup> slik som arbeidstakere. Dette skyldes at selvstendig næringsdrivende normalt ikke står i det tradisjonelle underordnings- og avhengighetsforholdet som er karakteristisk ved arbeidstakerforhold.<sup>221</sup> Selvstendig næringsdrivende er typisk ansett for å ha større innflytelse på arbeidet og avtalevilkår, samt større fleksibilitet sammenliknet med alminnelige arbeidstakere.<sup>222</sup> På bakgrunn av dette har man tradisjonelt tenkt at selvstendig næringsdrivende ikke har samme behov for beskyttelse. Som Generaladvokat Wahl fremholder i sitt forslag til avgjørelse i FNV Kunsten-saken så kompenseres den økte risikoen for selvstendig næringsdrivende med muligheten for å motta all profitt for arbeidet.<sup>223</sup>

For en del selvstendig næringsdrivende ser man at påstandene over ikke stemmer med realiteten. Flere selvstendig næringsdrivende personer opplever liten grad av innflytelse og fleksibilitet rundt tjenesteytelsen, og flere opplever ubalanse i avtaleforholdet overfor oppdragsgiver.<sup>224</sup> Videre er det noen som opplever å ikke ha noe valg når det gjelder tilknytningsformen, og de har derfor ikke mulighet til å tilknytte seg som arbeidstaker og med det bli beskyttet av vernelovgivningen som gjelder for disse.<sup>225</sup> Problemet med dette er at flere av disse utfører samme type arbeid som vanlige arbeidstakere og sammenholdt med manglende innflytelse vil de derfor

---

<sup>217</sup> C/2021/8838 final.

<sup>218</sup> C/2021/8838 final avsnitt 6.

<sup>219</sup> NOU 2017: 4 s. 10 og NOU 2021: 9 s. 113.

<sup>220</sup> OECD (2020) s. 3.

<sup>221</sup> NOU 2021: 9 side 163.

<sup>222</sup> Opinion of Advocate General Wahl on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media avsnitt 47.

<sup>223</sup> Opinion of Advocate General Wahl on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media avsnitt 45.

<sup>224</sup> OECD (2020) s. 3 og C/2021/8838 final avsnitt 7.

<sup>225</sup> Opinion of Advocate General Wahl on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media avsnitt 55.

ha et behov for beskyttelse overfor oppdragsgiver. Disse forholdene i kombinasjon med at man omfattes av konkurransereglene gjør at mange sårbare personer kommer i en enda vanskeligere posisjon ved at de ikke har mulighet til å gå sammen om å forbedre sine arbeids- og lønnsvilkår. Disse selvstendig næringsdrivende er det som av noen omtales som de «nye» selvstendig næringsdrivende<sup>226</sup>, fordi de skiller seg fra selvstendig næringsdrivende som oppfyller de mer tradisjonelle karakteristikkene som vist til i avsnittet over.

Retningslinjene som skal behandles i det følgende utgjør en del av en større tiltakspakke som skal bidra til å løse utfordringene man ser i dagens arbeidsmarked. Denne tiltakspakken inneholder i tillegg til retningslinjene et forslag til direktiv som skal forbedre arbeidsforhold for arbeidere i plattformøkonomien<sup>227</sup> og en meddelelse om å utnytte fordelene ved digitalisering for fremtidens arbeid<sup>228</sup>. Denne oppgaven er imidlertid begrenset til behandling av retningslinjene, og de øvrige deler av tiltakspakken vil derfor ikke bli behandlet.

### 5.3 Innholdet i retningslinjene

#### 5.3.1 Hvem og hva omfattes

##### 5.3.1.1 Introduksjon

I retningslinjene fremgår det av avsnitt 14 at de skal gjelde for avtaler inngått av visse kategorier av «solo self-employed persons». Med «solo self-employed persons»<sup>229</sup> menes selvstendig næringsdrivende som ikke har en arbeidskontrakt, men som er avhengig av sin personlige arbeidskraft for å yte tjenester, og som ikke har noen ansatte.<sup>230</sup> I FNV Kunsten-saken var det også tale om arbeidstakere som ikke hadde ansatte, og som var avhengig av sin arbeidskraft for å yte tjenester.<sup>231</sup> Det kan derfor gi inntrykk av at Kommisjonen følger opp FNV Kunsten-saken på dette punktet.

Kommisjonen har i retningslinjene lagt opp til to tilnæringer for avtaler inngått av selvstendig næringsdrivende. Den første tilnærmingen går ut på at avtaler inngått av visse selvstendig næringsdrivende som av ulike årsaker er i en sammenlignbar posisjon med arbeidstakere, skal holdes utenfor virkeområdet til TEUV artikkel 101. For å bli omfattet av denne tilnærmingen er det oppstilt tre kategorier, med hver sine kriterier som må være oppfylt. Ved å bli omfattet

---

<sup>226</sup> Daskalova (2018).

<sup>227</sup> COM/2021/762 final.

<sup>228</sup> COM/2021/761 final

<sup>229</sup> Heretter selvstendig næringsdrivende.

<sup>230</sup> C/2021/8838 final avsnitt 19.

<sup>231</sup> Opinion of Advocate General Wahl on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media avsnitt 50.

av en av disse kategoriene er rettsvirkningen at Kommisjonen vil anse forholdet for å falle utenfor virkeområdet til TEUV artikkel 101. Dette vil gjelde uavhengig av om vedkommende har blitt reklassifisert som arbeidstaker i nasjonal rett, og uavhengig av hvorvidt man er å regne som «false self-employed».<sup>232</sup> Her går retningslinjene lenger enn det som følger av praksis fra EU-domstolen, da man ikke trenger å oppfylle de uklare kriteriene i «false self-employed»-begrepet for å havne utenfor forbudsregelen.

Den andre tilnærmingen går ut på at Kommisjonen ikke vil gripe inn overfor avtaler der en selvstendig næringsdrivende står i en ubalansert forhandlingsposisjon med oppdragsgiveren. Denne siste tilnærmingen skiller seg fra den første fordi det ikke avklares om man omfattes av artikkel 101 i TEUV eller ikke, men dersom visse vilkår er oppfylt vil ikke Kommisjonen gripe inn.

I det følgende vil jeg redegjøre for innholdet i disse to tilnærmingene og vurdere hvordan disse utfyller det som allerede følger av rettspraksis med hensyn til unntak fra konkurransereglene. Det tas imidlertid et forbehold om at de endelige retningslinjene kan få et annet innhold etter som de jeg behandler her fortsatt er under utarbeidelse.

### *5.3.1.2 Economically dependent solo self-employed persons*

Personer som utelukkende eller primært yter sine tjenester til én oppdragsgiver vil etter retningslinjene anses som sannsynlig å være i et økonomisk avhengighetsforhold til oppdragsgiveren.<sup>233</sup> I retningslinjene fremholdes det at slike selvstendig næringsdrivende som regel ikke vil ha innflytelse over egen adferd og tilpasning i markedet, og vil anses som en integrert del av virksomheten til oppdragsgiver.<sup>234</sup> Dette er karakteristikk som ligner et arbeidstakerforhold. Vilkåret for å bli omfattet av unntaket er at vedkommende tjener minst 50 % av sine totale arbeidsinntekter fra en enkelt oppdragsgiver.<sup>235</sup>

I FNV Kunsten-saken var også økonomisk avhengighet mellom oppdragstaker og oppdragsgiver et sentralt moment. En kan derfor argumentere for at retningslinjene ikke tilfører noe nytt på dette punktet. Sentralt i denne saken var også momentet om hvorvidt vedkommende tilpasser seg selvstendig i markedet. I FNV Kunsten-saken ble det imidlertid ikke satt noe konkret terskel, og vurderingskriteriene fra saken er som nevnt relativt åpne. Retningslinjene er på sin side tydelige på hvor terskelen ligger (minst 50 %), og det vil være relativt enkelt å anvende dette

---

<sup>232</sup> C/2021/8838 final avsnitt 21.

<sup>233</sup> C/2021/8838 final avsnitt 24.

<sup>234</sup> C/2021/8838 final avsnitt 24.

<sup>235</sup> C/2021/8838 final avsnitt 25.

kriteriet i praksis da det er en fastsatt prosent. Dette gjør at det er lettere for selvstendig næringsdrivende å kunne vurdere om de faller innunder retningslinjene sammenlignet med «false self-employed»-begrepet fra FNV Kunsten-saken.

Prosenten i retningslinjene er satt relativt høyt og det kan argumenteres for at dette vil medføre at en del personer som har behov for å forhandle kollektivt ikke vil bli fanget opp på grunn av den høye terskelen. Dette er uheldig dersom en person står i et avhengighetsforhold til alle sine oppdragsgivere, men hvor vedkommende ikke tjener minst 50 % av sine inntekter fra en av disse. En del som jobber freelance tar ofte oppdrag fra flere oppdragsgivere, og er avhengig av å jobbe for flere for å få inntekter. Slike personer vil da ikke ha mulighet til å forhandle kollektivt under denne kategorien. Det kan imidlertid tenkes at vedkommende kan omfattes av noen av de andre unntakene, men det fordrer at vedkommende arbeider side om side med andre arbeidstakere eller arbeider via en digital arbeidsplattform. Dette er ikke alltid tilfelle for freelancere som utfører unike oppdrag og som for eksempel blir hyret inn fordi oppdragsgiver ikke har egne arbeidstakere som kan utføre den typen tjeneste.

#### *5.3.1.3 Solo self-employed persons working «side by side» with workers*

Den andre kategorien av selvstendig næringsdrivende som omfattes av retningslinjene er de som jobber side om side med arbeidstakere under samme oppdragsgiver, og som utfører samme eller lignende oppgaver.<sup>236</sup> Denne gruppen omfattes fordi de anses for å være i en sammenlignbar situasjon som arbeidstakere. Tjenesteytere som omfattes er de som er under instruks fra oppdragsgiver, og som ikke bærer den finansielle risikoen for virksomheten eller som ikke nyter noen selvstendighet med hensyn til den økonomiske aktiviteten.<sup>237</sup>

Kriteriene under dette unntaket har også likheter med FNV Kunsten-saken. I FNV Kunsten-saken var det også et sentralt moment at vikarene utførte samme arbeid og arbeidet under samme arbeidsgiver som de ansatte musikerne.<sup>238</sup> Momentene i retningslinjene kan også sies å være åpne slik som i FNV Kunsten-saken, men etter retningslinjene kreves det ikke at man anses som «false self-employed». Dette tilsier at terskelen for å bli omfattet av retningslinjene, og dermed falle utenfor TEUV artikkel 101, er lavere enn etter «false self-employed»-begrepet.

Under denne kategorien kan det imidlertid tenkes at en oppdragsgiver kan unngå retningslinjene. For eksempel kan arbeidsgiver organisere arbeidet slik at de selvstendig næringsdrivende ikke utfører samme oppgaver som arbeidstakerne og derfor ikke jobber side om side. Dette kan

---

<sup>236</sup> C/2021/8838 final avsnitt 27.

<sup>237</sup> C/2021/8838 final avsnitt 26.

<sup>238</sup> Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden avsnitt 42.



være en svakhet dersom dette er selvstendig næringsdrivende med lite innflytelse på arbeidsvilkårene, og det kan tale for at man bør legge inn reguleringer som hindrer slik omgåelse.

#### *5.3.1.4 Solo self-employed persons working through digital labour platforms*

Den siste gruppen selvstendig næringsdrivende som omfattes av retningslinjene er personer som yter tjenester gjennom digitale arbeidsplattformer. Personer som tilbyr tjenester gjennom digitale arbeidsplattformer er typisk avhengig av disse plattformene for å komme i kontakt med kunder. Videre er det et kjennetegn at vilkårene ofte er gitt, og en del tjenesteytere opplever at de er i et underordningsforhold med varierende grad av innflytelse.<sup>239</sup> Dette er begrunnelsen for at man inkluderer slike tjenesteytere i retningslinjene.

For å bli omfattet av retningslinjene er det visse vilkår som må være oppfylt. Vilkårene under denne kategorien knytter seg til arbeidsplattformen og hvordan arbeidet er organisert. Det følger av avsnitt 30 i retningslinjene at en digital arbeidsplattform etter disse retningslinjene skal forstås som enhver fysisk eller juridisk person som tilbyr en kommersiell tjeneste og som oppfyller tre vilkår.<sup>240</sup> Første vilkår er at tjenesteytelsen skjer helt eller i det minste delvis på avstand gjennom elektroniske midler som nettside eller mobilapplikasjon. Det andre vilkåret er at tjenestene leveres på bestilling fra mottaker av tjenesten. Det siste vilkåret er at arbeidet utføres av enkeltpersoner, uavhengig av om det skjer online eller på et bestemt sted. Etter retningslinjene avgrenses det mot plattformer som ikke organiserer tjenesteyternes arbeid, men kun gir de et middel for at den selvstendig næringsdrivende kan nå sluttbruker.<sup>241</sup> Et eksempel på dette kan være en nettside som samler og viser tilgjengelige tjenesteleverandører som for eksempel mittanbud.no som kun fungerer som en plattform som skal knytte tjenesteyter og sluttbruker, men uten å involvere seg i selve utførelsen. Her vil det være en uavhengighet mellom plattform og tjenesteyter som ikke oppfyller kravene til å bli omfattet av retningslinjene.

For de fleste digitale plattformer er det bransjepraksis at tjenesteytere tilknytter seg slike plattformer som selvstendig næringsdrivende.<sup>242</sup> I EU er dette estimert å gjelde for ni av ti plattformer.<sup>243</sup> De foreslåtte retningslinjene kan potensielt få stor betydning for disse. I Norge har Foodora valgt å la sykkelbudene få tilknytte seg som arbeidstakere,<sup>244</sup> og etter en streik i 2019 ble det inngått en kollektiv avtale.<sup>245</sup> Dette skiller seg imidlertid fra andre plattformer i bransjen.

---

<sup>239</sup> C/2021/8838 final avsnitt 28.

<sup>240</sup> De tre vilkårene fremgår av C/2021/8838 final avsnitt 30.

<sup>241</sup> C/2021/8838 final avsnitt 30.

<sup>242</sup> NOU 2017: 4 s. 10 og NOU 2021: 9 s. 113.

<sup>243</sup> COM/2021/762 final s. 2.

<sup>244</sup> Foodora (u.å.) «Arbeidskonflikt i foodora»

<sup>245</sup> Foodora (u.å.) «Foodora inngår moderne tariffavtale etter nye forhandlinger»

Det kan i tilknytning til denne kategorien nevnes at et flertall i Delingsøkonomiutvalget mente at det burde være mulig for oppdragstakere, som er bundet av formidlingsplattformens prisfastsettelse overfor kunder, å kunne forhandle kollektivt.<sup>246</sup> Dette selv om de ikke anses som arbeidstakere.<sup>247</sup> I utredningen om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering kommenterte utvalget at Delingsutvalgets forslag ikke var fulgt opp siden de kom ut med sin utredning i 2017.<sup>248</sup> I samme utredning kommenterte utvalget også Kommisjonens arbeid knyttet til kollektiv forhandling for selvstendig næringsdrivende. På det tidspunktet var det sendt ut en innledende konsekvensanalyse. Om dette uttalte utvalget «[i] lys av den pågående prosessen i EU, foreslår ikke utvalget noen tiltak på dette området. Flertallet anmoder imidlertid om at myndighetene foretar en vurdering og fremmer eventuelle forslag på dette området når de nødvendige avklaringer fra EU foreligger».<sup>249</sup> Dette viser at problemstillingene knyttet til selvstendig næringsdrivende er av særlig aktualitet også i norsk rett.

### 5.3.2 Hva slags innhold og adferd omfattes

Retningslinjene omfatter alle kollektive forhandlinger og avtaler som gjelder arbeidsforholdene til den selvstendig næringsdrivende.<sup>250</sup> Det avgrenses følgelig mot beslutninger fra foretak eller avtaler mellom selvstendig næringsdrivende som ikke skjer i forbindelse med kollektive forhandlinger om forbedring av arbeidsvilkår.<sup>251</sup> Dette er i tråd med det som følger av Albany-unntaket og senere rettspraksis. I retningslinjene er det presisert at arbeidsforhold omfatter blant annet godtgjørelse, arbeidstid, ferie, permisjon, arbeidssted, HMS, forsikring og trygd.<sup>252</sup> Dette har likheter med LO-saken der det ble uttalt at begrepet arbeids- og ansettelsesvilkår skal forstås bredt og hvor flere av de samme forholdene ble listet opp.<sup>253</sup> Det kan også argumenteres for at EU-domstolen tolker forbedring av arbeidsvilkår vidt, ettersom de i de fleste saker som har angått Albany-unntaket har kommet til at vilkåret er oppfylt.<sup>254</sup> Men som Nordling videre fremholder er det ikke nok rettspraksis for å trekke en slik konklusjon,<sup>255</sup> men det er likevel en interessant observasjon.

---

<sup>246</sup> NOU 2017: 4 side 13 og 79.

<sup>247</sup> NOU 2017: 4 side 79.

<sup>248</sup> NOU 2021: 9 side 113.

<sup>249</sup> NOU 2021: 9 side 18.

<sup>250</sup> C/2021/8838 final avsnitt 14.

<sup>251</sup> C/2021/8838 final avsnitt 18.

<sup>252</sup> C/2021/8838 final avsnitt 16.

<sup>253</sup> Sak E-8/00 LO avsnitt 53.

<sup>254</sup> Nordling (2015) s. 42.

<sup>255</sup> Nordling (2015) s. 42.

I retningslinjene er det presisert hvilke typer adferd som ikke vil omfattes av forbudsregelen såfremt de skjer i forbindelse med kollektive forhandlinger og inngåelse av tariffavtaler. For eksempel vil ikke kollektiv boikott av en oppdragsgiver komme i konflikt med forbudsregelen dersom det gjøres på grunn av at motpart ikke ønsker å inngå kollektiv avtale.<sup>256</sup> Dette må imidlertid oppfylle vilkårene for proporsjonalitet og nødvendighet.<sup>257</sup> I tillegg må den underliggende kollektive avtalen man ønsker å inngå være i tråd med retningslinjene.

Som nevnt i punkt 3.6 kan det i forbindelse med kollektive forhandlinger forekomme informasjonsutveksling om lønn, og hvor dette kan anses som samordnet opptreden i strid med forbudsregelen. I retningslinjene er det imidlertid presisert at dette ikke vil være i strid med konkurransereglene såfremt informasjonsutvekslingen skjer i forbindelse med inngåelsen av en kollektiv avtale, og det oppfylder vilkårene om nødvendighet og proporsjonalitet.<sup>258</sup> I forbindelse med kollektive forhandlinger vil utveksling av informasjon om lønn være nærmest uunngåelig for å kunne forhandle og bli enige om et lønnsnivå.

### 5.3.3 Europakommisjonens håndhevingsprioritering

#### 5.3.3.1 *Innhold og betydning*

Kommisjonen har i tillegg til kategoriene over angitt noen avtalesituasjoner der de ikke vil gripe inn, selv om det er uklart om situasjonen går klar av forbudsregelen. Bakgrunnen for denne prioriteringen er at Kommisjonen ønsker at også selvstendig næringsdrivende, som ikke er i en sammenlignbar situasjon med arbeidstakere, skal kunne inngå kollektive avtaler i de situasjonene der de står i en svak forhandlingsposisjon overfor motparten.<sup>259</sup>

Dette innebærer et nokså vidtgående unntak fra tidligere praksis fordi det her kan være tale om en person som i utgangspunktet er en genuin selvstendig næringsdrivende, og som derfor ikke omfattes av de øvrige kategoriene. Dette er imidlertid en situasjonsbasert tilnærming, og visse vilkår må være oppfylt for at Kommisjonen ikke skal gripe inn i slike situasjoner. Det må for det første være tale om en avtale som etter sitt innhold og formål går ut på å forbedre arbeidsforholdene.<sup>260</sup> Dette er i tråd med gjeldende rett. Videre må motparten i avtalen ha en viss økonomisk styrke som fører til denne ubalansen. Tilfeller hvor dette vil anses oppfylt er der den selvstendig næringsdrivende forhandler med en eller flere motparter som representerer en hel

---

<sup>256</sup> C/2021/8838 final avsnitt 16.

<sup>257</sup> C/2021/8838 final avsnitt 16.

<sup>258</sup> C/2021/8838 final avsnitt 17.

<sup>259</sup> C/2021/8838 final avsnitt 32.

<sup>260</sup> C/2021/8838 final avsnitt 32.

sektor eller industri.<sup>261</sup> Og hvor den selvstendig næringsdrivende forhandler eller inngår avtale med en motpart som har en årlig omsetning som overgår 2 millioner euro eller som har et personale på over 10 personer eller avtaler med flere motparter som til sammen overgår disse tersklene.<sup>262</sup> Dette kan anses som tilsvarende løsning som de minimis, som vist til i punkt 3.3, hvor Kommisjonen angir visse terskler for når de vil og ikke vil gripe inn overfor samarbeid.

### 5.3.3.2 Håndhevingsprioritering og rettsutvikling

Håndhevingsprioriteringene innebærer presiseringer av hvordan Kommisjonen vil prioritere saker om kollektive forhandlinger mellom sammenslutninger av selvstendig næringsdrivende og oppdragsgiver. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en slik håndhevingsprioritet kan være problematisk fra et lovgivnings- og rettsutviklingsperspektiv fordi Kommisjonen her går et stykke lenger enn det som følger av rettspraksis fra EU-domstolen.

I 2008 kom Kommisjonen med en veiledning om håndhevingsprioritering vedrørende det som er dagens TEUV artikkel 102 som gjelder forbud mot misbruk av dominerende stilling. Tilsvarende bestemmelse finnes i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. I retningslinjene fra 2008 ble det lagt opp til en tilnærming som gikk ut på å bruke en økonomisk og effektbasert tilnærming ved vurdering av markedsmisbruk.<sup>263</sup> Denne typen veiledning er ikke ment å fungere som veiledning på hvordan bestemmelsen skal forstås, men er ment å gi veiledning for hvordan Kommisjonen vil prioritere håndhevingen.<sup>264</sup> I juridisk teori har det imidlertid blitt tatt til orde for at denne begrepsbruken om retningslinjene kamuflerer det som i realiteten innebærer materielle retningslinjer for tolkningen av traktaten.<sup>265</sup> Materielle retningslinjer kan ikke gå ut over rammen av det som følger av rettspraksis.<sup>266</sup> Som Gormsen fremholder i sin artikkel er det ikke problematisk at håndhevingsprioritering i realiteten innebærer materielle retningslinjer, men som hun skriver blir det et problem «because the Commission's interpretation of the substantive law ignores case law in several aspects».<sup>267</sup> Som Gormsen oppsummerer «[w]hile the Commission is responsible for developing competition policy, the Community Courts are in charge of creating law. Guidelines are “rules of practice” not “rules of law”».<sup>268</sup> Man kan tolke dette som en kritikk mot at Kommisjonen går for langt i å vedta soft law som avviker fra gjeldende rett. I hennes artikkel siterer hun en uttalelse fra Europaparlamentet i rapporten

---

<sup>261</sup> C/2021/8838 final avsnitt 35.

<sup>262</sup> C/2021/8838 final avsnitt 35.

<sup>263</sup> Gormsen (2010) side 2

<sup>264</sup> Whish (2021) side 213.

<sup>265</sup> Gormsen (2010) side 2.

<sup>266</sup> Gormsen (2010) side 2.

<sup>267</sup> Gormsen (2010) side 2.

<sup>268</sup> Gormsen (2010) side 4.

«Institutional and legal implications of the use of ‘soft law’ instruments», der Europaparlamentet advarer mot bruk av retningslinjer og blant annet uttaler «it extrapolates the case law of the ECJ into uncharted territory».<sup>269</sup> Bakgrunnen for denne advarselen er som Gormsen skriver at prosedyrene for vedtakelse av retningslinjer er annerledes enn for reguleringer og direktiver som må gjennom en mer omfattende prosess og som må godkjennes av Europaparlamentet.<sup>270</sup>

Whish og Bailey fremholder på sin side at denne kritikken ikke er overbevisende.<sup>271</sup> De fastholder at retningslinjene ikke er ment å si noe om hvordan bestemmelsen skal forstås, men at det er ment å si noe om hvordan Kommisjonen, med sine begrensede ressurser, vil prioritere saker.<sup>272</sup> Dette viser at det er en debatt om hvorvidt slike håndhevingsprioriteringer kan være problematiske, og hvorvidt det er problematisk vil kunne variere med innholdet og hva som er gjeldende rett. Såfremt retningslinjene har som formål å klargjøre hvordan Kommisjonen vil prioritere saker der de ikke har ressurser til å undersøke alle, vil ikke dette gripe inn i rettsutviklingen. Kommisjonen vil uansett ikke kunne endre rettstilstanden gjennom sin praksis, denne kompetansen ligger til EU-domstolen.<sup>273</sup> Dersom Kommisjonen imidlertid etablerer en praksis som avviker sterkt fra det som følger av EU-domstolens praksis kan det være problematisk, og det kan da gi grunnlag for å få reise sak. I dette tilfellet legger Kommisjonen opp til en mindre streng anvendelse av TEUV artikkel 101 enn det som følger av rettspraksis fra EU-domstolen, så trolig vil ikke dette komme på spissen her. Det kan imidlertid tenkes at arbeidsgiverorganisasjoner kan være kritiske til denne anvendelsen, og dersom nasjonale konkurransemyndigheter håndhever reglene i tråd med retningslinjene kan det føre til at arbeidsgiverforeninger reiser sak for nasjonale domstoler.

### *5.3.3.3 Forholdet mellom Europakommisjonens retningslinjer og nasjonal håndhevelse*

Det fremgår av retningslinjene at Kommisjonen heller ikke vil gripe inn overfor avtaler inngått av selvstendig næringsdrivende som er inngått i tråd med nasjonal rett eller EU-rett.<sup>274</sup> I EU-direktivet om opphavsrett er det blant annet reguleringer om godtgjørelse av forfattere og utøvere.<sup>275</sup> Og i flere land har lovgiver eksplisitt gitt visse selvstendig næringsdrivende personer rett til kollektive forhandlinger eller ekskludert visse profesjoner fra virkeområdet til nasjonale

---

<sup>269</sup> Gormsen (2010) side 5 sitert fra Europaparlamentet (2007).

<sup>270</sup> Gormsen (2010) side 5.

<sup>271</sup> Whish (2021) s. 214.

<sup>272</sup> Whish (2021) side 214.

<sup>273</sup> Sejersted (2011) s. 501 og Gormsen (2010) side 4.

<sup>274</sup> C/2021/8838 final avsnitt 36-38.

<sup>275</sup> C/2021/8838 final avsnitt 37.

konkurranseregler.<sup>276</sup> Dette gjelder selv om de selvstendig næringsdrivende det er gjort unntak for ikke ville oppfylt vilkårene i kategoriene som jeg har omtalt over.<sup>277</sup> Her gir derfor retningslinjene medlemsstatene et visst skjønn til å gi selvstendig næringsdrivende et større vern enn etter retningslinjene, uten å risikere inngrep fra Kommisjonen.

#### 5.4 Retningslinjenes betydning for norsk rett

En konsekvens av at norsk konkurranserett er harmonisert med EU/EØS-retten er at selvstendig næringsdrivende som utgangspunkt risikerer å komme i konflikt med både EØS-avtalen artikkel 53 og konkurranseloven § 10 dersom de ønsker å forhandle kollektivt. Dette gjør at behovet for retningslinjer også er til stedet i norsk rett, noe utredningene fra Delingsøkonomiutvalget og utvalget for Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv indikerer.<sup>278</sup> Det kan imidlertid være uklart hvilken betydning disse retningslinjene vil få for norsk rett dersom ESA vedtar tilsvarende. I det videre vil jeg kort se på retningslinjer som rettskilde og hvilken betydning de tradisjonelt har fått i praksis og hvilken betydning det kan få for norsk rett.

Retningslinjer fra Kommisjonen og ESA kan ses på som en operasjonalisering og konkretisering av gjeldende rett som gjør at reglene blir lettere å anvende i praksis. Dette kan skje gjennom angivelse av terskler i form av procenter eller omsetningstall, noe som gjør at det lettere å forholde seg til sammenlignet med åpne vurderingstemaer i konkurransereglene. Dette er også tilfelle for de foreslåtte retningslinjene som er behandlet over. Retningslinjene oppstiller nokså enkle anvendbare kriterier sammenlignet med «false self-employed»-begrepet.

Som rettskilde regnes retningslinjer som soft law, og de er derfor ikke rettslig bindende.<sup>279</sup> For Kommisjonen og ESA vil de imidlertid være bindende. Dette er slått fast av EU-domstolen i blant annet Expedia-saken der de uttalte «[c]onsequently, by the de minimis notice, the Commission imposes a limit on the exercise of its discretion and must not depart from the content of that notice without being in breach of the general principles of law, in particular the principles of equal treatment and the protection of legitimate expectations».<sup>280</sup> Til tross for at retningslinjene ikke er bindende ser man imidlertid at retningslinjene tillegges en del vekt i praksis. For nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler vil disse gi et nyttig referansepunkt ettersom Kommisjonen har mer erfaring med å anvende EUs konkurranseregler.<sup>281</sup> Konkurransetilsynet ser ofte til retningslinjer fra ESA og Kommisjonen for veiledning i sine vedtak og avgjørelser.

---

<sup>276</sup> C/2021/8838 final avsnitt 36.

<sup>277</sup> C/2021/8838 final avsnitt 32 og Example 7 på side 15.

<sup>278</sup> NOU 2017: 4 s. 13 og NOU 2021: 9 s. 18.

<sup>279</sup> TEUV artikkel 288 og det fremgår ofte av retningslinjene selv.

<sup>280</sup> Case C-226/11 Expedia Inc. v Autorité de la concurrence avsnitt 28.

<sup>281</sup> Van Bael & Bellis (2021) side 9.

Av offentlige vedtak på Konkurransetilsynets hjemmeside kan man i samtlige vedtak om konkurranseloven § 10 fra 2011 og frem til i dag finne henvisninger til retningslinjer.<sup>282</sup> Dette illustrerer at retningslinjene ikke bare har betydning for Kommisjonen og ESA.

I rettspraksis fra EU-domstolen er det imidlertid lite bruk av retningslinjene. Dette må ses i lys av at EU-domstolen ikke er bundet av disse, og at det er EU-domstolen som har ansvaret for å utvikle EU-retten.<sup>283</sup> Tilsvarende forhold gjelder EFTA-domstolen med hensyn til retningslinjer fra Kommisjonen og ESA.<sup>284</sup> EU-domstolen skal føre kontroll med Kommisjonen og EFTA-domstolen med ESA, og de kan derfor ikke bli bundet av deres retningslinjer. I juridisk teori fremholdes det at i de tilfeller EU-domstolen viser til etterfølgende retningslinjer er det utelukkende for å bekrefte en gitt tolkning.<sup>285</sup>

Noe som gjør at retningslinjene nyter en viss autoritet er at de ofte sendes på intern og ekstern høring før de blir vedtatt,<sup>286</sup> dette er en nokså omstendelig og demokratisk prosess. Retningslinjene som nå er under arbeid har vært gjenstand for en innledende konsekvensanalyse og offentlig høring, noe som kan tale for at de vil nyte en viss legitimitet når de blir endelig vedtatt. I tillegg regulerer de spørsmål som lov og rettspraksis ikke gir klare svar på, slik jeg har vist i del 3 og 4. FNV Kunsten-saken har som nevnt etterlatt seg en nokså uklar rettstilstand med hensyn til selvstendig næringsdrivende og deres mulighet til å forhandle kollektivt.

Ettersom retningslinjene gjelder for anvendelsen av TEUV artikkel 101 er det naturlig at ESA vil følge etter med tilsvarende retningslinjer ettersom EØS-avtalen artikkel 53 skal forstås i samsvar med EU-retten. Det kan være i strid med homogenitetsprinsippet å se bort fra EØS-relevante retningslinjer.<sup>287</sup> I praksis ser man at ESA ofte kopierer retningslinjene til Kommisjonen.<sup>288</sup> Regjeringen har også informert på sin side at Nærings- og fiskeridepartementet vil følge opp utkastet til nye retningslinjer.<sup>289</sup> Ettersom Konkurransetilsynet ofte ser hen til retningslinjer i sin rettsanvendelse vil disse kunne få betydning i Norge når det gjelder Konkurransetilsynets håndheving. Dersom Konkurransetilsynet håndhever forbudsregelen i tråd med retningslinjene, kan det føre til at selvstendig næringsdrivende som oppfyller vilkårene i retningslinjene, kan gå sammen om å forbedre sine arbeidsforhold uten at Konkurransetilsynet griper inn. Ettersom

---

<sup>282</sup> Funnet er gjort ved å filtrere ut vedtak som gjaldt konkurranseloven § 10, og det ble kun sjekket for perioden 2011-2022.

<sup>283</sup> Sejersted (2011) s. 501 og Gormsen (2010) side 4.

<sup>284</sup> Sak E-6/98 avsnitt avsnitt 41 og 42.

<sup>285</sup> Høgberg (2019) s. s. 410.

<sup>286</sup> Stemsrud (2020) s. 76 og 77.

<sup>287</sup> Utenriksdepartementet (2016) side 84.

<sup>288</sup> Sejersted (2011) s. 239 og ESA (u.å.).

<sup>289</sup> Regjeringen (2022).

retningslinjene oppstiller klarere kriterier enn det som følger av dagens rettstilstand, kan det føre til at flere tør å ta del i kollektive forhandlinger fordi man opplever risikoen for sanksjoner som mindre. Retningslinjene binder imidlertid ikke konkurransemyndighetene i EU- og EØS-landene, og det vil gjenstå å se om de vil bli anvendt. Når det gjelder rettstilstanden mer generelt, vil det bero på hvorvidt EU-domstolen følger etter og anvender TEUV artikkel 101 på tilsvarende måte som retningslinjene. Noen sikker konklusjon om betydningen av retningslinjene kan det derfor ikke gis på dette tidspunktet, annet enn at de kan skape mer forutsigbarhet. Det gjenstår også å se hva det endelige innholdet blir.

## 6 Avslutning

Inntil det kommer en ny avgjørelse fra EU-domstolen vil rettstilstanden for selvstendig næringsdrivende være slik jeg redegjorde for i punkt 3.6 og 4.2. Det kan imidlertid tenkes at vernet etter EMK artikkel 11 og Grunnloven § 101 etter hver utvides, og det kan føre til at konkurransereglene i EØS-avtalen og konkurranseloven i ulike tilfeller må stå tilbake for retten til kollektive forhandlinger. En endelig avklaring på dette må imidlertid gis i domstolene. De foreslåtte retningslinjene går nokså langt i å unnta visse selvstendig næringsdrivende fra forbudsregelen, og det gjenstår å se hvordan konkurransemyndighetene i Norge forholder seg til disse og hvordan de følges opp når de blir endelige og ESA eventuelt vedtar tilsvarende. Konkurransetilsynet har allerede uttalt at de i påvente av endelige retningslinjer ikke vil «prioritere saker som vil være i strid med det som nå foreslås av EU-Kommisjonen». <sup>290</sup> Dette ble skrevet i en kronikk av den tidligere Konkurransedirektøren, og det er uvisst om denne policyen fortsatt gjelder nå som det er ny Konkurransedirektør.

Avslutningsvis vil jeg kort påpeke at det i forbindelse med dette tema også har skjedd en utvikling innenfor arbeidsretten. Fra et arbeidsrettslig ståsted er det en mulighet å tolke arbeidstakerbegrepet utvidende i lys av arbeidstvistlovens formål slik Hotvedt diskuterer i sin artikkel. <sup>291</sup> Arbeidstakerbegrepet i norsk rett er funksjonelt og dynamisk, og er ment å skulle utvikle seg i takt med endringer i arbeidsmarkedet. <sup>292</sup> På bakgrunn av dette kan det tenkes at visse selvstendig næringsdrivende kan bli regnet som arbeidstakere. Dette vil i så fall innebære at de havner utenfor virkeområdet til konkurransereglene. Rettslig prøving av sin tilknytningsstatus kan imidlertid være vanskelig og ressurskrevende å prøve i praksis, i likhet med «false self-employed»-begrepet. I utredningen om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering er det imidlertid foreslått en endring av arbeidstakerdefinisjonen, og en presumsjonsregel i arbeidsmiljøloven § 1-8 tredje setning som kan løse dagens problem. Ordlyden i forslaget lyder «[d]er

---

<sup>290</sup> Sjørgard (2022).

<sup>291</sup> Hotvedt (2020) s. 13-15.

<sup>292</sup> Hotvedt (2020) s. 14.



det er rimelig tvil om klassifiseringen skal arbeidstakerforhold legges til grunn med mindre oppdragsgiver sannsynliggjør at det foreligger et selvstendig oppdragsforhold». <sup>293</sup> Dette gjør at man slipper å gå rettens vei for å fastslå sin arbeidsstatus. Presumsjonen vil da være at man er arbeidstaker inntil arbeidsgiver eventuelt reiser sak og det motsatte blir bevist. På den andre siden vil det fortsatt foreligge en risiko for å handle i strid med konkurransereglene så lenge selvstendig næringsdrivende regnes som foretak. Dette taler for at en slik løsning ikke nødvendigvis løser problemet fullt ut og at det er hensiktsmessig å søke dette løst gjennom en endring i anvendelsen av konkurransereglene.

---

<sup>293</sup> NOU 2021: 9 s. 250.

## Litteraturliste

### Litteratur:

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utgave., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.

Arnesen, Finn, Halvard Haukeland Fredriksen, Hans Petter Graver, Ola Mestad og Christoph Vedder. *Agreement on the European Economic Area. A Commentary*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Arnesen, Finn og Ellingsen, Hilde K. «ILOs kjernekonvensjoner i menneskerettsloven». Senter for Europarett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. *Utredning etter oppdrag fra LO*. (u.å.) [https://www.lo.no/contentassets/73c1dfa46412427b9366374fdbae6b84/ilos\\_kjernekonvensjoner\\_i\\_menneskerettsloven.pdf](https://www.lo.no/contentassets/73c1dfa46412427b9366374fdbae6b84/ilos_kjernekonvensjoner_i_menneskerettsloven.pdf) Hentet: 21.04.2022.

Bekkedal, Tarjei. «EMDs avgjørelse i Holship - kampen om det rettslige hegemoniet i Europa». *Lov og rett*, vol. 60 nr. 7 (2021) s. 391–392.  
Lest i Juridika.

Bekkedal, Tarjei. «Why obviously self-employed have a right to collective bargaining and why obviously they don't.» Upublisert manuskript. Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet, Universitet i Oslo. (2021) som er sitert i NOU 2021: 9 side 202.

Daskalova, Victoria. «Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?». *German Law Journal* vol. 19, nr. 3 (2018) s. 461-508.  
<https://doi.org/10.1017/S207183220002277X> Hentet: 21.04.2022.

Ellingsen, Hilde. «Reconciling fundamental social rights and economic freedoms: The ECtHR's ruling in LO and NTF v. Norway (the Holship case)». *Common Market Law Review*. Vol. 59 nr. 2 (2022) s. 583–604.  
<https://kluwerlawonline-com.ezproxy.uio.no/journalarticle/Common+Market+Law+Review/59.2/COLA2022036> Hentet: 21.04.2022.

ESA (u.å.) <https://www.eftasurv.int/competition/competition-rules-in-the-eea/best-practices-notice-and-guidelines> Hentet: 21.04.2022.

Europaparlamentet (2007). «*Institutional and legal implications of the use of 'soft law' instruments*». [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0259\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0259_EN.html) Hentet 24.04.2022.

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas. *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*. Oslo: Gyldendal akademisk, 2009.

Foodora (u.å.) «Arbeidskonflikt i foodora» <https://www.foodora.no/contents/arbeidskonflikt-i-foodora> Hentet: 21.04.2022.

Foodora (u.å.) «Foodora inngår moderne tariffavtale etter nye forhandlinger» <https://www.foodora.no/contents/foodora-inng%C3%A5r-moderne-tariffavtale> Hentet: 21.04.2022.

Fougner, Jon, Tron Løkken Sundet, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Mette Jenssen, Merete Bårdsen og Bjørn Jacobsen. *Kollektiv arbeidsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

Gjendemsjø, Ronny. «Karnow lovkommentar til konkurranseloven.» I *Lovdata Pro* (2021) hentet: 21.04.2022.

Gormsen, Liza Lovdahl. «Why the European Commission's Enforcement Priorities on Article 82 EC Should Be Withdrawn». *European Competition Law Review* vol. 31 nr. 2 (2010) s. 45-51. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2400402](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400402) Hentet: 21.04.2022.

Graver, Hans Petter. «The Holship Ruling of the ECtHR and the Protection of Fundamental Rights in Europe». ERA Forum (2022). <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00701-0> Hentet: 21.04.2022.

Hjelmeng, Erling. «The Concept of an 'Undertaking' – On the Borderline between Labour Law and Competition Law», i *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*. Bernard Johann Mulder, Marianne Jenum Hotvedt, Marie Nesvik og Tron Løkken Sundet. Oslo: Universitetsforlaget, (2016) s. 316–326.

Hjelmeng, Erling. «Bokillustratør». *Rapport utarbeidet på oppdrag for Grafill og Norske Billedkunstnere*. (2020) <http://s3-eu-west-1.amazonaws.com/grafill-files/documents/200821-Bokillustratorer-og-designere-utredning-konkurranseloven.pdf?mtime=20201022144146> Hentet: 21.04.2022.

Hotvedt, Marianne Jenum. «Kollektive Forhandlinger for oppdragstakere? – rekkevidden av adgangen til å forhandle tariffavtaler i lys av internasjonal rettsutvikling». *Arbeidsrett* vol. 17 nr. 1 (2020) s. 1-44.

Lest i Juridika.

Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde. *Juridisk metode og tenke-måte*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

ILOs Ekspertkomité (CEACR). *Giving globalization a human face*. Report III (Part 1B). International Labour Conference, 101st Session. Geneva: 2012.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_174846.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174846.pdf)

Hentet: 20.04.2022.

ILOs Organisasjonsfrihetskomité (CFA). *Freedom of Association. Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*. International Labour Office. 6. Utgave. Geneva: 2018.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_632659.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_632659.pdf)

Hentet: 20.04.2022.

Kolstad, Olav, Anders Ryssdal, Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng. *Norsk konkurranserett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.

Müller, Amrei. «En kort innføring i folkerettslig traktatolkning». *Jussens Venner* vol. 52 nr. 4, (2017) s. 222-259.

Lest i Juridika.

Nordling, Henrik. «State of the Unions: The Applicability of Art 101(1) TFEU to Collective Bargaining Agreements after FNV Kunsten Media». *Competition L.J.* vol.14 nr. 1. (2015) s. 37-48.

Fått tilsendt artikkel av veileder. Artikkelen finnes digitalt på <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/comptnlj14&div=8&id=&page=> Link hentet 25.04.2022.

OECD. *The Future of Work Expert Meeting on Collective Bargaining for Own-Account Workers Summary report*, 2020.

[https://www.oecd.org/els/emp/Summary\\_Expert\\_Meeting\\_CB.pdf](https://www.oecd.org/els/emp/Summary_Expert_Meeting_CB.pdf)

Hentet: 08.04.2022.

Rainone, Silvia og Nicola Countouris. «Collective bargaining and self-employed workers: the need for a paradigm shift». *European Trade Union Institute (ETUI) Research Paper - Policy Brief 2021.11*.

[https://www.etui.org/sites/default/files/2021-07/Collective%20bargaining%20and%20self-employed%20workers\\_2021.pdf](https://www.etui.org/sites/default/files/2021-07/Collective%20bargaining%20and%20self-employed%20workers_2021.pdf) Hentet: 21.04.2022.

Regjeringen. (2022).

<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2022/feb/plattformdirektiv/id2907853/> Hentet 21.04.2022.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*. 5. utgave., Oslo: Universitetsforlaget, 2018

Rognstad, Ole-Andreas, Harald Irgens-Jensen, Kristina Stenvik, Inger Berg Ørstavik og Eirik Østerud. *Markedsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2021.

Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Sten Foyn, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og retts-anvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018.

Stemsrud, Odd. *EØS-rett i et nøtteskall*. 2. Utgave., Oslo: Gyldendal, 2020.

Sørgard, Lars og Hans-Petter Hanson (2022).

<https://konkurransetilsynet.no/kronikk-samarbeid-og-konkurrans-i-arbeidsmarkedet/>  
Lest: 20.04.2022.

Utenriksdepartementet. *EU/EØS-håndboken* (2016).

[https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/europapolitik/eu\\_eos\\_handbok2016.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/europapolitik/eu_eos_handbok2016.pdf)

Hentet: 08.04.2022.

Van Bael & Bellis. *Competition Law of the European Union*. Sixth ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer International B.V., 2021.

Waas, Bernd og Christina Hiebl. *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer International B.V., 2021.

Whish, Richard, og David Bailey. *Competition Law*. Tenth ed., Oxford: Oxford University Press, 2021.

Østerud, Eirik. «Konkurransereglens anvendelse på tariffavtaler og boikott som arbeidskamp-middel - status etter EFTA-domstolens og Høyesteretts avgjørelser i «Holship-saken»». *Arbeidsrett* vol. 14. nr. 1, (2017) s. 1-30.

Lest i Juridika.

## **Norske rettskilder**

### **Lover:**

1992	Lov 27. november 1992 nr. 23 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven).
2004	Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).
2004	Lov 5. mai 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
2012	Lov 27. januar 2012 nr. 9 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

### **Lovforarbeider:**

NOU 2003: 12	Ny konkurranselov.
Ot.prp. nr. 6 (2003–2004)	Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.
NOU 2012: 7	Mer effektiv konkurranselov.
NOU 2017: 4	Delingsøkonomien – muligheter og utfordringer. Utredning fra Delingsøkonomiutvalget. Oslo: Finansdepartementet.

NOU 2021: 9

Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv - utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering.

**Rettspraksis:**

**Høyesterett:**

Rt-2000-996

Rt-2005-833

Rt-2011-910

Rt-2015-93

HR-2016-296-A

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2017-1229-A

HR-2021-1086-A

**Lagmannsretten:**

LB-2014-76039

**Internasjonale rettskilder:**

**Traktater:**

ILO Declaration of Philadelphia

*Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (DECLARATION OF PHILADELPHIA), Philadelphia 10. mai 1944. Vedtatt av The General Conference of the International Labour Organization.*

ILO nr. 98

*Konvensjon om gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten og retten til å føre kollektive forhandlinger. Geneve 9. juli 1948.*

EMK

*Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].*

VCLT	<i>Vienna Convention on the Law of Treaties</i> . Wien, 23. mai 1969.
EØS-avtalen	<i>Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde</i> . Oporto, 2. mai 1992.
ODA	<i>Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1 – 7</i> . Oporto, 2. mai 1992.
ESP	<i>Den reviderte europeiske sosialpakt</i> , Strasbourg, 1. juli 1999.
Charteret	<i>Charter of Fundamental Rights of the European Union</i> . Nice 7. desember 2000. (2012/C 326/02).
TEU	<i>Treaty on European Union</i> . Consolidated version. 2016. (EUT 2016/C 202/01).
TEUV	<i>Treaty on the Functioning of the European Union</i> . Consolidated version. 2016. (EUT 2016/C 202/01).

### **Den europeiske menneskerettighetsdomstol:**

Schmidt and Dahlström v. Sweden	Schmidt and Dahlström v Sweden, no. 5589/72, 6 February 1976.
Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden	Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, no. 5614/72, 6 February 1976.
Demir and Baykara v. Turkey	Demir and Baykara v Turkey, no. 34503/97, 12 November 2008.
RMT v. United Kingdom	National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom, no. 31045/10, 8 April 2014.



Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania	Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania, no. 46551/06, 16 June 2015.
LO and NTF v. Norge	Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers’ Union (NTF) v. Norway, no. 45487/17, 10 June 2021.
<b>EU-domstolen:</b>	
Case C-56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)	ECLI:EU:C:1966:38.
Case C-56/64 Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community	ECLI:EU:C:1966:41.
Case C-155/73 Giuseppe Sacchi	ECLI:EU:C:1974:40.
Joined cases C-209-215 and 218/78 Heintz van Landewyck SARL and Others v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1980:248.
Joined cases C-96-102, 104, 105, 108 and 110/82 NV IAZ International Belgium et.al. v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1983:310.
Case C-66/85 Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg	ECLI:EU:C:1986:284.
Case C-45/85 Verband der Sachversicherer e.V. v Commission of the European Communities	ECLI:EU:C:1987:34.
Case C-41/90 Klaus Höfner og Fritz Elser v Macrotron GmbH	ECLI:EU:C:1991:161.

Joined cases C-159/91 og C-160/91 Christian Poucet v Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon	ECLI:EU:C:1993:63.
Case C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche	ECLI:EU:C:1995:392.
Case C-49/92 P Commission of the European Communities v Anic Partecipazioni SpA	ECLI:EU:C:1999:356.
Case C-67/96 Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie	ECLI:EU:C:1999:430.
Case C-22/98 Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV og Adia Interim NV	ECLI:EU:C:1999:419.
Joined cases C-180/98 to C-184/98 Pavel Pavlov et.al. v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten	ECLI:EU:C:2000:428.
Case C-309/99 J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, intervener: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap	ECLI:EU:C:2002:98.
Joined cases C-2/01 P and C-3/01 P Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission of the European Communities v Bayer AG	ECLI:EU:C:2004:2.
Case C-256/01 Debra Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional og Secretary of State for Education og Employment	ECLI:EU:C:2004:18.

Case C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn	ECLI:EU:C:2004:614.
Case C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v Compañía Española de Petróleos SA	ECLI:EU:C:2006:784.
Case C-438/05 International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v Viking Line ABP og OÜ Viking Line Eesti	ECLI:EU:C:2007:772.
Case C-341/05 Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet	ECLI:EU:C:2007:809.
Case C-8/08 T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit	ECLI:EU:C:2009:343.
Joined cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P GlaxoSmithKline Services et.al. v Commission of the European Communities et.al.	ECLI:EU:C:2009:610.
Case C-226/11 Expedia Inc. v Autorité de la concurrence et.al.	ECLI:EU:C:2012:795.
Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden	ECLI:EU:C:2014:2411.
Case C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank Nyrt et.al.	ECLI:EU:C:2020:265.
<b>Retten:</b>	
Case T-41/96 Bayer AG v Commission of the European Communities	ECLI:EU:T:2000:242.

### **Forslag til avgjørelse av Generaladvokater:**

Opinion of Advocate General Jacobs  
on Case C-67/96 Albany International BV  
v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie ECLI:EU:C:1999:28.

Opinion of Advocate General Légers  
on Case C-309/99 J. C. J. Wouters et al. v  
Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten ECLI:EU:C:2001:390.

Opinion of Advocate General Wahl  
on Case C-413/13 FNV Kunsten Informatie en Media ECLI:EU:C:2014:2215.

### **EFTA-domstolen:**

Sak E-6/98 Norge mot ESA.

Sak E-8/00 LO mot KS m.fl.

Sak E-14/15 Holship Norge AS og  
Norsk Transportarbeiderforbund.

### **European Committee of Social Rights:**

ICTU v. Ireland Irish Congress of Trade Unions  
(ICTU) v. Ireland, Complaint No.  
123/2016.

### **Europakommisjonens og ESAs retningslinjer og kunngjøringer:**

2001/C 368/07 Commission Notice on agreements of minor importance which  
do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of  
the Treaty establishing the European Community (de minimis).

2003/EØS/15/03 Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av  
mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i  
henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr. 1 (de minimis).

2014/C 291/01	Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice).
COM/2021/761 final	COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Better working conditions for a stronger social Europe: harnessing the full benefits of digitalisation for the future of work.
COM/2021/762 final	Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on improving working conditions in platform work.
C/2021/8838 final	COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Approval of the content of a draft for a COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons.