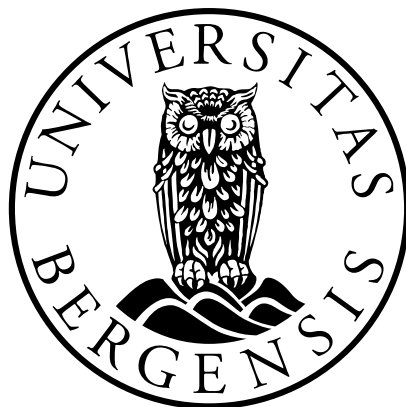


Norges handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakeres lønnsvilkår etter EU/EØS- retten

Særlig om minstelønnsbegrepet i Utsendingsdirektivet og om Verftssaken

Kandidatnummer: 200

Antall ord: 14 953



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

9. desember 2015

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Tema og problemstilling	4
1.2 Aktualitet.....	5
1.2.1 Norge som attraktivt vertsland.....	5
1.2.2 Verftssaken	6
1.3 Overordnede hensyn	7
1.3.1 Motstrid og avveining.....	7
1.3.2 Konkurrans hensyn	8
1.3.3 Sosiale hensyn	9
1.4 Utsendingsdirektivet	10
1.4.1 Presentasjon og formål	10
1.4.2 Utsendingsdirektivet som lovvalgsdirektiv	11
1.5 Avgrensning og videre fremstilling	12
2 Utsendingsdirektivets føringer for vertslandets handlingsrom – minstelønnsbegrepet	14
2.1 Allmenngjøring av minstelønnsbestemmelser	14
2.2 Medlemsstatenes skjønnsfrihet	15
2.3 Begrepet “minstelønn”	16
2.4 Direktivets uttrykkelige føringer for tolkningen	19
2.4.1 Artikkel 3 nr. 1 bokstav c)	19
2.4.2 Artikkel 3 nr. 7 andre ledd	20
2.5 Handlingsrommet etter 3 nr. 7 første ledd	27
3 Primærrettens grenser for vertslandets handlingsrom.....	29
3.1 Innledning	29
3.2 Restriksjonsforbudet	29
3.3 Forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 36 og Utsendingsdirektivet	30
3.3.1 Problemstillingen	30
3.3.2 Forholdet etter EU/EØS-retten	31
3.3.3 Høyesteretts syn i Verftssaken.....	33
3.3.4 Bemerkninger til Høyesteretts syn.....	34

4	Berettigelse av restriksjoner på tjenestefriheten	38
4.1	Innledning	38
4.2	Læren om tvingende allmenne hensyn.....	39
4.2.1	Anvendelsesområde.....	39
4.2.2	Legitime hensyn.....	40
4.3	Likebehandling.....	41
4.4	Proporsjonalitet	42
4.4.1	Kravet til egnethet.....	42
4.4.2	Kravet til nødvendighet	42
4.4.3	Avsluttende bemerkninger.....	45
5	Særlig om Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 10.....	46
5.1	Presentasjon	46
5.2	Tolkningen etter EU/EØS-retten.....	47
5.2.1	Vertslandets utvidede handlingsrom.....	47
5.2.2	Bestemmelsens snevre anvendelsesområde.....	48
5.3	Tolkningen i Verftssaken	50
5.4	Generelle bemerkninger til tolkningene.....	51
6	Hvordan kan rettstilstanden bli klarere og mer enhetlig?	53
6.1	Ulikhetene	53
6.2	Vektingen av de overordnede hensyn	53
6.3	Hvordan oppnå målet om rettsenhet?.....	54
6.4	Dagens situasjon	55
	Kildeliste	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Prinsippet om de fire friheter er sentralt innenfor EØS.¹ Det skal som hovedregel være fri flyt av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft på tvers av landegrensene innenfor EØS-avtalens virkeområde, jf. EØS-avtalen artikkel 1.²

Det er imidlertid store variasjoner, både i kostnadsnivå og levestandard, blant medlemsstatene i EØS. Også arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår er svært varierende. Dette medfører at prinsippet om de fire friheter kan lede til sosial dumping og lavlønnskonkurransen, slik at et fritt indre marked ikke alltid er i den allmenne interesse. For å beskytte sitt nasjonale arbeidsmarked, er det derfor ønskelig for typiske vertsland³ å regulere utsendte arbeidstakeres arbeids- og lønnsvilkår. Med *utsendte arbeidstakere* menes arbeidstakere som blir utstasjonert av en utenlandsk tjenesteyter (arbeidsgiveren) for å utføre midlertidige oppdrag i et annet land enn arbeidsforholdet vanligvis er knyttet til.⁴ I Norge kan arbeids- og lønnsvilkårene ved slik utstasjonering reguleres ved allmenngjøring av tariffavtaler. Ordningen innebærer at enkelte av tariffavtalens bestemmelser gis anvendelse også overfor andre enn tariffavtalens parter, herunder utsendte arbeidstakere.

Å pålegge utenlandske tjenesteytere å følge vertslandets nasjonale regulering, kan imidlertid utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten. Vertslandets handlingsrom er derfor underlagt EU/EØS-rettslige begrensninger. Tema for denne fremstillingen er hvilket handlingsrom Norge, som vertsland, har til å begrense tjenestefriheten ved å regulere utsendte arbeidstakeres lønnsvilkår. Spørsmålet oppstår om utsendte arbeidstakere bør kunne behandles likt med norske arbeidstakere, eller om disse bør behandles annerledes, ettersom deres opphold i Norge kun er midlertidig.⁵ Dette reguleres i EØS-rettslig

¹ Det europeiske Økonomiske Samarbeidsområde. Et samarbeid mellom tre av de fire EFTA-

² Gjennomført i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven).

³ Betegnelsen brukes om det landet som tar imot utsendt arbeidskraft.

⁴ Definert i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 1-7 første ledd og i Utsendingsdirektivet artikkel 2 nr. 1.

⁵ Catherine Barnard, "Posting matters", *Tidsskrift for Arbeidsrett*, 01/ 2014 s.1-28 side 1.

sekundærlovgivning. Utsendingsdirektivet⁶ angir en mellomløsning, hvor medlemsstatene forpliktet til å gi visse minsterettigheter, blant annet nasjonal ”minstelønn”, tilsvarende anvendelse overfor utsendte arbeidstakere som for nasjonale, jf. artikkel 3 nr. 1 (a)-(g). Utover disse minsterettighetene, har hjemlandets rett som hovedregel fremdeles anvendelse under utstasjoneringen.⁷ Hvilke av vertslandets nasjonale lønsvilkår som skal ha anvendelse overfor utsendte arbeidstakere, beror dermed delvis på en tolkning av Utsendingsdirektivets minstelønnsbegrep. I fremstillingen vil det derfor drøftes hvilke lønselementer som kan inngå i minstelønnsbegrepet (minstelønnsbegrepets bredde). Det vil også kort vurderes om det finnes noen nivåmessig begrensning for hvor høyt vertslandet, innenfor minstelønnsbegrepets bredde, kan sette minstelønnen (minstelønnsbegrepets høyde).

Videre kan også EU/EØS-rettslig primærrett gi visse føringer for vertslandets handlingsrom. Samspillet mellom primær- og sekundærretten gjør vurderingen av grensene for handlingsrommet kompleks. I denne forbindelse kan det blant annet spørres i hvilken utstrekning EØS-avtalen artikkel 36 har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet.

1.2 Aktualitet

1.2.1 Norge som attraktivt vertsland

Det er av stor relevans å belyse hvilken adgang Norge har til å underlegge utsendte arbeidstakere nasjonale lønsvilkår, ettersom behovet for slik regulering stadig øker. I senere år har EØS-området⁸ blitt utvidet en hel del, blant annet med land fra Sentral- og Øst-Europa. Flere av disse landene er lavkostland, hvilket har aktualisert utfordringer knyttet til sosial dumping og lavlønnskonkurransen.

Norge er et land med gode arbeids- og lønsvilkår, også i yrker hvor det ikke stilles strenge krav til språkkunnskaper og faglige kvalifikasjoner. Lønnsnivået i Norge er omtrent 50%

⁶ Europaparlaments- og Rådskdirektiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (Utsendingsdirektivet).

⁷ Barnard (2014) side 1-2.

⁸ Fellesbetegnelse for EU- og EØS-landene.

høyere enn snittet hos handelspartnerne våre i EU/EØS.⁹ Det har også vært stor etterspørsel etter arbeidskraft i det norske arbeidsmarkedet. I senere år har Norge derfor, i tråd med tjenestefriheten, i stor utstrekning tatt imot midlertidig utsendte arbeidstakere fra europeiske lavkostland. Når et arbeidsoppdrag kun utføres *midlertidig* i et høykostland som Norge, kan imidlertid de utsendte arbeidstakerne arbeide for en lønn som ikke samsvarer med kostnadsnivået i vertslandet.¹⁰ Dette fordi arbeidstakeren hovedsakelig har sine faste utgifter, herunder sitt hjem og sin familie, i hjemlandet. Det er derfor aktuelt å belyse hvor langt Norge kan gå i å regulere disse arbeidstakernes lønn, både for å sikre rettfærdig konkurranse, og for å ivareta sosiale hensyn.

I mars aktualiserte dette temaet seg i en sak mot Finland, *Sähköalojen ammattiliitto-*dommen.¹¹ Også i Norge har spørsmål om tolkningen av minstelønnsbegrepet, samt Utsendingsdirektivets forhold til tjenestefriheten nylig aktualisert seg. Dette fordi Høyesteretts dom i Verftssaken¹² er klagt inn for ESA¹³ grunnet et påstått brudd på Norges EØS-rettslige forpliktelser. På bakgrunn av dette er Verftssaken svært aktuell, og vil trekkes inn under flere av fremstillingens hovedpunkter. I det følgende vil det derfor kort redegjøres for sakens faktum og aktualitet.

1.2.2 Verftssaken

Bakgrunnen for tvisten var at Tariffnemda vedtok en forskrift¹⁴ om allmenngjøring av en tariffavtale innenfor skips- og verftsindustrien, jf. allmenngjøringsloven § 5.¹⁵ Dette ga enkelte av tariffavtalens arbeids- og ansettelsesvilkår anvendelse både overfor uorganiserte innenlandske arbeidstakere, og overfor midlertidig utsendte arbeidstakere.

⁹ Jf. NOU 2012: 2, ”Utenfor og innenfor” side 448.

¹⁰ Kjetil Stensvik, ”Sosial dumping og nasjonal regulering av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelighet for tjenester”, *Arbeidsrett*, 01/2007 s. 1-54 side 3.

¹¹ Sak C-396/13, EU:C:2015:86.

¹² Rt. 2013 s. 258.

¹³ EFTAs overvåkningsorgan, jf. avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA), 2. mai 1992, artikkel 4, 5 og 31.

¹⁴ Forskrift 27. november 2014 nr. 1829.

¹⁵ Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

Ni skipsverft gikk sammen og anla sak mot staten v/Tariffnemda med påstand om at allmenngjøringen utgjorde et brudd på Norges EØS-rettslige forpliktelser – både etter Utsendingsdirektivet og etter EØS-avtalen artikkel 36. Ettersom det er dyrt å overholde norske krav, ble det anført at allmenngjøringen ville utestenge utenlandske tjenesteytere fra det norske arbeidsmarkedet. Høyesterett konkluderte imidlertid med at allmenngjøringen ikke var i strid med EØS-retten.

Høyesteretts dom i Verftssaken er kontroversiell, og har vært omdiskutert etter at den ble avsagt i 2013. Dette er delvis fordi EFTA-domstolen avsa en rådgivende uttalelse i saken som betviles ganske åpenlyst i Høyesteretts dom.¹⁶ Det hører til sjeldenhetene at dette skjer, og motstriden mellom den rådgivende uttalelsen og Høyesteretts syn gir grunn til å se nærmere på saken. Videre har ESA gransket dommen, og konkluderer i et brev til Norge med at resultatet utgjør et brudd på Norges EØS-rettslige forpliktelser.¹⁷ ESA har ikke kompetanse til å pålegge medlemsstatene plikter, men kan stevne et EFTA-land for EFTA-domstolen grunnet feil eller mangelfull gjennomføring av EØS-retten.¹⁸ Regjeringen har inngitt motsvar i saken, og det gjenstår å se om korrespondansen kan føre til enighet, eller om saken tas videre til EFTA-domstolen. Det er første gang det skjer, og det er også politisk sensitivt at ESA gransker en norsk høyesterettsdom. Dette er en indikasjon på at temaet er viktig, hvilket gjør det aktuelt å se nærmere på de alternative tolkningene av vertslandets handlingsrom. Hvor stor innflytelse EØS-retten skal ha på norsk rett, er et politisk betent spørsmål hvor både hensynet til medlemsstatenes suverenitet, og målet om rettsenhet¹⁹ aktualiseres.

1.3 Overordnede hensyn

1.3.1 Motstrid og avveining

Ulike, og til dels også motstridende hensyn må avveies mot hverandre i vurderingen av Norges handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakeres lønnsvilkår. På den ene side står hensynet til tjenestefriheten og ønsket om å oppnå et indre marked, herunder utenlandske

¹⁶ Sak E-2/11, EFTA Ct. Rep. 2012 s.4.

¹⁷ Case No: 74557, 10 July 2015.

¹⁸ Jf. EØS-avtalen artikkel 108 nr. 2.

¹⁹ EØS-retten skal tolkes i lys av målet om å oppnå et ensartet europeisk marked, jf. EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1.

tjenesteyteres rett til å utnytte sin konkurransemessige fordel.²⁰ Dette må avveies mot vertslandets behov for å sikre rettferdig konkurranse, og mot ønsket om å beskytte det nasjonale arbeidsmarkedet mot dumping av lønns- og arbeidsvilkår. Det kan sies, som et helt overordnet utgangspunkt, at hensynet til det arbeidsrettslige rasjonale – herunder arbeidstakeres sosiale rettigheter, står mot hensynet til det konkurranserettslige rasjonale – herunder tjenestefriheten.

1.3.2 Konkurrans hensyn

Hvilken lønn en tjenesteyter må betale sine ansatte, er av stor betydning for hvilken pris vedkommende kan tilby sine tjenester for. Tjenesteytere som er etablert i lavkostland, har ofte en konkurransemessig fordel ved å utstasjonere sine arbeidstakere til høykostland. I tråd med Roma-forordningen²¹ kan disse utføre midlertidige oppdrag i høykostlandet, og som hovedregel fremdeles være underlagt sitt hjemlands arbeidsrett.²² Dette reduserer tjenestens kostpris, og gir dermed tjenesteyteren et fortrinn i konkurransen om oppdragskontrakter på bekostning av vertslandets tjenesteytere.

Denne lavlønnskonkurransen har en rekke uheldige konsekvenser for norske arbeidstakere. Det legges press på det norske lønnsnivået, og midlertidig utsendte arbeidstakere tar arbeidsplasser. For å beskytte det nasjonale arbeidsmarkedet, er det derfor i vertslandenes interesse å regulere leveringen av tjenester. Dette kan gjøres ved å stille minstekrav til arbeidstakernes arbeids- og ansettelsesvilkår. Slike minstekrav utgjør imidlertid ofte en restriksjon på tjenestefriheten, og medfører at tjenesteytere fra lavkostland i mindre grad får utnytte sin konkurransefordel. I tillegg kan det tenkes at slike minstekrav ikke egentlig har den ønskede effekten å gjøre konkurransen mer rettferdig. Dette fordi høykostlandene selv ofte har et konkurransemessig forsprang innen eksempelvis forskning og teknologi.

²⁰ EØS-avtalen artikkel 36.

²¹ Europa- Parlamentets og Rådets forordning 593/2008/EF om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Roma-forordningen).

²² Catherine Barnard, *EU employment law*, 4. utgave (Oxford 2012) side 213.

1.3.3 Sosiale hensyn

Sosiale hensyn, herunder arbeidstakeres rettigheter og hensynet til å unngå sosial dumping, er også av overordnet betydning i vurderingen av vertslandets handlingsrom. Hvordan arbeidstakere best beskyttes, beror imidlertid på hvilket lands arbeidstakere en har i fokus.²³

Vertslandets arbeidstakere har behov for beskyttelse mot lavlønnskonkurranse. Presset på nasjonale lønninger blir større desto snevrere vertslandets adgang til regulering gjøres. Videre har vertslandets arbeidstakere også behov for beskyttelse mot at billig, utenlandsk arbeidskraft fratrar dem deres arbeidsplasser.

Det er imidlertid ikke like opplagt hvordan hensynet til *utsendte arbeidstakere* best ivaretas. Ved å gi tjenestefriheten prioritet, slik at vertslandet tilkjennes et snevert handlingsrom til å regulere lønnsvilkårene, får tjenesteytere fra lavkostland utnytte sin konkurransemessige fordel. Slik sikres også i størst grad at den utenlandske tjenesteyteren vinner oppdragskonkurranser i vertslandet, og dermed også at tjenesteyterens arbeidstakere faktisk får arbeid, og kan utstasjoneres.

Dersom vertslandet gis et for vidt handlingsrom til å sikre utsendte arbeidstakere gode lønnsvilkår, kan derimot resultatet bli at det ikke lønner seg for utenlandske tjenesteytere å benytte seg av tjenestefriheten. Desto høyere lønnsutgiftene til de ansatte blir, desto mer svekkes konkurransefortrinnet. Gunstige lønnsvilkår og sosiale standarder kan dermed hindre eller vanskeliggjøre utsendte arbeidstakeres tilgang til vertslandets arbeidsmarked, slik at det sosiale vernet i realiteten blir illusorisk. Paradoksalt nok kan følgelig en rett til vertslandets bedre lønnsvilkår være negativt for de utsendte arbeidstakerne. Til dette kommer at arbeidstakere fra lavkostland ofte er svært fornøyde med utstasjoneringsslønnen, selv om denne ligger under vertslandets minstelønn. Det kan derfor innvendes at det bør være opp til den enkelte arbeidstaker å avgjøre hvilke lønnsvilkår vedkommende er villig til å akseptere. Lønn er hovedsakelig et privatrettslig forhold, hvilket taler mot å la vertslandet legge for store begrensninger på arbeidstaker og arbeidsgivers avtalefrihet.

²³ Følgende avsnitt bygger på Stensvik (2007) side 5 og 6.

Ved å gi vertslandet et større handlingsrom til å underlegge utenlandske tjenesteytere sitt arbeidsrettslige regime, sikres imidlertid de utsendte arbeidstakerne et sterkt sosialt vern dersom de faktisk inntar vertslandets tjenestemarked.

Mange og til dels motstridende hensyn gjør seg altså gjeldende, slik at vurderingen av vertslandets handlingsrom er kompleks. Avveiningen av nasjonal arbeidsrettsregulering og forholdet til tjenestefriheten er derfor omstridt i EU/EØS-retten. Saker vedrørende tolkningen av Utsendingsdirektivet og balanseringen av de underliggende hensynene reises til stadighet for EU-domstolen.

1.4 Utsendingsdirektivet

1.4.1 Presentasjon og formål

Utsendingsdirektivet nedfeller de grunnprinsipper som er utviklet i EU-domstolen på området for utsending av arbeidskraft, og kan derfor betraktes som en av avhandlingens mest sentrale rettskilder. Direktivet har fått anvendelse i Norge gjennom EØS-avtalen,²⁴ noe som forplikter Norge til å gjennomføre direktivet i nasjonal rett. Dette er gjort gjennom arbeidsmiljøloven § 1-7 og Utsendingsforskriften.²⁵

Direktivet bygger på det indre markedes målsetning om å fjerne restriksjoner på tjenestefriheten. Dets hovedformål er å balansere de overordnede hensyn som gjør seg gjeldende ved grensekryssende tjenesteyting, jf. punkt 1.3 ovenfor.²⁶ Det skal sikre tjenestefriheten, men samtidig forhindre sosial dumping. Videre er direktivet ment som et koordinerende instrument, noe som vil si at det skal regulere hvilket lands rett som har anvendelse under en utstasjonering. Det er derimot ikke ment som en harmonisering av de materielle reglenes innhold.²⁷

²⁴ Jf. artikkel 102 (1).

²⁵ Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.

²⁶ Jf. punkt 1 og 5 i Utsendingsdirektivets fortale (forutsetningsvis), samt Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) side 5.

²⁷ Sak C-396/13 (avsnitt 31).

1.4.2 Utsendingsdirektivet som lovvalgsdirektiv

Et sentralt spørsmål ved grensekryssende arbeid, er hvilket lands rett arbeidsforholdet reguleres av.²⁸ For medlemsstatene i EU styres lovvalget hovedsakelig av Roma-forordningen.²⁹ I Norge reguleres dette av ulovfestede nasjonale regler, som hovedsakelig er sammenfallende med reglene i Roma-forordningen. Hovedregelen etter begge regelverkene er at arbeidsforholdet reguleres av arbeidsretten i det landet hvor arbeidstakeren *vanligvis utfører sitt arbeid*, med mindre partene selv har avtalt noe annet.³⁰ Ved midlertidige utsendinger er dette det landet som arbeidstakeren er ansatt i, ikke vertslandet.

Utsendingsdirektivets bestemmelser har imidlertid anvendelse foran Roma-forordningen.³¹ I direktivet angis en hard kjerne av vertslandets arbeids- og ansettelsesvilkår som *skal* gis anvendelse overfor utsendte arbeidstakere for å sikre en viss minimumsbeskyttelse, jf. artikkel 3 nr. 1 bokstav (a)-(g) og punkt 13 og 14 i direktivets fortale. Medlemsstatene er ikke forpliktet til å vedta regler, men dersom slike finnes i lov, forskrift, eller i allmenngjort tariffavtale, skal vertslandet gi disse reglene anvendelse også overfor utsendte arbeidstakere. En forutsetning er imidlertid at hjemlandets lovgivning ikke gir arbeidstakeren mer favorable rettigheter (noe som er usannsynlig dersom arbeidstakeren utstasjoneres fra et lavkostland til et høykostland).³²

Artikkel 3 nr. 1 c) forplikter vertslandet til å påse at utsendte arbeidstakere sikres den ”minstelønn” som er fastsatt i lov, forskrift eller i allmenngjort tariffavtale. Videre *kan* vertslandet gjøre andre arbeids- og ansettelsesvilkår gjeldende, forutsatt at det dreier seg om bestemmelser om ”offentlig orden”, jf. artikkel 3 nr. 10. Utsendingsdirektivet angir med dette en uttømmende regulering av hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår vertslandet kan gi anvendelse overfor utsendte arbeidstakere.

²⁸ Kristin Slørdahl Hjort, ”Internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2009 s. 41-177 (side 131-132).

²⁹ EP/Rfor 593/2008/EF.

³⁰ *Ibid.* artikkel 8 nr. 2.

³¹ *Ibid.* artikkel 23.

³² Barnard (2014) side 6.

1.5 Avgrensning og videre fremstilling

Avhandlingen avgrenses til vertslandets handlingsrom etter Utsendingsdirektivet (innenfor dets virkeområde), og etter EØS-avtalen artikkel 36. Konsekvensene av at grensene for handlingsrommet overtres, vil ikke behandles.

I fremstillingen vil det først, under punkt 2, vurderes hvordan Utsendingsdirektivets minstelønnsbegrep avgrenses i bredden, altså hvilke lønns-elementer og ytelser som kan inngå i vertslandets definisjon av begrepet. Dernest, under punkt 3, vil det noe komplekse forholdet mellom Utsendingsdirektivet og primærretten behandles. Der hvor Høyesteretts syn i Verftssaken avviker fra det som er lagt til grunn i EU/EØS-retten, vil det knyttes noen særlige kommentarer til dette.

Det må kunne sies at Utsendingsdirektivet er bygget opp på en noe uoversiktlig måte, og at tolkningen av dets bestemmelser, samt av den innbyrdes sammenhengen mellom disse, er svært teknisk. På tross av at artikkel 3 nr. 10 er en del av sekundærretten (som hovedsakelig behandles i punkt 2), synes det likevel mest hensiktsmessig å behandle denne bestemmelsen senere i fremstillingen. Årsaken til dette er at en forutsetning for artikkelens anvendelse er at det aktuelle arbeids- eller ansettelsesvilkåret ikke faller inn under områdene som listes opp i artikkel 3 nr. 1 – altså at ordningen eksempelvis faller *utenfor* minstelønnsbegrepets bredde. I slike tilfeller kan artikkelen utvide vertslandets handlingsrom, slik at også arbeids- og ansettelsesvilkår av fundamental betydning kan gis anvendelse overfor utsendte arbeidstakere.

Avslutningsvis vil det foretas en vurdering av om – og i tilfelle hvordan – eventuelle uklarheter som viser seg å foreligge, kan avklares for å oppnå målet om rettsenhet. Det vil også knyttes noen bemerkninger til (det noe paradoksale) forholdet mellom de overordnede hensyn, jf. punkt 1.3, samt til vektingen av disse.

Det vil tas utgangspunkt i norske språkversjoner av rettskildene. Der hvor det ikke finnes autentiske versjoner på norsk, vil dansk språkversjon benyttes. Hvilken juridisk metode som anvendes, vil tilpasses de ulike rettskildene. Særlige spørsmål knyttet til språk, rettskilder og juridisk metode vil hovedsakelig kommenteres i de konkrete drøftelsene. En gjennomgående

metode i oppgaven er likevel at Høyesteretts syn i Verftssaken sammenholdes med Utsendingsdirektivets ordlyd, samt med den tolkning som har blitt lagt til grunn i EU- og EFTA-domstolens rettspraksis. Det kan også nevnes at EFTA-domstolens rettspraksis om Utsendingsdirektivet er svært begrenset, slik at EU-domstolens praksis vil være fremstillingens mest sentrale rettskilde,³³ ved siden av lovgivning.³⁴

³³ Målet om rettsenhet innenfor EØS-område gjør EU-domstolens avgjørelser til en viktig rettskildefaktor ved EØS-rettslige tolkningsspørsmål. Se EØS-avtalen artikkel 6.

³⁴ Joakim Augeli Karlsen og Stein Evju, ”Tarifflike vilkår som EØS-rettslig restriksjon”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, 2011 s.1-128 side 11.

2 Utsendingsdirektivets føringer for vertslandets handlingsrom – minstelønnsbegrepet

2.1 Allmenngjøring av minstelønnsbestemmelser

I Norge reguleres arbeidstakeres lønnsnivå hovedsakelig ved individuelle eller kollektive avtaler, og lønnssetser fastsettes med utgangspunkt i tariffavtaler.³⁵ Etter allmenngjøringsloven § 5 kan Tariffnemda på visse vilkår treffe vedtak om allmenngjøring av slike tariffavtaler, hvilket gir avtalen virkning som en generell forskrift. Avtalens bestemmelser kan på denne måten få anvendelse overfor utsendte arbeidstakere.

Utsendingsdirektivet både forplikter og berettiger Norge til å påse at foretak som er etablert i en annen medlemsstat, og som utstasjonere arbeidstakere til norsk territorium, sikrer arbeidstakerne den ”minstelønn” som eventuelt er fastsatt i en slik allmenngjort tariffavtale, jf. artikkel 3 nr. 1 c), jf. artikkel 1. Hvilke av tariffavtalens lønnsvilkår som kan gis anvendelse overfor utsendte arbeidstakere ved allmenngjøring, beror følgelig på en tolkning av begrepet ”minstelønn”. Slik er altså minstelønnsbegrepets bredde av stor betydning for Norges handlingsrom.

Dermed oppstår spørsmålet om hvilke ytelser og elementer som kan inngå i Utsendingsdirektivets minstelønnsbegrep. Under dette hovedpunktet vil det vurderes hvordan minstelønnsbegrepet må tolkes og avgrenses for å være i samsvar med EU/EØS-retten. Spørsmålet har flere ganger vært reist for EU-domstolen,³⁶ og aktualiserte seg også i Verftssaken. Først vil det imidlertid knyttes noen generelle kommentarer til medlemsstatenes skjønnsfrihet ved definisjonen av begrepet.

³⁵ Arne Fanebust, ”Innføring i arbeidsrett”, 4.utgave (Oslo 2015) side 160.

³⁶ Jf. eksempelvis sak C-341/02, EU:C:2005:220 om beregningen av minstelønnen, og Sak C-522/12, EU:C:2013:711 om minstelønnsbegrepets elementer.

2.2 Medlemsstatenes skjønnsfrihet

Det følger av Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 andre ledd at begrepet ”minstelønn” skal defineres

”...i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis i den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til”.

Ordlyden åpner for at vertslandet fritt kan avgrense minstelønnsbegrepets bredde, og dermed selv avgjøre hvilke elementer som skal inngå i den nasjonale definisjonen. Et slikt utgangspunkt samsvarer med det faktum at Utsendingsdirektivet ikke er ment som en harmonisering av reglenes materielle innhold.

Det kan imidlertid spørres om vertslandets skjønnsfrihet likevel er underlagt EU/EØS-rettslige begrensninger.

I denne retning taler det faktum at Utsendingsdirektivet er sekundærrett. Hierarkiet mellom rettskildene i EU/EØS-retten tilsier at sekundærrett, som er gitt med hjemmel i primærretten, må samsvare med denne.³⁷ Utsendingsdirektivet er inntatt i EØS-avtalen, og har lavere trinnhøyde enn avtalens hoveddel, hvilket kan tilsi at definisjonen må være i tråd med primærretten. Ytterligere i denne retning taler også *Jaeger*-dommen, som gjaldt arbeidstidsdirektivet,³⁸ hvor det fremgår at ”[d]en omstændighed, at der i definitionen af begrebet arbejdstid henvises til «national lovgivning og/eller praksis», indebærer således ikke, at medlemsstaterne ensidigt kan fastlægge begrebets rækkevidde”.³⁹

Også formålsbetraktninger, som er en tungtveiende rettskilde i EU/EØS-retten, taler mot at vertslandet fritt kan definere minstelønnsbegrepets innhold. Desto flere elementer som kan inkluderes i begrepets bredde, desto større blir vertslandets handlingsrom til å begrense tjenestefriheten. Risikoen for omgåelser blir også tilsvarende stor. Målet om rettsenhet tilsier videre at vertslandet må være underlagt den avgrensning av minstelønnsbegrepet som kan utledes av Utsendingsdirektivet, og av EU- og EFTA-domstolens rettspraksis. Som det vil

³⁷ Direktivet er hjemlet i artikkel 53 nr. 1 og artikkel 62 i TEUV.

³⁸ Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2003/88/EF.

³⁹ Sak C-151/02, EU:C:2003:437 (avsnitt 59).

fremgå av punkt 2.4, finnes det retningslinjer for tolkningen av minstelønnsbegrepet både i Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 c), og i artikkel 3 nr. 7. Videre fremheves det av generaladvokaten⁴⁰ i *Sähköalojen ammattiliitto*-dommen at også den utvikling som har skjedd i rettspraksis må tas i betraktning ved tolkningen av Utsendingsdirektivets bestemmelser.⁴¹

På denne bakgrunn må konklusjonen være at EU/EØS-retten legger visse føringer for vertslandets skønnsutøvelse, selv om Utsendingsdirektivet henviser til nasjonal rett og praksis ved definisjonen av minstelønnsbegrepet. Med disse føringene som ramme, vil det i det følgende foretas en nærmere vurdering av grensene for minstelønnsbegrepets bredde.

2.3 Begrepet “minstelønn”

Begrepet ”minstelønn” er verken definert i Utsendingsdirektivet eller i norsk rett. En naturlig språklig forståelse av ”lønn” tilsier kompensasjon eller vederlag for en ytelse, og gir anvisning på godtgjørelse eller betaling for arbeid. Ordlyden ”minstelønn” tilsier et laveste beløp som arbeidstakeren, i kraft av en ytelse, har krav på å få utbetalt. Ordlyden gir også indikasjon på et absolutt gulv eller minstenivå som arbeidstaker og arbeidsgiver ikke kan avtale seg bort fra.

At det kun er bestemmelser om *minstelønn* som kan allmenngjøres, tilsier også at utenlandske tjenesteytere ikke kan pålegges en lønnsmessig forpliktelse som overgår det absolutte minimum som er fastsatt.⁴² Dette gjelder selv om de fleste arbeidstakere i praksis betales mer enn dette lov- eller tariffbestemte gulvet. En slik tolkning bidrar til å balansere de overordnede hensyn som gjør seg gjeldende ved utstasjonering, jf. punkt 1.3. Dette ved at utenlandske tjenesteytere beholder en del av sin konkurransemessige fordel, samtidig som vertslandets nasjonale arbeidstakere til en viss grad beskyttes mot lavlønnskonkurranse.

⁴⁰ Generaladvokatens innstillinger binder ikke EU-domstolen, men vil tillegges en viss rettskildevekt. Dette fordi generaladvokatene har høy faglig kompetanse, og drøftelsene er mer inngående og detaljerte enn EU-domstolens drøftelser.

⁴¹ Generaladvokatens innstilling i sak C-396/13, EU:C:2014:2236 (avsnitt 35).

⁴² Sak C-341/05, EU:C:2007:809 (avsnitt 70).

Det faktum at det kun er vertslandets minstesatser for lønn som omfattes av begrepet, illustreres i *Luxembourg-dommen*.⁴³ Det fremgår av dommen at fellesskapslovgiveren med artikkel 3 nr. 1 c) har ønsket å begrense vertslandets ”beføjelser med hensyn til indgreb på lønsområdet til fastsættelse af minstelønnen”.⁴⁴ En nasjonal lovbestemmelse i Luxemburg tillot imidlertid en automatisk indeksregulering av lønnen (etter levekostnadene i landet) som gikk *utover* den preseptoriske minstelønnen. Ettersom indeksreguleringen kunne overstige minstelønnen, kom EU-domstolen til at bestemmelsen falt utenfor ordlyden i artikkel 3 nr. 1 c).

Av dommen *Island mot ESA* fremgår det at lønnen enten må fastsettes som en flat minstesats, eller beregnes ut fra en minstesats.⁴⁵ Den kan, for å kunne allmenngjøres som en bestemmelse om ”minstelønn”, ikke beregnes ut fra den *faktiske* lønnen arbeidstakeren har oppnådd, hvilket var tilfellet for retten til sykebetaling i dommen.⁴⁶

Videre er også *Kommisjonen mot Tyskland* presiserende for hvilke elementer som kan inngå i minstelønnsbegrepet.⁴⁷ Saken gjaldt hvilke tillegg og supplerende ytelser vertslandet skal medta i beregningen av om en tjenesteyter har oppfylt sine minstelønnsforpliktelser. Evju og Karlsen tolker dommen slik at det ”avgjørende er hvilke minimumskrav som stilles til *innenlandske* virksomheter etter nasjonal lovgivning og praksis”.⁴⁸ Vertslandet kan ikke inkorporere andre elementer i det som skal gjøres gjeldende overfor utenlandske tjenesteytere, enn de elementene som inngår i den innenlandske minstelønnen.⁴⁹ Dermed kan eksempelvis ikke reiseutgifter inkorporeres i utsendte arbeidstakeres minstelønn, med mindre disse også inngår som et element i den innenlandske minstelønnen.

Av dommene ovenfor kan det utledes at tjenesteytere ikke kan pålegges å betale mer enn det preseptoriske minimum som gjelder for enhver der hvor reglene gjelder. Det preseptoriske minimum kan likevel variere mellom ulike områder og bransjer.⁵⁰

⁴³ Sak C-319/06, EU:C:2008:350.

⁴⁴ *Ibid.* avsnitt 47.

⁴⁵ Sak E-12/10, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117 (avsnitt 46-47).

⁴⁶ *Ibid.* avsnitt 46.

⁴⁷ Sak C-341/02.

⁴⁸ Karlsen og Evju (2011) side 104.

⁴⁹ *Ibid.* side 104.

⁵⁰ Stein Evju, ”Arbeidsrett i møte med Europa”, *Kritisk juss* 03/2009, s. 244-270 side 266.

Videre følger det av *Isbir*-dommen at det "... udelukkende [er] de lønelementer, som ikke ændrer forholdet mellem på den ene side arbeidstagerens arbejdsydelse og på den anden side den modydelse, som den pågældende modtager, der kan tages i betragtning ved fastlæggelsen af mindstelønnen...".⁵¹ I dette ligger at dersom en arbeidsgiver pålegger arbeidstakeren å utføre ekstra arbeid, eller å arbeide under spesielle forhold, skal kompensasjonen for dette ikke anses som minstelønn. I tillegg presiseres det at selv om betalingen foretas "...uden for den periode, for hvilken de ansås for vederlag for de berørte arbeidstageres arbejdsydelse..." kan betalingene inngå i minstelønnsbegrepet.⁵² Dette må bety at etterbetalinger kan være "minstelønn".

Minstelønnsbegrepets bredde avgrenses også både i *Laval*- og i *Arblade*-dommen. I *Arblade*-dommen (avsagt før direktivets ikrafttredelse) kom EU-domstolen til at godtgjørelser som ble beregnet med utgangspunkt i bruttominstelønnen, forutsetningsvis også måtte være noe annet enn minstelønn.⁵³ Dette medfører at ytelser som beregnes ut ifra minstelønnen ikke også kan inngå som elementer i minstelønnsbegrepet. Av *Laval*-dommen fremgår at heller ikke betaling i form av "særlige byggetillæg" inngår i minstelønnsbegrepet.⁵⁴ Bestemmelser om slik betaling kan følgelig ikke allmenngjøres etter artikkel 3 nr. 1 c).⁵⁵

Det er imidlertid ikke bare minstelønnsbegrepets ordlyd og EU-domstolens presiserende tolkning som gir føringer for vertslandets definisjon av minstelønnsbegrepet. På tross av at Utsendingsdirektivet ikke harmoniserer minstelønnsbegrepets materielle innhold, presiserer enkelte av dets bestemmelser hvilke elementer som (ikke) kan inngå i begrepets bredde.⁵⁶

⁵¹ Sak C-522/12 (avsnitt 40).

⁵² *Ibid.* avsnitt 42.

⁵³ Forente saker C-369/96 og 376/96, EU:C:1999:575 (avsnitt 46 og 47).

⁵⁴ Sak C-341/05.

⁵⁵ Barnard (2014) side 20.

⁵⁶ Sak C-396/13, (avsnitt 31).

2.4 Direktivets uttrykkelige føringer for tolkningen

2.4.1 Artikkel 3 nr. 1 bokstav c)

En av bestemmelsene som gir retningslinjer for tolkningen, er artikkel 3 nr. 1 c). Av bestemmelsen fremgår det at *overtidsbetaling* inngår i minstelønnsbegrepet. En forutsetning for dette må imidlertid være at overtidstillegget, dersom det utbetales som en prosentandel av den faste timelønnen, beregnes med utgangspunkt i den gjeldende *minstelønnen*, og ikke ut i fra den lønn arbeidstakeren *faktisk* får utbetalt, jf. ovenfor i punkt 2.3. I tillegg er det en forutsetning at overtidstillegget er klart og forutberegnelig for den utenlandske tjenesteyteren.⁵⁷ Hvilken lønn vedkommende vil måtte betale sine ansatte ved utstasjoneringen er, som tidligere nevnt, av stor betydning for hvilken pris tjenesteyteren kan tilby sine tjenester for. Det må derfor være forutsigbart hvilken sum overtidstillegget vil kunne utgjøre.

Hvorvidt tariffavtalens bestemmelse om overtidstillegg kunne anses som ”minstelønn”, var et av spørsmålene i Verftssaken. Både EFTA-domstolen og Høyesterett kom til at dette var tilfelle. EFTA-domstolen presiserte imidlertid at overtidstillegget måtte begrenses til minstelønn for arbeid som ble utført utover lengste, ordinære arbeidstid.⁵⁸ Høyesterett tolket forskriften slik at overtidstillegget skulle beregnes ut fra minstelønnen som var fastsatt i tariffavtalen, og ikke som en prosentandel av de utsendte arbeidstakernes oppnådde timelønn. Bestemmelsen som ga rett på overtidstillegget var følgelig en bestemmelse om ”minstelønn” som kunne allmenngjøres.⁵⁹

Videre fremgår det av artikkel 3 nr. 1 c) at supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger ikke inngår som et element i minstelønnsbegrepets bredde. En grunn til dette kan være at rekkevidden av slike ordninger beror på det enkelte lands politikk. Medlemsstatene har svært ulike pensjonsordninger, og det varierer hvor store bidrag den enkelte arbeidstaker må innbetale til ordningene.⁶⁰

⁵⁷ Sak C-233/00, EU:C:2003:371 (avsnitt 76).

⁵⁸ Sak E-2/12 (avsnitt 57).

⁵⁹ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 131-135).

⁶⁰ Karlsen og Evju (2011) side 102.

2.4.2 Artikkel 3 nr. 7 andre ledd

Det kan også spørres om hvorvidt artikkel 3 nr. 7 andre ledd gir et uttrykkelig bidrag til tolkningen av minstelønnsbegrepet. Det fremgår av bestemmelsen at

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

Ytelser som utgjør en ”refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen” skal altså *ikke* anses som en del av minstelønnen. Det er særlig hvilke føringer for tolkningen av minstelønnsbegrepet som kan utledes av denne delen av bestemmelsen som har voldt tvil, og som vil drøftes i det følgende. Dette er et aktuelt tema, og ble nylig behandlet både i Verftssaken og i *Sähköalojen ammattiliitto*-dommen.⁶¹

Ordlyden ”refusjon av utgifter” tilsier at betaling og godtgjørelse som ikke utgjør en berikelse for arbeidstakeren, ikke skal anses som en del av arbeidstakerens minstelønn. Dette vil eksempelvis være tilfellet dersom arbeidstakeren selv har måttet foreta utlegg i forbindelse med utsendingen. Den etterfølgende betalingen fra arbeidsgiveren skal i slike tilfeller anses som en *tilbakebetaling* av kostnaden, og ikke som kompensasjon for arbeidet.

At formålet med bestemmelsen er å gi arbeidstakerne økt beskyttelse, synes ikke å være bestridt. Disse skal *både* kunne kreve minstelønn, og i visse tilfeller refusjon av spesifikke utlegg og omkostninger. Bestemmelsen forstås slik av både EFTA-domstolen, ESA og av Høyesterett i Verftssaken. Dette innebærer at minstelønnen ikke skal anses for å være *betalt* ved at arbeidstakerens utgifter ved utsendingen dekkes. Tilsvarende følger også av *Sähköalojen ammattiliitto*-dommen.

Dette synes også hensiktsmessig, ettersom utsendte arbeidstakere i motsatt fall vil sitte igjen med mindre kompensasjon for samme mengde arbeid. Artikkel 3 nr. 7 andre ledd skal sikre at utsendte arbeidstakere faktisk får den økonomiske motverdien til arbeidet som vedkommende har krav på etter artikkel 3 nr. 1 c). Arbeidstakeren skal ikke selv måtte dekke de utgifter arbeidsgiveren har ved utførelsen av arbeidsoppdraget, ettersom dette ville kunne uthule retten til en viss minstelønn.

⁶¹ Sak C-396/13.

Bestemmelsens rasjonale illustreres på en god måte av Høyesterett i Verftssaken.⁶² De utsendte arbeidstakernes utgifter i forbindelse med utstasjoneringen var ca. 50 kroner per arbeidstime. Med utgangspunkt i en allmenngjort minstelønn på ca. 120 kroner, ville den faktiske timelønnen arbeidstakerne kunne oppnå, dersom utgiftene ble medtatt i beregningen av minstelønnen, kun være på ca. 70 kroner.

Det er følgelig ikke omstridt at artikkel 3 nr. 7 andre ledd skal tolkes slik at en arbeidsgiver som pålegger arbeidstakere å arbeide under spesielle forhold, skal kompensere for de ekstra utgifter dette eventuelt medfører, uten at utgiftene medtas i *beregningen* av minstelønnen. Det synes heller ikke å være omstridt at dette også gjelder eventuelle tillegg arbeidstakeren mottar for ubekvemheter, ulemper eller fare i forbindelse med arbeidet. Dette kan blant annet utledes fra dommen *Kommisjonen mot Tyskland*, hvor det uttales at det er vanlig at en arbeidsgiver som pålegger arbeidstakerne å utføre ekstra arbeid, eller å arbeide under særlige omstendigheter, kompenserer for dette "...uden at compensationen skal medtages ved beregningen af mindstelønnen".⁶³

2.4.2.1 Er artikkel 3 nr. 7 andre ledd også begrensende for definisjonen av minstelønnsbegrepet?

Et spørsmål som derimot er svært omstridt, er hvorvidt det faktum at slike utgifter "ikke skal betraktes som en del av minstelønnen til arbeidstaker", *også* begrenser vertslandets handlingsrom ved *definisjonen* av minstelønnsbegrepet etter artikkel 3 nr. 1 c). I bekreftende fall vil artikkel 3 nr. 7 andre ledd ha den konsekvens at bestemmelser i vertslandet som pålegger tjenesteytere å dekke slike utgifter, ikke kan allmenngjøres etter artikkel 3 nr. 1 c). En slik begrensning av vertslandets skjønnsfrihet forutsetter en kontekstuell tolkning av minstelønnsbegrepet som anvendes i artikkel 3 nr. 7 andre ledd, med vilkåret "minstelønn" i artikkel 3 nr. 1 c).

En kontekstuell tolkning av bestemmelsene ekskluderer "refusjon av utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen" fra de elementer som vertslandet kan medta i minstelønnsbegrepets bredde etter artikkel 3 nr. 1 c). Dette vil følgelig begrense vertslandets

⁶² Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 149).

⁶³ Sak C-341/02 (avsnitt 40).

handlingsrom til å allmenngjøre nasjonale bestemmelser, og det vil bero på *hjemlandets* rett om arbeidsgiveren plikter å kompensere for arbeidstakernes utgifter ved utstasjonering. Alternativet til en slik kontekstuell tolkning, er å tolke artikkel 3 nr. 7 andre ledd slik at den *kun* gir uttrykk for hvilke elementer som ikke kan medtas i *beregningen* av minstelønnen.

Spørsmålet om forholdet mellom artikkel 3 nr. 7 andre ledd og artikkel 3 nr. 1 c) er omdiskutert. I det følgende vil dette drøftes i lys av Verftssaken. Et spørsmål som reiste seg i denne saken var hvorvidt allmenngjøringen av en bestemmelse i tariffavtalen – som påla arbeidsgiver å dekke arbeidstakers utgifter til reise, kost og losji – var i strid med Utsendingsdirektivet.

Det vil først redegjøres for EFTA-domstolens og ESAs tolkning. Dernest vil det redegjøres for Høyesteretts syn, og vurderes hvordan dette samsvarer med nyere rettspraksis fra EU-domstolen.

2.4.2.2 EFTA-domstolens og ESAs tolkning

Utgifter til reise, kost og losji brukes i artikkel 3 nr. 7 andre ledd som eksempel på ”utgifter som faktisk er påløpt på grunn av utsendingen”, og som derfor ikke skal anses som en del av minstelønnen. EFTA-domstolen legger til grunn at ”[s]like betalinger kan ikke omfattes av begrepet lønn i artikkel 3 nr. 1 i direktivet, da de av natur er kompensasjon for nødvendige utgifter som er påløpt på grunn av utsendingen”.⁶⁴ Videre uttales også at Utsendingsdirektivet ikke tillater medlemsstaten ”å sikre arbeidstakere utsendt til dens territorium fra en annen EØS-stat kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji ... med mindre dette kan rettfærdiggjøres på grunnlag av bestemmelser om offentlig orden”.⁶⁵

Med dette avviser EFTA-domstolen ganske kategorisk å anse slike utgifter som ”minstelønn” etter artikkel 3 nr. 1 c). Det vurderes ikke hvorvidt utgiftene kan inngå i minstelønnsbegrepets bredde. Dette kan tilsi at EFTA-domstolen anser artikkel 3 nr. 7 andre ledd som en uttrykkelig presisering av hvilke elementer som kan inngå i minstelønnsbegrepets bredde etter artikkel 3 nr. 1 c). En slik tolkning utelukker at bestemmelser om utgiftsdekning til reise, kost og losji kan allmenngjøres.

⁶⁴ Sak E-2/11 (avsnitt 97).

⁶⁵ *Ibid.* avsnitt 102.

Også ESAs argumentasjon kan tolkes slik at forholdet mellom bestemmelsene utelukker at utgiftene kan inngå i vertslandets definisjon av minstelønnsbegrepet.⁶⁶ Det vises til EU-domstolens uttalelse i *Sähköalojen ammattiliitto*-dommen (avsagt etter Verftssaken), hvor det fremgår at Utsendingsdirektivet gir visse føringer for fastsettelsen av innholdet til minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 1 c).⁶⁷ Dernest, som en eksemplifisering, vises nettopp til artikkel 3 nr. 7 andre ledd.⁶⁸ Forholdet mellom artikkel 3 nr. 7 andre ledd og artikkel 3 nr. 1 c) formuleres av ESA slik at

”[t]hat provision therefore makes clear, as regards allowances specific to the posting, the extent to which the elements of pay are regarded as being part of the minimum wage for the purposes of the terms and conditions of employment laid down in Article 3...”⁶⁹

Det legges til grunn at bestemmelser i vertslandet som pålegger en utenlandsk tjenesteyter å dekke utgifter til reise, kost og losji, ikke kan gis anvendelse overfor utsendte arbeidstakere. All den tid Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 er uttømmende, og ytelsene ikke kan anses som ”minstelønn”, beror utgiftsdekningen på *hjemlandets* rett. Dette kan indikere at både EFTA-domstolen og ESA tolker artikkel 3 nr. 7 andre ledd og artikkel 3 nr. 1 c) kontekstuel, slik at artikkel 3 nr. 7 andre ledd utelukker at bestemmelser om utgiftsdekning kan inngå i vertslandets definisjon av minstelønnsbegrepet.

2.4.2.3 Høyesteretts syn i Verftssaken

I dommens avsnitt 154 argumenterer Høyesterett for at artikkel 3 nr. 7 *ikke* begrenser vertslandets handlingsrom til å allmenngjøre bestemmelser om utgiftsdekning til reise, kost og losji etter artikkel 3 nr. 1 c). Det uttales at det er ”...svært nærliggende å forstå artikkel 3 nr. 7 annet ledd slik at den bygger på en forutsetning om at denne utgiftsdekningen er minstelønn i direktivets forstand *som kan allmenngjøres*” (min kursivering).

Det foretas følgelig ikke tilsvarende kontekstuelle tolkning av bestemmelsene som EFTA-domstolen og ESA synes å foreta. Høyesterett virker svært klar på at sin tolkning av forholdet mellom minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 7 og artikkel 3 nr. 1 c) må være den korrekte, jf.

⁶⁶ Case No: 74557.

⁶⁷ Sak C-396/13 (avsnitt 31).

⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 33.

⁶⁹ Case No: 74557 (avsnitt 56).

formuleringen ”svært nærliggende”. Dette underbygges med realbetraktninger, og i de følgende avsnittene vil de ulike hensynene som aktualiseres gjennomgås.

Som tidligere nevnt, synes det ikke å være bestridt at formålet med artikkel 3 nr. 7 er å forhindre at utsendte arbeidstakeres minstelønn, grunnet utgiftene, blir illusorisk. Nettopp dette – at minstelønnen blir illusorisk, vil imidlertid også kunne skje dersom det foretas en kontekstuell tolkning. Den utenlandske tjenesteyteren vil da ikke kunne pålegges å dekke utgiftene. Dette må være bakgrunnen for Høyesteretts argumentasjon for at utgiftene, grunnet formålsbetraktninger, må inngå i minstelønnsbegrepet. I denne forbindelse uttales at ”dersom den type kompensasjonsbestemmelser vi her står overfor ikke kan allmenngjøres og den utsendte arbeidstakeren derfor må betale kostnadene selv, er resultatet de facto ... at arbeidstakeren ikke oppnår minstelønnen”.⁷⁰

Den reelle minstelønnen for utsendte arbeidstakere vil, grunnet utgiftene, bli vesentlig lavere enn for norske arbeidstakere, og minstelønnsordningen uthules. I Verftssaken legges det derfor til grunn at artikkel 3 nr. 7 andre ledd ikke kan være begrensende for vertslandets skjønnsfrihet ved definisjonen av minstelønnsbegrepet. Bestemmelsen gir, etter Høyesteretts syn, kun føringer for hva som kan inngå i beregningen av minstelønnen. Høyesterett legger dermed til grunn en annen avgrensning av minstelønnsbegrepets bredde enn EFTA-domstolen og ESA.

2.4.2.4 Nyere rettspraksis i EU-domstolen, samt ytterligere momenter av betydning

I etterkant av Verftssaken har en ny dom om utgifter til reise, kost og losji blitt avsagt av EU-domstolen, *Sähköalojen ammattiliitto*-dommen.⁷¹ Dommen har blitt hevdet å avklare forholdet mellom artikkel 3 nr. 7 andre ledd og artikkel 3 nr. 1 c). Det fremgår at

”[h]vad angår spørgsmålet, om artikel 3 ... skal fortolkes således, at afholdelse af udgifterne til de berørte arbejdstageres logi *skal betragtes som et element, der indgår i deres mindsteløn*, skal det fastslås, at dette ifølge ordlyden af nævnte direktivs artikel 3, stk. 7, ikke kan være tilfældet.” (min kursivering).⁷²

I denne saken dekket den utenlandske tjenesteyteren arbeidstakernes utgifter til reise, kost og losji. Det er derfor noe uklart hva som ligger i formuleringen at utgiftene ikke ”skal betraktes

⁷⁰ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 154).

⁷¹ Sak C-396/13.

⁷² *Ibid.* avsnitt 58.

som et element, der indgår i deres mindsteløn”. Det fremgår ikke klart hvorvidt det kun menes at utgiftene ikke skal medtas i *beregningen* av minstelønnen, eller om domstolen også mener å ekskludere utgiftene fra minstelønnsbegrepets bredde.

Ettersom arbeidsgiveren faktisk dekket utgiftene, kan det synes mest nærliggende å forstå uttalelsen slik at utgiftene ikke skal medtas i *beregningen* av minstelønnen. En slik tolkning av artikkel 3 nr. 7 andre ledd er ikke omtvistet, og legges også til grunn av Høyesterett i Verftssaken. Det fremgår derimot ikke uttrykkelig hva som ville være regelen dersom arbeidsgiveren *ikke* dekket arbeidstakernes utgifter. Det er følgelig uklart hvorvidt en eventuell bestemmelse om utgiftsdekning i et slikt tilfelle kunne blitt allmenngjort som en bestemmelse om minstelønn. Det sies ikke eksplisitt at artikkel 3 nr. 7 andre ledd er presiserende og avgrensende for innholdet av minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 1 c). På denne bakgrunn kan dommen vanskelig sies å avskjære Høyesteretts tolkning i Verftssaken. Den avklarer ikke forholdet mellom artikkel 3 nr. 7 andre ledd og artikkel 3 nr. 1 c), og kan neppe anses som et prejudikat for at det er kategorisk utelukket å allmenngjøre en nasjonal bestemmelse om slik utgiftsdekning.

Heller ikke generaladvokatens innstilling i saken er avklarende. Også denne utelukker kun eksplisitt at slike utgifter medtas i *beregningen* av minstelønnen. Dette for å unngå at de ”pågående arbeidstagere mister den økonomiske modværdi til deres arbejde”.⁷³ Det sies derimot ingenting om at artikkel 3 nr. 7 andre ledd også er begrensende for vertslandets skjønnsfrihet ved definisjonen av minstelønnsbegrepet.

Hensynet til at de utstasjonerte arbeidstakerne ikke skal miste den ”økonomiske modværdi til deres arbejde”, taler derimot i motsatt retning – nemlig *mot* å tolke artikkel 3 nr. 7 andre ledd slik at den utelukker allmenngjøring av bestemmelser om slik utgiftsdekning. Dersom en lar arbeidstakernes rett til utgiftsdekning bero på hjemlandets rett, har en ingen garanti for at utgiftene dekkes, slik at arbeidstakeren faktisk får den økonomiske motverdi til sitt arbeid. Minstelønnsordningen kan dermed i realiteten bli illusorisk. Bestemmelsens formål tilsier av denne grunn at artikkel 3 nr. 7 andre ledd og artikkel 3 nr. 1 c) ikke bør tolkes kontekstuel. Ytterligere i denne retning taler det faktum at formålsbetraktninger er en tungtveiende rettskilde i EU-retten.

⁷³ Sak C-396/13, EU:C:2014:2236 (avsnitt 112).

Videre kan også den engelske språkversjonen av Utsendingsdirektivet tale mot en kontekstuell tolkning. I denne anvendes nemlig en annen ordlyd i artikkel 3 nr. 7 ("minimum wage") enn i artikkel 3 nr. 1 c) ("minimum rates of pay"). Dette argumentet svekkes likevel av at ordlyden i bestemmelsene er lik både i dansk, tysk og i norsk språkversjon. Til dette kommer at begrepet "pay" er svært vidt, og ofte formuleres ulikt i ulike sammenhenger, uten at dette er tiltenkt betydning.⁷⁴

En kontekstuell tolkning av bestemmelsene *utelukker* heller ikke at arbeidstakeren får utgiftene dekket ved utstasjoneringen. En del av Høyesteretts argumenter kan derimot synes å bygge på en slik forutsetning. Både i avsnitt 163 og i avsnitt 170 vurderes konsekvensene av et *bortfall* av refusjonsordningen. Dersom utgiftene ikke er "minstelønn" etter artikkel 3 nr. 1 c), tilsier imidlertid direktivets system at utgiftsdekningen reguleres av hjemlandets rett. Det er dermed ikke utenkelig at arbeidstakeren likevel vil ha krav på utgiftsdekning.

2.4.2.5 Konklusjon

Det er på det rene at refusjon av utgifter "som er påløpt på grunn av utsendingen" ikke skal medtas i *beregningen* av arbeidstakerens minstelønn. Hvorvidt ordlyden også er begrensende for vertslandets skjønnsfrihet ved *definisjonen* av minstelønnsbegrepet er imidlertid ikke avgjort. EU-domstolens konklusjon i *Sähköalojen ammattiliitto*-dommen er uklar, og kan vanskelig anses avklarende for spørsmålet. I Verftssaken fant Høyesterett det heller ikke nødvendig å vurdere hvorvidt det var grunnlag for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Det etterlates dermed tvil om nøyaktig hvilke begrensninger for vertslandets handlingsrom som kan utledes av artikkel 3 nr. 7 andre ledd.

⁷⁴ Rajvinder Singh Bains, "Lønn i EU-retten- Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett", *Arbeidsrett*, 01/2013 s.1-81 side 1.

2.5 Handlingsrommet etter 3 nr. 7 første ledd

Videre kan det spørres om vertslandets handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakeres lønnsvilkår er utvidet gjennom bestemmelsen i artikkel 3 nr. 7 første ledd. Av bestemmelsen følger det at artikkel 3

”[n]r. 1-6 skal ikke være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne”.

Ordlyden kan tolkes slik at Utsendingsdirektivet kun angir et krav om minimumsbeskyttelse. En slik tolkning innebærer at vertslandet kan pålegge utenlandske tjenesteytere å overholde nasjonale arbeids- og ansettelsesvilkår som går utover de ufravikelige reglene i artikkel 3 nr. 1 bokstav (a)-(g), forutsatt at dette er til arbeidstakernes fordel.⁷⁵

Dette ble lagt til grunn av generaladvokaten i *Rüffert*-dommen,⁷⁶ og det var lenge en utbredt oppfatning, særlig blant høykostlandene, at Utsendingsdirektivet kun skulle fungere som et minimumsdirektiv – altså som en angivelse av hvilke regler vertslandet *må* pålegge utenlandske tjenesteytere å overholde. Ikke også som et maksimumsdirektiv for hvilke regler som *kan* gis anvendelse.

Denne tolkningen av artikkel 3 nr.7 første ledd gir vertslandet en teoretisk adgang til å gi *hele* sin nasjonale lovgivning anvendelse overfor utsendte arbeidstakere, så lenge dette er til arbeidstakernes fordel. Som det fremgår av punkt 1.3 er det imidlertid ikke bare hensynet til arbeidstakerne som gjør seg gjeldende ved utstasjonering. Tolkningen ovenfor er problematisk ved at den i liten grad ivaretar tjenestefriheten, jf. EØS-avtalen artikkel 36.

På denne bakgrunn kom EU-domstolen i *Laval*-dommen til at en slik tolkning av direktivet gir vertslandet et for vidt handlingsrom. Hensynet til tjenestefriheten og til direktivets formål undermineres.⁷⁷ Artikkel 3 nr. 7 første ledd skal derfor tolkes slik at den gjelder komparativt mellom arbeidstakernes hjemland og vertslandet. Hjemlandets arbeids- og ansettelsesvilkår

⁷⁵ Barnard (2012) side 224.

⁷⁶ Sak C-346/06, EU:C:2007:541 (avsnitt 83).

⁷⁷ Avsnittet bygger på sak C-341/05 (avsnitt 80). Se også Sak C-346/06, EU:C:2008:189 (avsnitt 33).

skal fremdeles ha anvendelse ved utstasjoneringen, også innenfor områdene som reguleres i artikkel 3, dersom disse er gunstigere enn i vertslandet. Videre gjelder bestemmelsen dersom den utenlandske tjenesteyteren frivillig tiltrer en tariffavtale som er gunstigere for arbeidstakeren (hvilket for øvrig er ganske usannsynlig dersom tjenesteyteren er etablert i et lavkostland).⁷⁸

Også forutberegnelighetshensyn taler mot å la vertslandet gi hele sin nasjonale lovgivning anvendelse overfor utsendte arbeidstakere. Dette vil gjøre det uforutsigbart for utenlandske tjenesteytere hvilke regler som har anvendelse ved utstasjoneringen. Innenfor områdene som dekkes av artikkel 3 nr. 1 (a)-(g), fastlegger derfor direktivet uttrykkelig og uttømmende hvilken grad av beskyttelse vertslandet kan kreve at utenlandske tjenesteytere gir utstasjonerte arbeidstakere.⁷⁹

Det kan med dette som bakgrunn konkluderes med at artikkel 3 nr. 7 første ledd ikke skal tolkes som en utvidelse av vertsstatens handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakers lønsvilkår.

⁷⁸ Barnard (2014) side 6.

⁷⁹ *Laval*-dommen (avsnitt 80).

3 Primærrettens grenser for vertslandets handlingsrom

3.1 Innledning

Fokuset i fremstillingen har hittil vært på språklige og tekniske spørsmål knyttet til tolkningen av minstelønnsbegrepet. Det fremgår av redegjørelsen i punkt 2 at vertslandets definisjon både må være i tråd med de kriterier som kan utledes av Utsendingsdirektivet, og av rettspraksis. Ved tolkningen av EU/EØS-rettslig sekundærrett, er det imidlertid også naturlig å se hen til primærretten som sekundærretten er hjemlet i. Det følger også av Norges EØS-rettslige forpliktelser at norsk rett må være i samsvar med primærretten, herunder EØS-avtalen. Under dette hovedpunktet vil derfor forholdet og samspillet mellom primærretten og Utsendingsdirektivet behandles.

3.2 Restriksjonsforbudet

Utsendingsdirektivet er hjemlet i EØS-avtalens kapittel 3, som gjelder tjenestefriheten, samt i artikkel 53 (1) og 62 TEUV. Det er EØS-avtalen artikkel 36 om fri flyt av tjenester som eventuelt kan begrense medlemsstatenes handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakers lønsvilkår. Det følger av EØS-avtalen artikkel 36 første ledd at

”[i]nnen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium...”

Spørsmålet i det følgende er om det utgjør en ”restriksjon[er] på adgangen til å yte tjenester” å gi vertslandets regler om minstelønn anvendelse overfor utenlandske tjenesteytere, jf. artikkel 36.

Ordlyden tilsier at tjenestefriheten ikke skal hindres eller begrenses. Av rettspraksis fremgår det at terskelen er lav for å anse en nasjonal ordning som en restriksjon på tjenestefriheten. EU-domstolen har tolket bestemmelsen slik at det kreves avskaffelse av enhver restriksjon som kan ”være til hinder for eller på anden måde genere den virksomhed, som udøves af en tjenesteyder med hjemsted i en anden medlemsstat...”.⁸⁰

Det utgjør åpenbart en merbyrde for utenlandske tjenesteytere å måtte forholde seg til vertslandets lønnsvilkår, hvilket gjør det mindre attraktivt å utstasjonere arbeidstakere.⁸¹ I *Mazzoleni*-dommen uttales det i denne forbindelse at ”[a]nvendelsen af modtagelsesmedlemsstatens nationale lovgivning på tjenesteydere kan i denne forbindelse være til hinder for, indebære ulemper for eller gøre disse tjenesteydelser mindre tiltrækkende”.⁸² Dette er tilfelle fordi tjenesteyteren må forholde seg til to ulike regelverk, både hjemlandets og vertslandets, slik at utstasjoneringen fører til økte administrative omkostninger. Videre medfører dette økte utgifter, ettersom vertslandets minstelønn forutsetningsvis er høyere enn lønnen i hjemlandet.

Konklusjonen må derfor være at det utgjør en ”restriksjon[er] på adgangen til å yte tjenester” å gi vertslandets nasjonale regler om minstelønn anvendelse overfor utenlandske tjenesteytere, jf. artikkel 36.

3.3 Forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 36 og Utsendingsdirektivet

3.3.1 Problemstillingen

I forlengelsen av dette kan det spørres om det faktum at en allmenngjort minstelønsbestemmelse utgjør en restriksjon, innebærer at artikkel 36 og læren om berettigelse av restriksjoner på tjenestefriheten har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet. Alternativet er at Utsendingsdirektivet alene anses å gi uttrykk for det som følger av tjenestefriheten innenfor sitt virkeområde.

⁸⁰ Sak C-76/90, EU:C:1991:331 (avsnitt 12).

⁸¹ Avsnittet bygger på Stensvik (2007) side 12.

⁸² Sak C-165/98, EU:C:2001:162 (avsnitt 24).

Dette var en av problemstillingene i Verftssaken.⁸³ Spørsmålet var om hvorvidt et utenbystillegg var forenlig med EØS-avtalen alene kunne avgjøres ut fra det faktum at tillegget var å anse som ”minstelønn” etter artikkel 3 nr. 1 c), eller om utenbystillegget også måtte berettiges etter læren om tvingende allmenne hensyn.⁸⁴ Spørsmålet har vært reist ved en rekke anledninger, både i EU-domstolen, i EFTA-domstolen, og det har vært omdiskutert i juridisk teori. I det følgende vil det først redegjøres for hvilket syn som har blitt lagt til grunn i EU/EØS-retten. Dernest vil det redegjøres for Høyesteretts syn i Verftssaken, før det avslutningsvis vil knyttes noen kommentarer til de ulike tolkningsalternativene.

3.3.2 Forholdet etter EU/EØS-retten

Ved vurderingen av om artikkel 36 har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet, vil et naturlig utgangspunkt være hierarkiet mellom rettskildene i EU/EØS-retten. Som fremhevet tidligere i fremstillingen, er Utsendingsdirektivet sekundærrett inntatt i EØS-avtalen. Det har derfor lavere trinnhøyde enn bestemmelsene i avtalens hoveddel. Sekundærrett som er gitt med hjemmel i primærretten kan ikke fravike- og må tolkes i lys av denne. Dette taler for at artikkel 36 har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet.

I denne retning taler også *Kommisjonen mot Tyskland*. EU-domstolen viser her til tidligere rettspraksis, og uttaler at anvendelsen av nasjonale minstelønnsbestemmelser må være ”*egnede* til at sikre virkeliggjørelsen af det formål, de forfølger, nemlig at beskytte udstationerede ansatte, og må ikke gå ud over, hvad der er *nødvendigt* for at opfylde dette formål” (min kursivering).⁸⁵ En nærmest tilsvarende formulering anvendes også i *Laval-*dommen.⁸⁶

Vurderingen av egnethet og nødvendighet inngår i læren om berettigelse av restriksjoner på tjenestefriheten, se punkt 4. EU-domstolens uttalelse taler dermed for at den nasjonale ordningen også må være berettiget etter primærretten.

⁸³ Rt. 2013 s. 258.

⁸⁴ En domstolskapt doktrine som kan berettige restriksjoner på tjenestefriheten. Se punkt 4.2.

⁸⁵ Sak C-341/02 (avsnitt 24).

⁸⁶ Sak C-341/05 (avsnitt 57).

Det kan imidlertid tale mot en slik tolkning at EU-domstolen senere i *Kommisjonen mot Tyskland* uttaler at den rettspraksis som talte for at artikkel 36 har selvstendig anvendelse, nå er ”blevet lovfæstet i artikkel 3, stk. 1, første afsnit, litra c)”.⁸⁷ Dette kan tolkes dit hen at Utsendingsdirektivet nå alene regulerer vertslandets handlingsrom.

På den annen side konstaterer domstolen senere at Tyskland har brutt sine forpliktelser etter traktatretten, ettersom de tyske reglene strider med Utsendingsdirektivet artikkel 3. I denne forbindelse uttales det at det derfor er ”ufornødent at tage stilling til spørsmålet om tilsidesættelse af artikkel 49 EF” (som tilsvarende EØS-avtalen artikkel 36).⁸⁸ Dette indikerer at traktatretten og Utsendingsdirektivet fungerer i et samspill.

At artikkel 36 har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet synes også forutsatt senere i *Laval*-dommen, hvor det uttales at medlemsstatene fastsetter reglens innhold ”under overholdelse af traktaten og de almindelige fællesskabsretlige principper”.⁸⁹ Generaladvokatens innstilling i *Laval*-dommen underbygger dette syn. Det fremgår at ”...det forhold, at en foranstaltning anses for at være i overensstemmelse med direktiv 96/71, [medfører] ikke nødvendigvis, at den opfylder kravene i henhold til artikkel 49 EF...”.⁹⁰

Også EFTA-domstolen bygger på et slikt syn i sin rådgivende uttalelse i Verftssaken. Det uttales at ”...direktivets bestemmelser inngår i sekundær EU-rett tilpasset etter EØS-avtalen...og derfor i størst mulig grad skal tolkes slik at de er i samsvar med bestemmelsene i EØS-avtalen og generelle EØS-rettslige prinsipper”.⁹¹ Arbeids- og ansettelsesvilkårene skal ”prøves under ett etter direktivets bestemmelser lest i lys av EØS-avtalen artikkel 36, og der det er hensiktsmessig, etter sistnevnte bestemmelse alene”.⁹²

Barnard argumenterer for at Utsendingsdirektivet og primærretten fungerer sammen på ulike måter i ulike situasjoner, og stiller opp tre ulike modeller for forholdet.⁹³ I tilfeller hvor direktivet uttømmende harmoniserer et område, har primærretten ikke selvstendig

⁸⁷ Sak C-341/02 (avsnitt 25).

⁸⁸ *Ibid.* avsnitt 42.

⁸⁹ Sak C-341/05 (avsnitt 60).

⁹⁰ Sak C-341/05, EU:C:2007:291 (avsnitt 150).

⁹¹ Sak E-2/11 (avsnitt 34).

⁹² *Ibid.* avsnitt 35.

⁹³ Følgende avsnitt bygger på Barnard (2014) side 11-20.

anvendelse. Der hvor direktivet derimot overlater til nasjonal rett å definere noe, har artikkel 36 selvstendig anvendelse. For å illustrere sitt poeng, bruker Barnard en smultring som metafor. Smultringens deig er den delen av Utsendingsdirektivet hvis materielle innhold er fullstendig harmonisert. Hullet i midten av smultringen er områder hvis innhold skal defineres i nasjonal rett og praksis, og kun for dette området har artikkel 36 selvstendig anvendelse ved siden av direktivet.

Av Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 1 andre ledd fremgår det at vertslandet selv definerer minstelønnsbegrepet innhold. Barnards modell tilsier dermed at artikkel 36 har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet. Tilsvarende fremgår også av *Isbir*-dommen, hvor EU-domstolen fremhever at medlemsstatens definisjon av minstelønnsbegrepet ikke kan medføre "...hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser...".⁹⁴ Uttalelsen kan tolkes slik at vertslandet må holde seg innenfor rammene som følger av primærretten.

Det må følgelig konkluderes med at artikkel 36 har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet etter EU/EØS-retten. Tolkningen av Utsendingsdirektivet og artikkel 36 kan sies å være gjensidig avhengig.⁹⁵

3.3.3 Høyesteretts syn i Verftssaken

Forholdet mellom artikkel 36 og Utsendingsdirektivet ble som nevnt vurdert av Høyesterett i Verftssaken. I dommen argumenteres det over flere avsnitt *mot* at artikkel 36 har selvstendig anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet,⁹⁶ og det uttales at "ytelser som er minstelønn i direktivets forstand, ikke også skal prøves etter EØS-avtalen artikkel 36".⁹⁷ Dette bygger på det syn at vurderingen av om en restriksjon på tjenestefriheten kan berettiges etter artikkel 36, kun knytter seg til ordninger som ikke oppregnes i Utsendingsdirektivet – altså ordninger som ikke er "minstelønn" etter artikkel 3 nr. 1 c).

Høyesterett fant det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet, ettersom allmenngjøringen av bestemmelsen uansett var forenlig med artikkel 36. Høyesterett synes likevel å ha en annen oppfatning av forholdet mellom artikkel 36 og Utsendingsdirektivet enn

⁹⁴ Sak C-522/12 (avsnitt 37).

⁹⁵ Barnard (2012) side 227.

⁹⁶ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 90 flg.).

⁹⁷ *Ibid.* avsnitt 103.

i EU/EØS-retten. Det fremstår derfor som uklart hva som ville blitt lagt til grunn i Verftssaken dersom bestemmelsen *ikke* også var forenlig med artikkel 36. Høyesteretts argumentasjon kan indikere at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse ville blitt fraveket.

3.3.4 Bemerkninger til Høyesteretts syn

I det følgende vil det knyttes noen kommentarer til Høyesteretts tolkning av forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 36 og Utsendingsdirektivet, samt til spørsmålet om tolkningen samsvarer med EU/EØS-retten.

Høyesterett underbygger for det første det syn at ytelser som er minstelønn i direktivets forstand, ikke også skal prøves etter artikkel 36 med rettspraksis, herunder *Vanacker-*dommen.⁹⁸ Dommen gjaldt Spilloljedirektivet,⁹⁹ ikke Utsendingsdirektivet, men det følger av den danske språkversjonen at ettersom

”...spørsmålet om innsamling af olieaffald er regulert på fællesskabsplan ved direktivet, skal alle nationale foranstaltninger bedømmes i henhold til direktivets bestemmelser og ikke på grundlag af traktatens artikkel 30 og 36”.¹⁰⁰

Avsnittet kan isolert sett forstås slik at i tilfeller hvor EU-lovgiver har vedtatt sekundærlovgivning på et område, anses en nasjonal bestemmelse i tråd med denne automatisk også for å være i samsvar med primærretten. Et slikt synspunkt bygger på den forutsetning at sekundærretten er totalharmoniserende¹⁰¹ innenfor sitt virkeområde.

Enhver rettsakt i EU/EØS-retten utgjør imidlertid ikke automatisk en uttømmende harmonisering.¹⁰² Utsendingsdirektivet angir riktignok en uttømmende liste over områdene hvor vertslandet skal gi nasjonale arbeids- og ansettelsesvilkår anvendelse overfor utsendte arbeidstakere.¹⁰³ Direktivet er imidlertid likevel ikke totalharmoniserende, ettersom

⁹⁸ Sak C-37/92, EU:C: 1993:836.

⁹⁹ Rådskildirektiv 75/439/EØF.

¹⁰⁰ Sak C-37/92 (avsnitt 9).

¹⁰¹ Sekundærretten anses å oppstille en absolutt norm, slik at den underliggende primærretten ikke har anvendelse på det aktuelle området.

¹⁰² Carl Baudenbacher, ”EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene”, *Lov og rett* 08/2013 s. 515-534 side 527.

¹⁰³ Følgende avsnitt bygger på Baudenbacher (2013) side 528.

medlemsstatene selv fastsetter reglens materielle innhold. Etter EU/EØS-retten tilsier dette at artikkel 36 har anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet, jf. punkt 3.3.2 ovenfor.

Det knytter seg også et annet problem til Høyesteretts slutninger fra avsnittet i *Vanacker*-dommen. Noe av det særegne ved anvendelse av EU- og EØS-rettslige kilder, er at disse finnes på flere autoritative språk. For å unngå at viktige poeng blir «lost in translation», må derfor ulike språkversjoner sammenholdes. En sammenligning av den danske språkversjonen med andre språkversjoner¹⁰⁴ av *Vanacker*-dommen, viser at det danske avsnittet mangler enkelte ord.¹⁰⁵ Det kommer klarere frem i andre språkversjoner at et direktiv ikke automatisk er totalharmoniserende. I den engelske språkversjonen står det eksempelvis

”...since the question of the collection of waste oil has been regulated *in a harmonized manner* at [Union] level by the directive...” (min kursivering).¹⁰⁶

Presiseringen ”in a harmonized manner” mangler i den danske språkversjonen.

Spilloljedirektivet utgjør nemlig, i motsetning til Utsendingsdirektivet, en uttømmende harmonisering av sitt anvendelsesområde. Utsendingsdirektivet skal derimot hovedsakelig koordinere hvilket lands regler som har anvendelse, ikke harmonisere reglens innhold.

I *Jonsson*-dommen ”svarer” EFTA-domstolen i et *obiter dictum* på Høyesteretts argumentasjon i Verftssaken.¹⁰⁷ Domstolen bruker Utsendingsdirektivet som eksempel på et direktiv som er gitt for å koordinere, og ikke for å harmonisere regler. I denne forbindelse uttales at ”EØS-statene kan dermed fritt definere vilkårenes innhold, så sant man overholder EØS-avtalen, *særlig friheten til å yte tjenester, og de generelle prinsipper i EØS-retten*” (min kursivering).¹⁰⁸ Dette tilsier at primærretten har anvendelse ved siden av Utsendingsdirektivet. EFTA-domstolen fremhever dernest at situasjonen ”...skiller seg fra situasjoner der tekniske og regulatoriske forhold er uttømmende harmonisert i sekundærlovgivningen”.¹⁰⁹ Med dette indikeres at argumentasjonen i Verftssaken ikke samsvarer med EU/EØS-retten.

¹⁰⁴ Både i fransk, tysk og i engelsk språkversjon anvendes en annen formulering.

¹⁰⁵ Følgende avsnitt bygger på Baudenbacher (2013) side 527.

¹⁰⁶ Sak C-37/92 (avsnitt 9).

¹⁰⁷ Sak E-3/12, EFTA Ct. Rep. 2013 s. 136.

¹⁰⁸ *Ibid.* avsnitt 56.

¹⁰⁹ *Ibid.* avsnitt 57.

Høyesterett underbygger imidlertid også sitt syn med formålsbetraktninger. Det har formodningen mot seg å gi artikkel 36 anvendelse, ettersom dette vil innebære at lite er vunnet med vedtakelsen av Utsendingsdirektivet.¹¹⁰ Med dette synes Høyesterett å vise til at medlemsstatene også tidligere, før direktivets ikrafttredelse, kunne gi nasjonale lønsvilkår anvendelse overfor utsendte arbeidstakere, forutsatt at dette kunne berettiges etter læren om tvingende allmenne hensyn, jf. *Rush*-dommen.¹¹¹ Utsendingsdirektivet mister dermed sin betydning dersom minstelønnsbestemmelser likevel må prøves etter artikkel 36.

Mot Høyesteretts syn kan det imidlertid innvendes at Utsendingsdirektivet uansett vil ha selvstendig betydning ved at direktivet gjør det *påkrevd* for medlemsstatene å gi enkelte minimumsrettigheter anvendelse overfor utsendte arbeidstakere. Før direktivets ikrafttredelse var dette lovlig, men ikke obligatorisk.¹¹² Videre vil Utsendingsdirektivet ha selvstendig betydning ved at det også angir et absolutt tak for hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår medlemsstatene kan pålegge utenlandske tjenesteytere å overholde, jf. punkt 2.5. Vertslandet kan ikke overoppfylle sine forpliktelser etter direktivet for å gi arbeidstakerne økt beskyttelse, eller for å sikre rettferdig konkurranse.

På den annen side kan hensynet til forutberegnelighet tale mot å gi artikkel 36 selvstendig anvendelse. Dersom en nasjonal lovbestemmelse som er i samsvar med direktivet, også skal måtte prøves etter primærretten, vil det bli vanskelig å forutse hvorvidt bestemmelsen vil stå seg. Dette fordi vurderingen av om en restriksjon er berettiget beror på en noe skjønnsmessig og uklar vurdering.

Mazzoleni-dommen kan imidlertid illustrere at de overordnede hensyn ved utstasjonering best balanseres ved å gi artikkel 36 selvstendig anvendelse. Den aktuelle bedriften kunne svært enkelt sende sine ansatte frem og tilbake mellom Belgia og Frankrike. Det ville derfor medføre uforholdsmessig høye administrative omkostninger for arbeidsgiveren å måtte veksle mellom landenes ulike lønssystemer. Det ville følgelig neppe være lønnsomt med oppdrag i vertslandet.¹¹³ Å gi vertslandets minstelønn automatisk anvendelse, ville således

¹¹⁰ Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 99).

¹¹¹ Sak C-113/89 (avsnitt 18).

¹¹² Barnard (2012) side 218.

¹¹³ Karlsen og Evju (2011) side 61.

verken være hensiktsmessig, proporsjonelt eller nødvendig ut fra gevinsten den noe høyere minstelønnen representerte for arbeidstakerne.¹¹⁴ Som nevnt under punkt 1.3 er det, paradoksalt nok, ikke alltid til utsendte arbeidstakeres fordel å ha krav på den høyeste minstelønnen.

Avslutningsvis kan det likevel nevnes at det i EU/EØS-retten finnes få dommer hvor en bestemmelse som faller innenfor minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 1 c), har blitt underkjent som en uberettiget restriksjon på tjenestefriheten. Dette kan indikere at det er en presumsjon for at artikkel 36 er oppfylt innenfor minstelønnsbegrepets bredde. Artikkel 36 har dermed muligens mer teoretisk enn praktisk betydning for vertslandets handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakeres lønnsvilkår. At artikkel 36 har selvstendig anvendelse, er likevel en viktig påminnelse til vertslandene om den overordnede betydning tjenestefriheten har innenfor EØS-området – både ved vertslandets definisjon av minstelønnsbegrepet, og ved en eventuell beslutning om allmenngjøring.

¹¹⁴ Sak C-165/98 (avsnitt 30).

4 Berettigelse av restriksjoner på tjenestefriheten

4.1 Innledning

Fremstillingen har så langt vist at både primær- og sekundærretten er av betydning for vertslandets handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakeres lønsvilkår. Under dette hovedpunktet vil det gjennomgås hvilke konkrete krav lønsvilkårene må tilfredsstille for å utgjøre en berettiget restriksjon på tjenestefriheten. En forutsetning for drøftelsen er at vertslandets ordning ligger innenfor det handlingsrom som EU/EØS-retten gir medlemsstatene til å definere minstelønnsbegrepets innhold. Som det vil fremgå senere i fremstillingen, er det *kun* den høye terskelen etter artikkel 3 nr. 10 som kan berettige allmenngjøring av arbeids- og ansettelsesvilkår som faller *utenfor* områdene i artikkel 3 nr. 1.

Utgangspunktet er, som tidligere nevnt, at nasjonale regler som hindrer tjenestefriheten er ulovlige etter fellesskapsretten. Et fritt tjenestemarked er imidlertid ikke alltid i den allmenne interesse. Medlemsstatene har derfor en viss adgang til å regulere sitt nasjonale arbeidsmarked etter læren om berettigelse av restriksjoner på tjenestefriheten. For at en minstelønnsordning som utgjør en restriksjon på tjenestefriheten skal være berettiget, fremgår det av rettspraksis at denne må kunne begrunnes i et legitimt hensyn.¹¹⁵ Videre må arbeidstakeren ikke oppnå tilsvarende beskyttelse etter hjemlandets rett, og ordningen må gjelde for enhver person eller ethvert selskap som yter tjenester i vertslandet. Minstelønnsordningen må også være egnet til å ivareta det formålet den forfølger, og den må være proporsjonal.¹¹⁶

I det følgende vil det først utdypes hva som ligger i at minstelønnsordningen må kunne begrunnes i et legitimt hensyn. Dette fremgår blant annet av læren om tvingende allmenne hensyn. Dernest vil de ytterligere kravene til likebehandling og proporsjonalitet behandles.

¹¹⁵ Avsnittet bygger på sak C-60/03, (avsnitt 34).

¹¹⁶ *Ibid.*

4.2 Læren om tvingende allmenne hensyn

4.2.1 Anvendelsesområde

En forutsetning for å berettige en minstelønnsordning etter den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn, er at ordningen ikke diskriminerer mellom nasjonale tjenesteytere og tjenesteytere fra andre medlemsstater.¹¹⁷ Forutsatt at minstelønnsordningen får lik anvendelse på nasjonale og utenlandske tjenesteytere, vil ikke en allmenngjøring være *direkte* diskriminerende,

Indirekte diskriminering foreligger dersom bestemmelsen tilsynelatende er nøytral, men likevel har en *effekt* som er diskriminerende ved at den rammer en gruppe særlig hardt. Det kan argumenteres for at det er mer inngripende overfor utenlandske tjenesteytere å måtte overholde vertslandets minstelønnsbestemmelser, enn det er overfor nasjonale tjenesteytere. Etersom vertslandets regler kommer til anvendelse som et supplement til hjemstatens arbeidsrett, må utenlandske tjenesteytere forholde seg til to ulike regelsett. Dette medfører økte administrative kostnader, og kan derfor tale for at allmenngjorte minstelønnsbestemmelser har en diskriminerende *effekt*.

Etersom medlemsstatenes rettssystemer ikke er harmonisert innenfor Utsendingsdirektivets område, har det imidlertid formodningen mot seg at det anses som indirekte diskriminering at vertslandets regler er mindre gunstige for tjenesteyteren enn hjemstatens.¹¹⁸ Dette ville kunne føre til en ganske tilfeldig harmonisering av medlemsstatenes regulering, og landet med strengest regler ville aldri kunne gi sin lovgivning anvendelse overfor utsendte arbeidstakere.

Bestemmelser om minstelønn som anvendes uten forskjell på nasjonale tjenesteytere og utenlandske tjenesteytere, kan derfor berettiges etter læren om tvingende allmenne hensyn. Dermed oppstår det spørsmål om hvilke hensyn som er legitime etter denne læren.

¹¹⁷ Erling Hjelmseng og Olav Kolstad, "Allmenngjøringsloven og innsynsrett–EØS-rettslige problemstillinger", *Arbeidsrett*, 01/2006 s. 1-41 side 7.

¹¹⁸ Se sak C-177/94, EU:C:1996:24 (avsnitt 17).

4.2.2 Legitime hensyn

Det fremgår forutsetningsvis av rettspraksis at hensynet til beskyttelse av utsendte arbeidstakere anses som legitimt, jf. bl.a. *Kommissionen mot Tyskland*.¹¹⁹ Det er derimot alminnelig antatt at rene forvaltningsmessige hensyn ikke kan utgjøre en legitim begrunnelse for restriksjoner på tjenestefriheten.¹²⁰ Tilsvarende gjelder også økonomiske og proteksjonistiske hensyn, som ønsket om å beskytte nasjonale virksomheter mot lavlønnskonkurransen.¹²¹ Dette er i samsvar med EØS-områdets målsetning om et fritt indre marked.

Ved å pålegge utenlandske tjenesteytere å betale nasjonal minstelønn til sine ansatte, beskytter i praksis vertslandet nasjonale virksomheter og tjenestetilbydere mot lavlønnskonkurransen. Dermed ivaretas økonomiske og proteksjonistiske formål. Slike ordninger blir imidlertid likevel godtatt, forutsatt at ordningene *objektivt* sett også ivaretar et legitimt formål.¹²² Det er nemlig den allmenngjorte bestemmelsens *virkning* for de utsendte arbeidstakerne som er avgjørende, ikke begrunnelsen lovgiver har gitt for vedtakelsen.¹²³ Lovgiver kan følgelig ha gitt uttrykk for et proteksjonistisk formål i forarbeider, formålsbestemmelser, eller i den politiske prosessen forut for vedtakelsen av bestemmelsen, forutsatt at virkningen objektivt sett er at de utsendte arbeidstakerne beskyttes.¹²⁴ Dette beror på en konkret vurdering som skal foretas av den nasjonale domstol.¹²⁵

Det kan imidlertid spørres om også andre hensyn enn hensynet til arbeidstakernes beskyttelse kan anses som legitime.

I denne retning taler for det første det faktum at grensen mellom økonomiske- og sosiale hensyn ofte er vag og vanskelig å trekke. Videre følger det av punkt fem i fortalen til Utsendingsdirektivet at også rettferdig konkurranse er en forutsetning for å fremme tjenesteyting over landegrensene. Dette kan tas til inntekt for at også enkelte økonomiske hensyn må kunne godtas som legitime.

¹¹⁹ Sak C-341/02 (avsnitt 24).

¹²⁰ Hjelmeng og Kolstad (2006) side 7.

¹²¹ Sak C-49/98, EU:C:2001:564 (avsnitt 39) med videre henvisninger.

¹²² Sak C-60/03 (avsnitt 41).

¹²³ *Ibid.* (avsnitt 40) og C-164/99 (avsnitt 26-30).

¹²⁴ Stensvik (2007) side 16.

¹²⁵ Sak C-60/03 (avsnitt 38).

Tilsvarende syn underbygges av at EU-domstolen ikke kategorisk avskriver økonomiske og proteksjonistiske hensyn som utillatelige. Det har blant annet blitt ansett som legitimt å begrunne restriksjoner i ønsket om å sikre gode relasjoner, i ønsket om å unngå konkurransevridning, og i ønsket om å unngå forstyrrelser på arbeidsmarkedet.¹²⁶ I *Wolff & Müller*-dommen godtok EU-domstolen hensynet til å unngå illojal konkurranse fra virksomheter som lønner sine arbeidstakere under vertslandets minstelønn.¹²⁷ Også andre hensyn, som for eksempel forebygging av sosial dumping¹²⁸ og stabilitet i det innenlandske arbeidsmarkedet, har i rettspraksis blitt ansett som legitime.

Det har altså i EU/EØS-retten skjedd en utvikling ved at stadig flere hensyn enn hensynet til beskyttelse av utsendte arbeidstakere, anses som legitime etter læren om tvingende allmenne hensyn.¹²⁹ Dette kan gjøre det lettere for vertslandet å berettige allmenngjøringer.

4.3 Likebehandling

Videre følger det av *Mazzoleni*-dommen at den nasjonale bestemmelsen må gjelde for ”enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagerstatens område” for å utgjøre en berettiget restriksjon på tjenestefriheten.¹³⁰ Dette skulle tilsi at bestemmelsen må gjelde overfor alle bransjer og sektorer i det nasjonale tjenestemarkedet.

Finalarte-dommen illustrerer imidlertid at likebehandlingskravet ikke kan tolkes helt bokstavelig.¹³¹ Også bestemmelser som kun har anvendelse innenfor en bestemt bransje kan utgjøre en berettiget restriksjon. En forutsetning er imidlertid at restriksjonen, herunder minstelønnsbestemmelsen, er proporsjonal.¹³²

¹²⁶ Evju (2009) side 264.

¹²⁷ Sak C-60/03 (avsnitt 41).

¹²⁸ Sak C-244/04, EU:C:2006:49 (avsnitt 61).

¹²⁹ Stensvik (2007) side 18.

¹³⁰ Sak C-165/98 (avsnitt 25).

¹³¹ Stensvik (2007) side 20.

¹³² Sak C-60/03 (avsnitt 34).

4.4 Proporsjonalitet

4.4.1 Kravet til egnethet

I kravet til proporsjonalitet ligger for det første at den nasjonale bestemmelsen om minstelønn må være egnet til å oppfylle det formålet den er ment å ivareta. Kravet til egnethet skaper imidlertid sjelden problemer i praksis. Det finnes få eksempler på at en bestemmelse som anses å fremme et allment hensyn, ikke også anses som egnet til å oppnå det formålet den er ment å ivareta.¹³³

4.4.2 Kravet til nødvendighet

Videre ligger i kravet til proporsjonalitet at den nasjonale minstelønnsbestemmelsen ikke kan gå lenger enn det som er *nødvendig* for å oppnå formålet – herunder at bestemmelsen er forholdsmessig. Det følger av dette at hensynet til tjenestefriheten må avveies mot det hensynet som søkes ivaretatt ved allmenngjøringen – eksempelvis mot hensynet til beskyttelse av utsendte arbeidstakere. Restriksjonen på tjenestefriheten kan ikke, etter avveiingen av det vernet de konkrete arbeidstakerne gis, gå lenger enn det som er nødvendig, jf. *Finalarte-dommen*.¹³⁴ Formålet må altså ikke kunne nås med lempeligere midler, eksempelvis ved allmenngjøring av et færre antall bestemmelser.

4.4.2.1 Sammenligningsgrunnlaget

Det kan imidlertid spørres om hva som faktisk skal sammenlignes for å avgjøre hvorvidt allmenngjøringen av minstelønnsbestemmelsen er nødvendig. Spørsmålet som reiser seg er om det skal foretas en isolert sammenligning av vertslandets og hjemlandets minstelønn, eller om det må foretas en sammenlikning av arbeidstakernes samlede vern.¹³⁵

Mazzoleni-dommen kan tale i retning av at det må foretas en sammenlikning av arbeidstakernes samlede vern.¹³⁶ EU-domstolen uttalte i saken at vertslandets myndigheter må vurdere ”alle relevante elementer med henblik på at afgjøre, om anvendelsen af statens lovgivning om mindsteløn er nødvendig og proportional”.¹³⁷ De relevante elementene for

¹³³ Stensvik (2007) side 20.

¹³⁴ Sak C-49/98 (avsnitt 49-51).

¹³⁵ Stensvik (2007) side 23.

¹³⁶ Sak C-165/98.

¹³⁷ *Ibid.* avsnitt 37.

sammenligningen var hele det sosiale vernenivået i arbeidstakernes hjemland, herunder både lønn, skatt og sosiale omkostninger.

En slik helhetsvurdering vil imidlertid være vanskelig å gjennomføre, og bør nok derfor ikke automatisk anses overførbar til mer alminnelige arbeidssituasjoner. Dette fordi arbeidsforholdet i dommen var ganske spesielt.¹³⁸ Den aktuelle bedriften lå helt på grensen mellom Belgia og Frankrike, og arbeidstakerne kunne drive vaktvirksomhet i begge landene innenfor et kort tidsrom. I etterfølgende saker etter Utsendingsdirektivets ikrafttredelse, har EU-domstolen hovedsakelig foretatt en isolert vurdering av vertslandets og hjemlandets lønnsnivå, jf. *Finalarte*-dommen.

4.4.2.2. Kravet om reell fordel

I at restriksjonen ikke skal gå ut over det som anses nødvendig, ligger også et krav om at arbeidstakeren faktisk må oppnå et økt vern ved at vertslandets minstelønn gjøres gjeldende.¹³⁹ I *Wolff & Müller*-dommen ble dette formulert slik at hensynene som søkes ivaretatt ikke må ”tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret”.¹⁴⁰ Dersom arbeidstakernes sosiale beskyttelse er tilstrekkelig ivaretatt i hjemlandet, er det ikke nødvendig å pålegge arbeidsgiveren den merbyrde det utgjør å forholde seg til vertslandets regelsett.

4.4.2.3 Nivåmessige begrensninger

Til nå har fremstillingen hovedsakelig omhandlet vertslandets handlingsrom hva angår minstelønnsbegrepets *bredde*. Under nødvendighetsdrøftelsen kan det imidlertid spørres om handlingsrommet også er underlagt nivåmessige begrensninger – altså om det finnes et absolutt tak for hvor høyt vertslandet kan sette minstelønnen.

Ved første øyekast kan det synes problematisk å gi vertslandet fritt spillerom til å sette minstelønnen så høyt som ønskelig. Dette fordi merbyrden for utenlandske tjenesteyterne ved å påta seg oppdrag i vertslandet øker desto høyere minstelønnen settes. Gitt at formålet med den nasjonale bestemmelsen er å beskytte utsendte arbeidstakere, kan det derfor argumenteres for at det er uforholdsmessig å allmenngjøre minstelønnsbestemmelser som går

¹³⁸ Avsnittet bygger på Stensvik (2007) side 23-24.

¹³⁹ *Ibid.* side 22.

¹⁴⁰ Sak C-60/03 (avsnitt 34).

utover det som er nødvendig for beskyttelse. Dette kan tale for å sette et nivåmessig tak, slik at minstelønnen eksempelvis ikke kan overgå det som trengs for å ivareta grunnleggende sosiale behov.

EU-domstolen har imidlertid vært svært tilbakeholden med å overprøve minstelønnens størrelse. Det finnes nærmest ingen eksempler på at vertslandets handlingsrom har blitt underlagt nivåmessige begrensninger. Dette taler for at vertslandet står nærmest fritt ved avgjørelsen av hvilket beskyttelsesnivå som er nødvendig.¹⁴¹

Dette ble også lagt til grunn av ESA i en klagesak mot Norge.¹⁴² Klageren anførte at de allmenngjorte minstelønnsatsene var høyere enn nødvendig ut fra hensynet til ”social protection”, slik at satsene var uforholdsmessige. Klageren fikk imidlertid ikke medhold, og ESA begrunnet dette med at det er opp til vertslandet å fastsette minstelønnens nivå. Vertslandet er ikke pålagt å holde nivået nede på et eksistensminimum, og trenger heller ikke å la minstelønnen i andre medlemsstater være retningsgivende for det nasjonale nivået.¹⁴³

Tilsvarende kan også utledes av *Finalarte*-dommen.¹⁴⁴ Saken omhandlet ikke minstelønn, men er likevel relevant fordi den er ett av få eksempler på at EU-domstolen foretar en vurdering av en minimumsregels nivå. Det fremgår av arbeidstidsdirektivet at utsendte arbeidstakere har krav på minimum fire ukers ferie.¹⁴⁵ Tyskland hadde imidlertid allmenngjort en bestemmelse som ga arbeidstakerne rett på fem ukers ferie – altså beskyttelse utover det lovfestede minimum. Det ble anført at fellesskapslovgiveren, ved å lovfeste et minimum på fire uker, hadde tatt stilling til hvor lang ferie som var nødvendig. Ettersom den tyske bestemmelsen gikk utover dette, var den ikke proporsjonal. I denne forbindelse uttaler domstolen i avsnitt 58 at ”[d]et tilkommer således hver enkelt medlemsstat at fastlægge varigheden af den betalte ferie, som er nødvendig i den almene interesse”. Når Tyskland anså 30 dagers betalt ferie som nødvendig for den sosiale beskyttelse, hindret ikke primærretten medlemsstaten i å allmenngjøre dette beskyttelsesnivået. Selv om dommen er fra før Utsendingsdirektivets ikrafttredelse, illustrerer den at det hovedsakelig er opp til medlemsstatene selv å avgjøre hvilket beskyttelsesnivå som er nødvendig.

¹⁴¹ Dette og følgende avsnitt bygger på Karlsen og Evju (2011) side 99 flg.

¹⁴² Case No: 63734, 15 July 2009.

¹⁴³ *Ibid.* side 3.

¹⁴⁴ Sak C-49/98.

¹⁴⁵ Rådskdirektiv 93/104/EF artikkel 7.

Rettspraksis utelukker likevel ikke at EU-domstolen *kan* gripe inn. Dette kan tale for at det må skilles mellom den formelle adgangen domstolen har til å etterprøve nasjonale ordninger, og den faktiske prøvingsintensiteten som utøves. Det finnes få holdepunkter for at EU-domstolen ikke anser seg *kompetent* til å overprøve en nasjonal ordning. Tilbakeholdenheten kan skyldes at direktivet bygger på politiske kompromisser, samt at arbeids- og tjenestemarkedspolitikken er politisk sensitive områder i EU/EØS. I tillegg er vel kanskje vertslandet bedre stilt enn EU-domstolen til å avgjøre hvilket beskyttelsesnivå som er nødvendig på sitt territorium.

Konklusjonen må likevel være at det på nåværende tidspunkt ikke finnes nivåmessige begrensninger for hvor høyt vertslandet kan sette minstelønnen.

4.4.3 Avsluttende bemerkninger

Som gjennomgangen har vist, kan det av primærretten utledes konkrete krav som vertslandets regulering må tilfredsstille for å utgjøre en berettiget restriksjon på tjenestefriheten. Samtidig kan det vanskelig angis en presis grense for når en nasjonal ordning, gitt for å gjennomføre en forpliktelse etter Utsendingsdirektivet, går lenger enn primærretten tillater. Årsaken til dette kan være at de overordnede hensyn som Utsendingsdirektivet er ment å ivareta til dels er motstridende, og kan tale i ulike retninger. Dette kan også tenkes å være årsaken til at det finnes lite rettspraksis hvor en bestemmelse som faller innenfor minstelønnsbegrepet i artikkel 3 nr. 1 c) har blitt underkjent som en uberettiget restriksjon på tjenestefriheten.

5 Særlig om Utsendingsdirektivet artikkel

3 nr. 10

5.1 Presentasjon

Hovedfokus har hittil vært på vertslandets adgang til å gi nasjonale minstelønnsbestemmelser anvendelse overfor utsendte arbeidstakere. Som nevnt innledningsvis i fremstillingen, er imidlertid vertslandets handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakeres lønnsvilkår noe utvidet gjennom bestemmelsen i Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 10. Det fremgår av artikkelen at vertslandet

”...i henhold til traktaten på grunnlag av likebehandling kan pålegge nasjonale foretak og andre stater foretak – arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i [artikkel 3] nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden”.

Artikkel 3 nr. 10 kan følgelig utvide vertslandets handlingsrom til å allmenngjøre bestemmelser om arbeids- og ansettelsesvilkår som faller *utenfor* områdene som dekkes av artikkel 3 nr. 1 (a)-(g). Som eksempel kan nevnes bestemmelser om kompensasjon for usaklig oppsigelse og sluttvederlag. Artikkelen er også aktuell dersom en nasjonal bestemmelse regulerer arbeidstakeres lønnsvilkår, men faller utenfor minstelønnsbegrepets bredde, jf. artikkel 3 nr. 1 c).

Ordlyden ”bestemmelser om offentlig orden”¹⁴⁶ kan forstås som regler for å oppnå en ønsket samfunnstilstand og for å ivareta nasjonale samfunnshensyn. Det fremgår av rettspraksis at ”bestemmelser om offentlig orden” er et fellesskapsrettslig konsept, som skal underlegges en EU-konform fortolkning. Dets innhold kan ikke fastsettes ensidig av medlemsstatene.¹⁴⁷ Innenfor det omfang og den tolkning av konseptet som fremgår av EU/EØS-retten, kan likevel hver enkelt medlemsstat fastsette regler i tråd med sitt nasjonale behov.

¹⁴⁶ ”[G]rundlæggende retsprinsipper (ordre public)” i dansk språkversjon.

¹⁴⁷ Sak C-319/06 (avsnitt 30).

Under dette hovedpunktet vil først den tolkning av artikkel 3 nr. 10 som har blitt lagt til grunn i EU/EØS-retten gjennomgås. Derneft vil Høyesteretts anvendelse av bestemmelsen i Verftssaken behandles, før det vil knyttes noen generelle bemerkninger til avgrensningen av bestemmelsens anvendelsesområde.

5.2 Tolkningen etter EU/EØS-retten

5.2.1 Vertslandets utvidede handlingsrom

Utover listen i artikkel 3 nr. 1 er det, etter Utsendingsdirektivets ikrafttredelse, *kun* artikkel 3 nr. 10 som tematisk kan supplere vertslandets handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakers arbeids- og ansettelsesvilkår.¹⁴⁸ Før Utsendingsdirektivets ikrafttredelse kunne derimot allmenngjøring av slike regler rettferdiggjøres etter læren om berettigelse av restriksjoner på tjenestefriheten. Denne doktrinen åpner for en bred vurdering, og har et videre anvendelsesområde enn artikkel 3 nr. 10.

At det i dag kun er artikkel 3 nr. 10 som tematisk supplerer vertslandets handlingsrom innenfor Utsendingsdirektivets virkeområde, kan illustreres ved å sammenholde *Laval-* og *Viking-*dommen. Etter at EU-domstolen hadde slått fast at artikkel 3 nr. 10 ikke kom til anvendelse,¹⁴⁹ ble det i *Laval-*dommen *ikke* foretatt en supplerende vurdering av allmenngjøringen etter læren om berettigelse av restriksjoner. I *Viking-* saken, som omhandlet etableringsfriheten, foretok derimot domstolen (som besto av de samme dommerne) en vurdering etter læren om tvingende allmenne hensyn.¹⁵⁰ Forklaringen på at de samme dommerne i *Viking-*dommen anvender læren om tvingende allmenne hensyn, må være at det ikke finnes sekundærlovgivning tilsvarende Utstasjoneringdirektivet til traktatreglene om etableringsfriheten.¹⁵¹

Herwig Verschueren viser til *Rüffert-*dommen¹⁵² og formulerer dette slik at “the Member States, apart from their public policy claim, do not have the possibility to guarantee the

¹⁴⁸ Karlsen og Evju (2011) side 76.

¹⁴⁹ Sak C-341/05 (avsnitt 84).

¹⁵⁰ Sak C-438/05 (avsnitt 90).

¹⁵¹ Karlsen og Evju (2011) side 84.

¹⁵² Sak C-346/06.

avoidance of social dumping and to ensure fair competition in any other way than through the strict interpretation of the possibilities offered by the Directive”.¹⁵³

Allmenngjøring av arbeids- og ansettelsesvilkår utover områdene som dekkes av artikkel 3 nr. 1 (a)-(g) og artikkel 3 nr. 10, kan altså ikke lenger berettiges etter læren om tvingende allmenne hensyn.

5.2.2 Bestemmelsens snevre anvendelsesområde

Videre følger det også av EU-domstolens rettspraksis at artikkel 3 nr. 10 skal tolkes restriktivt og innskrenkende.¹⁵⁴ I *Luxembourg*-dommen ble bestemmelsens anvendelsesområde formulert slik at den gjelder overfor nasjonale bestemmelser ”hvis overholdelse er blevet anset for at være så afgørende for opretholdelsen af den pågældende medlemsstats politiske, sociale og økonomiske organisation, at de kræves overholdt af enhver person...”¹⁵⁵

Det uttales også at den ”offentlig[e] orden” kun kan påberopes dersom ”der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn”.¹⁵⁶ Generaladvokaten i *Sähköalojen ammattiliitto*-dommen viser til denne uttalelsen, og eksemplifiserer artikkelens anvendelsesområde med regler som forbyr tvangsarbeid og andre obligatoriske regler som ikke kan fravikes.¹⁵⁷ EU-domstolens formulering i *Luxembourg*-dommen har også blitt lagt til grunn i en rekke etterfølgende saker.

I *ESA mot Island* formulerte EFTA-domstolen dette slik at den nasjonale bestemmelsen “must be necessary to counteract a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society” for å kunne gjøres gjeldende overfor utsendte arbeidstakere.¹⁵⁸ Bestemmelsen var ikke “considered imperative for the protection of workers and crucial to

¹⁵³ Herwig Verschueren, ”The European internal market and the competition between workers”, *European Labour Law Journal*, 02/2015 s.128-151 side 141.

¹⁵⁴ Sak C-319/06 (avsnitt 29, 30 og 49).

¹⁵⁵ *Ibid.* (avsnitt 29).

¹⁵⁶ *Ibid.* (avsnitt 50).

¹⁵⁷ Sak C-396/13 (avsnitt 118).

¹⁵⁸ Sak E-12/10 (avsnitt 61).

the social order in Iceland”,¹⁵⁹ og kunne ikke allmenngjøres etter artikkel 3 nr. 10. I ESAs brev til Norge etter Verftssaken uttales det at anvendelsesområde til artikkel 3 nr. 10 ”has been narrowed down by the case law to the extent that it is difficult to see how EEA States can argue that any labour laws, however fundamental to the system of employment protection, satisfy this extraordinarily high standard”.¹⁶⁰

En snever tolkning av bestemmelsen forutsettes også i kommisjonsrapporten som ble avgitt i forbindelse med implementeringen av Utsendingsdirektivet.¹⁶¹ I denne eksemplifiseres bestemmelsens anvendelsesområde med regler om forbud mot tvangsarbeid, diskriminering og barnarbeid, samt med regler om retten til privatliv, organisasjonsfrihet og databeskyttelse.¹⁶²

Artikkel 3 nr. 10 synes følgelig å være forbeholdt bestemmelser om fundamentale rettigheter og friheter som alltid må gjelde – overfor enhver borger – i medlemsstaten. Artikkel 3 nr. 10 utgjør dermed en svært snever utvidelse av vertslandets handlingsrom. Den unntakslæren som EU-domstolen anvender i forbindelse med artikkel 3 nr. 10 i *Luxembourg*-dommen, er altså ikke den samme som læren om tvingende allmenne hensyn. Lærene har et ulikt anvendelsesområde og ulik terskel, og må derfor ikke forveksles. Dette illustreres ved at hensynet til ”offentlig orden” er listet opp som *ett av flere* hensyn som anerkjennes som ”tvingende almene hensyn” i Tjenestedirektivet.¹⁶³ I tillegg nevnes også *offentlig sikkerhet og trygghet for borgerne*.

Det snevre anvendelsesområdet EU/EØS-retten har gitt artikkel 3 nr. 10, kan forsvares med at tradisjonell rettsvitenskap i EU-retten tilsier at unntak fra en hovedregel skal tolkes snevert. Artikkel 3 nr. 10 er et unntak fra hovedregelen om at artikkel 3 nr. 1 uttømmende regulerer hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår vertslandet kan allmenngjøre.¹⁶⁴ I tillegg er artikkel 3 nr. 1 igjen et unntak fra tjenestefriheten, hvilket i realiteten gjør artikkel 3 nr. 10 til et unntak fra et unntak.¹⁶⁵ En snever tolkning ivaretar også hensynet til forutberegnelighet, ved at det blir

¹⁵⁹ Sak E-12/10 (avsnitt 59).

¹⁶⁰ Case No: 74557 (avsnitt 79).

¹⁶¹ KOM (2003) 458 endelig.

¹⁶² *Ibid.* side 14.

¹⁶³ 2006/123/EC artikkel 4 (8).

¹⁶⁴ Sak C-319/06 (avsnitt 31).

¹⁶⁵ Barnard (2012) side 226.

mer forutsigbart for utenlandske tjenesteytere hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som har anvendelse under utstasjoneringen.

5.3 Tolkningen i Verftssaken

I Verftssaken var et av spørsmålene om en bestemmelse i tariffavtalen, som sikret arbeidstakere kompensasjon for utgifter til reise, kost og losji, var en bestemmelse om ”offentlig orden” etter artikkel 3 nr. 10.¹⁶⁶ I det følgende vil det vurderes hvorvidt Høyesteretts tolkning og anvendelse av konseptet ”offentlig orden” samsvarer med det snevre omfanget av konseptet som er lagt til grunn i EU/EØS-retten.

Høyesterett tok utgangspunkt i den norske arbeidslivs- og lønnsforhandlingsmodellen ved vurderingen, og konkluderte – i strid med EFTA-domstolens rådgivende uttalelse – med at refusjonsordningen var en bestemmelse om ”offentlig orden”. Dette ble begrunnet med ”...det destabiliserende potensial sosial dumping har for arbeidslivsmodellen...”, og med at allmenngjøringen av refusjonsordningen var av betydning for ”...stabiliteten i den norske arbeidslivs- og frontfagsmodellen”.¹⁶⁷ Høyesterett begrunnet blant annet sitt resultat med at bestemmelsene ”...er ment å sikre den sosiale beskyttelse av utsendte arbeidstakere. Vi ligger under enhver omstendighet altså svært nær lønnsbegrepet og svært tett opp til de hensyn direktivet skal fremme”.¹⁶⁸

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor, er imidlertid utgangspunktet etter EU/EØS-retten at artikkel 3 nr.1 *uttømmende* regulerer hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår vertslandet kan pålegge utenlandske tjenesteytere å overholde. Artikkel 3 nr. 10 utgjør kun en svært snever utvidelse av vertslandets handlingsrom. Det faktum at bestemmelsen i Verftssaken lå ”...svært nær lønnsbegrepet og svært tett opp til de hensyn direktivet skal fremme...” er derfor ikke et overbevisende argument, gitt at bestemmelsen faktisk faller utenfor den uttømmende listen i artikkel 3 nr. 1. Dette kan tale for at Høyesterett gir artikkel 3 nr. 10 et videre anvendelsesområde enn etter EU/EØS-retten.

¹⁶⁶ Rt. 2013 s.258 (avsnitt 156 flg.).

¹⁶⁷ *Ibid.* avsnitt 170.

¹⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 171.

Det fremgår av EU/EØS-retten at anvendelsen av artikkel 3 nr. 10 i utgangspunktet er forbeholdt bestemmelser som gjelder grunnleggende rettigheter og friheter som må ha anvendelse overfor *enhver* borger. I Verftssaken fremhever Høyesterett "...den dominoeffekt en underkjenning av forskriften § 7 vil ha..." og at "[e]t bortfall av refusjonsordningen vil altså ha konsekvenser for et betydelig større antall utsendte arbeidstakere...".¹⁶⁹ Tross slike negative konsekvenser for *utsendte arbeidstakere*, kan likevel refusjonsordningen vanskelig sies å være avgjørende for opprettholdelsen av Norges "politiske, sociale og økonomiske organisation" slik at den må være obligatorisk for *enhver* person.¹⁷⁰ Dersom dette var tilfellet, ville bestemmelsene hatt anvendelse på landsbasis, og ikke kun innenfor den aktuelle bransjen. Retten til å få dekket utgifter til reise, kost og losji er ikke like grunnleggende som forbudet mot tvangs- og barnearbeid. Dette taler avgjørende i retning av at Høyesterett gir artikkel 3 nr. 10 et videre anvendelsesområde enn etter EU/EØS-retten.

Konklusjonen må på denne bakgrunn være at Høyesteretts tolkning og anvendelse av konseptet "offentlig orden" etter artikkel 3 nr. 10 ikke samsvarer med det snevre omfanget av konseptet som er lagt til grunn i EU/EØS-retten. Vertslandet tilkjennes et større handlingsrom i Verftssaken enn etter EU/EØS-retten. Hvordan bestemmelsens anvendelsesområde dermed skal avgrenses, reiser både politiske og konstitusjonelle spørsmål. Hvor stor innflytelse EØS-retten skal ha på norsk rett er, som nevnt innledningsvis, et politisk sensitivt spørsmål hvor både hensynet til suverenitet og målet om rettsenhet innenfor EØS-området aktualiseres.

5.4 Generelle bemerkninger til tolkningene

Det må kunne antas at de fleste høykostland allerede har et lovverk som ivaretar arbeidstakernes grunnleggende rettigheter og friheter. EU- og EFTA-domstolens snevre tolkning av artikkel 3 nr. 10 kan derfor medføre at artikkelen i realiteten blir uvirksom innenfor arbeidsretten. Den tolkningen som legges til grunn i *Luxembourg*-dommen kan på denne bakgrunn kritiseres. Artikkel 3 nr. 10 gis et snevrere anvendelsesområde enn ordlyden isolert sett tilsier, og vertslandets handlingsrom blir nok dermed mer begrenset enn forutsatt ved Utsendingsdirektivets vedtakelse.

¹⁶⁹ Rt. 2013 s.258 (avsnitt 170).

¹⁷⁰ Sak C-319/06 (avsnitt 29).

Ettersom mange av EØS-rettens arbeidsrettslige reguleringer er et resultat av lange forhandlinger og politiske kompromiss, kan dette medføre at medlemsstatene i fremtiden blir mindre tilbøyelige til å vedta sekundærlovgivning. Selv om norske domstoler ikke formelt er forpliktet til å følge EFTA-domstolens rettspraksis, medfører målet om rettsenhet at dette i realiteten gjøres.¹⁷¹ Dersom medlemsstatenes handlingsrom i ettertid tolkes innskrenkende i rettspraksis, er det ikke forutsigbart ved vedtakelsen hvilken begrensende effekt den aktuelle rettsakten vil ha. Dette vil kunne medføre at medlemsstatene blir mer tilbakeholdne med å regulere arbeidsretten i EØS, hvilket kan bremse den videre utvikling.

Videre kan det nevnes at Norge ikke formelt har avgitt suverenitet til EU. Dette ville kreve grunnlovsendringer. Norge implementerer imidlertid nærmest all relevant EØS-rett. Ved å etterfølge en tolkning av denne EØS-retten som gir bestemmelsene et annet innhold enn ordlyden tilsier, begrenses imidlertid (indirekte) Norges suverenitet, uten at prosedyrene for grunnlovsendring følges. Dette skaper konstitusjonelle problemer. Det kan argumenteres for at Norges selvvråderett dermed undermineres, uten kompensasjon i form av innflytelse og medbestemmelsesrett.

På den annen side gis artikkel 3 nr. 10 et videre anvendelsesområde i Verftssaken enn ordlyden tilsier. "[S]tabiliteten i den norske arbeidslivs- og frontfagsmodellen" er en meget vid og vag formulering, som i utgangspunktet kan omfatte svært mange ulike former for arbeids- og ansettelsesvilkår. Det kan på denne bakgrunn synes som at Høyesterett ikke skiller terskelen i artikkel 3 nr. 10 fra den lavere terskelen etter læren om berettigelse av restriksjoner på tjenestefriheten. Ved at medlemsstatene på denne måten tolker sitt handlingsrom utvidende, reduseres Utsendingsdirektivets virkning som instrument for å balansere hensynet til tjenestefriheten med hensynet til beskyttelse av arbeidstakere.

¹⁷¹ Hans Petter Graver, "The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States", *ARENA WP*, 18/2004.

6 Hvordan kan rettstilstanden bli klarere og mer enhetlig?

6.1 Ulikhetene

Det har vist seg at det etter EU/EØS-retten finnes enkelte klare retningslinjer og grenser for vertslandets handlingsrom til å regulere utsendte arbeidstakeres lønnsvilkår. På den annen side argumenteres det flere steder i Verftssaken for en annen avgrensning av handlingsrommet enn den som fremgår av EU/EØS-retten. Det er blant annet uenigheter knyttet til grensene for vertslandets skjønnsfrihet ved definisjonen av minstelønnsbegrepet, til tolkningen av vertslandets handlingsrom etter artikkel 3 nr. 10, og til forholdet mellom primærretten og Utsendingsdirektivet. Det har derfor vist seg vanskelig å angi presist hvor grensen for vertslandets handlingsrom går, og det knytter seg både politiske og konstitusjonelle utfordringer til spørsmålet.

6.2 Vektingen av de overordnede hensyn

Den ulike avgrensningen av vertslandets handlingsrom i EU/EØS-retten og i Verftssaken, skyldes nok delvis en ulik vekting av de overordnede hensyn som ble presentert under punkt 1.3.

I Verftssaken vektet hensynet til arbeidstakernes sosiale rettigheter etter at de faktisk har entret det norske arbeidsmarkedet tungt. Grensen mellom å hindre sosial dumping og proteksjonisme er imidlertid svært vag, og det kan vanskelig sees bort fra at Høyesteretts prioritering også har et sterkt innslag av proteksjonisme ved seg. En vid regulering av lønnsvilkårene vil klarligvis beskytte det nasjonale arbeidsmarkedet.

Rettspraksis etter Utsendingsdirektivets ikrafttredelse kan derimot indikere at EU-domstolen delvis har flyttet sitt grunnleggende fokus fra å beskytte det nasjonale arbeidsmarkedet,¹⁷² til i større utstrekning å prioritere målsetningen om et felles indre marked.¹⁷³ Dette bygger på den oppfatning at sosiale hensyn best ivaretas ved å la utenlandske tjenesteytere utnytte sin konkurransemessige fordel.¹⁷⁴ På denne bakgrunn tilkjennes vertslandet et noe snevrere handlingsrom til å regulere det nasjonale tjenestearbeidsmarkedet etter EU- og EFTA-domstolens tolkning av Utsendingsdirektivet, enn i Verftssaken. Dette viser seg blant annet ved det svært snevre anvendelsesområdet EU-og EFTA-domstolen gir unntaksregelen i Utsendingsdirektivet artikkel 3 nr. 10.

6.3 Hvordan oppnå målet om rettsenhet?

Det er imidlertid både ønskelig og nødvendig, for ikke å undergrave det samarbeidet som EØS-avtalen bygger på, at det i størst mulig grad oppnås rettsenhet innenfor EØS-området vedrørende tolkningen av vertslandets handlingsrom etter Utsendingsdirektivet. Rettsenhet vil også begrense antallet fremtidige saker som reises for ESA. Hierarkiet mellom EU-domstolen, EFTA-domstolen, nasjonale domstoler og ESA reguleres imidlertid ikke rettslig, og kompetansefordelingen mellom det europeiske og det nasjonale domstolsnivået er uklar. Dette gjør det til en større utfordring å oppnå målet om rettsenhet.

En løsning som muligens kan bidra til å avhjelpe fremtidig motstrid, kan være å forplikte nasjonale domstoler til å sende EØS-rettslige tolkningsspørsmål til EFTA-domstolen.¹⁷⁵ All den tid nasjonale domstoler uansett ikke er forpliktet til å etterfølge EFTA-domstolens avgjørelse, vil dette likevel bare føre et stykke på vei. EFTA-domstolens uttalelser er kun rådgivende, og binder ikke medlemsstatene.¹⁷⁶ Det ville nok likevel spart Norge for en del av kontroversene i kjølvannet av Verftssaken dersom Høyesterett belyste sin skepsis til EFTA-

¹⁷² I sak C-113/89, *Rush*-dommen (avsnitt 18) gis vertslandet nærmest ubegrenset adgang til å gi nasjonal rett anvendelse overfor utsendte arbeidstakere.

¹⁷³ Generaladvokatens innstilling i sak C-396/13 (avsnitt 32).

¹⁷⁴ EU- domstolen synes å bygge på dette syn i *Laval*-dommen, og EFTA-domstolen i Verftssaken.

¹⁷⁵ De følgende avsnittene bygger på Halvard Haukeland Fredriksen, ”EU/EØS-rett i norske domstoler”, Rapport #3 Europautredningen (Bergen 2011).

¹⁷⁶ Jf. ODA artikkel 34.

domstolens tolkning ved å sende saken tilbake, i stedet for åpenlyst å uttrykke skepsis i sin egen dom.

En annen mulig løsning kan være at medlemsstatene forpliktes til å etterfølge EFTA-domstolens rådgivende uttalelser. Dette utgjør imidlertid et stort innhugg i medlemsstatenes suverenitet, og skaper konstitusjonelle utfordringer. En av grunnene til at Norge ikke ønsket medlemskap i EU, var nettopp ønsket om å beholde suverenitet, samt å styres av egne lover. Å forplikte norske domstoler til å etterfølge EFTA-domstolens avgjørelser, vil underminere dette – særlig ettersom norske domstoler har en relativt snever mulighet til å influere EU- og EFTA-domstolens tolkning.

Det vil nok likevel avhjelpe fremtidig motstrid mellom nasjonal- og EU/EØS-rett dersom norske domstoler i større utstrekning benytter seg av den muligheten til innflytelse som faktisk finnes. Høyesterett har anledning til å stille tolkningsspørsmål direkte for EU-domstolen etter EØS-avtalen artikkel 107, jf. protokoll 34.¹⁷⁷ Ved at Høyesterett på denne måten deltar i den dommerdialog som driver rettsutviklingen i EU (og dermed også i EØS), kan norske domstoler påvirke EU-domstolens tolkning av EU/EØS-retten. Dette vil nok også kunne bidra til å oppnå målet om rettsenhet. Et forum for dialog vil kunne skape gjensidig forståelse, og utjevne motsetninger. I Verftssaken kunne eksempelvis Høyesterett brukt denne muligheten til å gjøre EU-domstolen oppmerksom på sin misnøye knyttet til det meget snevre handlingsrommet medlemsstatene tilkjennes etter artikkel 3 nr. 10.

6.4 Dagens situasjon

Til tross for at handlingsrommet som tilkjennes vertslandet etter EU/EØS-rettens tolkning av Utsendingsdirektivet er noe snevrere enn Høyesterett argumenterer for i Verftssaken, må det likevel kunne konkluderes med at vertslandet, herunder Norge, har en relativt vid adgang til å regulere utsendte arbeidstakers lønnsvilkår. Minstelønnsbegrepets innhold defineres i utgangspunktet av vertslandet selv, og EU-domstolen har generelt vist tilbakeholdenhet med å overprøve nasjonale ordninger – spesielt vedrørende minstelønnsbegrepets høyde. Det finnes nærmest ingen eksempler i rettspraksis på at vertslandets beskyttelsesnivå har blitt

¹⁷⁷ Haukeland (2011) side 99.

underkjent. Særlig vid er vertslandets adgang til å anvende nasjonal regulering for å beskytte utsendte arbeidstakere. Dette kan være fordelaktig for sosiale hensyn, men medfører også at det indre marked ikke vil kunne bli helt fritt. Det må likevel kunne antas at Utsendingsdirektivet fungerer som et tjenlig instrument til å balansere de overordnede hensyn som gjør seg gjeldende ved utstasjonering.

Fremstillingen har imidlertid også vist at direktivet fordrer svært tekniske vurderinger. Dets oppbygning er noe uoversiktlig, og forholdet mellom enkelte av bestemmelsene er komplekst, hvilket illustreres ved uklarhetene og uenigheten som har vist seg å foreligge rundt de ulike tolkningsalternativene. Dette gjør at rettstilstanden fremstår som lite forutberegnelig – både for vertslandene og for utenlandske tjenesteytere.

Det finnes likevel få holdepunkter for at uklarhetene vil avklares av lovgiver i nærmeste fremtid. Dette innebærer at domstolene vil spille en viktig rolle, noe som gjør dialog og samarbeid på tvers av rettssystemene uvurderlig.

Kildeliste

Lover og forskrifter

EØS- loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Allmenngjøringsloven	Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.
Utsendingsforskriften	Forskrift 16. desember 2005 nr. 1566 om utsendte arbeidstakere.
Allmenngjøringsforskriften	Forskrift 27. november 2014 nr. 1829 om delvis allmenngjøring av Industrioverenskomsten/VO-delen for skips- og verftsindustrien.

Norske offentlige dokumenter

Ot.prp. nr. 26	Ot.prp. nr. 26 (1992-1993) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.
Ot.prp. nr. 13	Ot.prp. nr.13 (1999-2000) Om lov om endringar i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. Juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven).

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

NOU 2012: 2 NOU 2012: 2, ”Utenfor og innenfor”.

Forordninger og direktiver

Spilloljedirektivet Rådsdirektiv 75/439/EØF om håndtering av spillolje, 16. juni 1975.

Utsendingsdirektivet Europaparlaments- og Rådsdirektiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, 16. desember 1996.

Arbeidstidsdirektivet Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2003/88/EF om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden, 4 november 2003.

Roma-forordningen Europa- Parlamentets og Rådets forordning 593/2008/EF om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser, 17. juni 2008.

Internasjonale avtaler og traktater

TEU Traktaten om Den europeiske union, EU- traktaten, 7. Februar 1992.

ODA Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, 2. mai 1992 (ODA-

avtalen).

EØS-avtalen	Avtale om det europeiske Økonomiske Samarbeidsområde, 1. januar 1994.
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, 13. Desember 2007.

Rettspraksis fra Høyesterett

Verftssaken	Rt. 2013 s. 258.
-------------	------------------

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-113/89	C-113/89, <i>Rush Portuguesa Lda mot Office national d'immigration</i> , EU:C:1990:142 (<i>Rush</i> -dommen).
Sak C-76/90	C-76/90, <i>Manfred Säger mot Dennemeyer & Co. Ltd</i> , EU:C:1991:331 (<i>Säger</i> -dommen).
Sak C-37/92	C-37/92, <i>Vanacker mot Lesage</i> , EU:C: 1993:836 (<i>Vanacker</i> -dommen).
Sak C-177/94	C-177/94, <i>Straffesak mot Gianfranco Perfili</i> , EU:C:1996:24 (<i>Perfili</i> -dommen).
Forente saker C-369/96 og C-376/96	C-369/96 og C-376/96, <i>Jean-Claude Arblade og Arblade & Fils SARL, og Bernard Leloup, Serge Leloup og Sofrage SARL Arblade</i> , EU:C:1999:575 (<i>Arblade</i> -dommen).

Sak C-165/98	C-165/98, <i>André Mazzoleni og Inter Surveillance Assistance SARL</i> , EU:C:2001:162 (<i>Mazzoleni-dommen</i>).
Sak C-49/98 m.fl.	C-49, 50, 52, 53, 54, 68 og 71/98, <i>Finalarte m.fl.</i> , EU:C:2001:564 (<i>Finalarte-dommen</i>).
Sak C-164/99	C-164/99, <i>Portugaia Construções Lda</i> , EU:C:2002:40 (<i>Portugaia-dommen</i>).
Sak C-151/02	C-151/02, <i>Landeshauptstadt Kiel mot Jaeger</i> , EU:C:2003:437 (<i>Jaeger-dommen</i>).
Sak C-233/00	C-233/00, <i>Kommisjonen mot Frankrike</i> , EU:C:2003:371.
Sak C-60/03	C-60/03, <i>Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix</i> , EU:C:2004:610 (<i>Wolff & Müller-dommen</i>).
Sak C-341/02,	C-341/02, <i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , EU:C:2005:220.
Sak C-244/04	C-244/04, <i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , EU:C:2006:49.
Sak C-341/05	C-341/05, <i>Laval un Partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet</i> , EU:C:2007:809 (<i>Laval-dommen</i>).
Sak C-346/06	C-346/06, <i>Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen</i> , EU:C:2008:189 (<i>Rüffert-dommen</i>).
Sak C-319/06	C-319/06, <i>Kommisjonen mot Luxembourg</i> , EU:C:2008:350 (<i>Luxembourg-dommen</i>).
Sak C-522/12	C-522/12, <i>Tevfik Isbir mot DB Services</i> , EU:C:2013:711

(*Isbir-dommen*).

Sak C-396/13 C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry mot Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, EU:C:2015:86 (*Sähköalojen ammattiliitto-dommen*).

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

Sak E-12/10 E-12/10, *Iceland v ESA*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117 (*Island mot ESA*).

Sak E-2/11 E-2/11, *STX Norway m.fl. mot Staten v/Tariffnemnda*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 4 (*STX-dommen*).

Sak E-3/12 E-3/12, *Staten v/ Arbeidsdepartementet mot Stig Arne Jonsson*, EFTA Ct. Rep. 2013 s. 136 (*Jonsson-dommen*).

Andre kilder

Generaladvokatens innstilling I sak C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, EU:C:2014:2236.

Generaladvokatens innstilling I sak C-346/06, *Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen*, EU:C:2007:541.

Generaladvokatens innstilling I sak C-341/05, *Laval un Partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, EU:C:2007:291.

Brev fra ESA i Verftssaken	Case No: 74557, Brev fra ESA, Brussels, 10 July 2015, Subject: Complaint against Norway concerning posting of workers. https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/asd/dokumenter/2015/brev_fra_esa_10_juli_20
Klagesak til ESA mot Norge	Case No: 63734, EFTA SURVEILLANCE AUTHORITY DECISION, 15 July 2009, to close a case against Norway commenced following a receipt of a complaint against that State in the field of free movement of services. http://www.eftasurv.int/media/public-documents/521127.pdf
Kommisjonsrapporten	KOM (2003) 458 endelig. Meddelelse fra Kommisjonen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Europeiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – Gennemførelse af direktiv 96/71/EF i medlemsstaterne. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0458:FIN:EN:PDF
Klage til ESA	Klage til ESA v/brev fra Advokatfirmaet Simonsen DA, november 2007, ref. 416661/HHH, side 11.

Litteratur

- Bains (2013) Bains, Rajvinder Singh, "Lønn i EU-retten- Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett", *Arbeidsrett*, 01/2013 s. 1-81.
- Barnard (2012) Barnard, Catherine, "EU Employment Law", 4. Utgave (Oxford 2012).
- Barnard (2014) Barnard, Catherine, "Posting Matters", *Arbeidsrett*, 01/2014 s. 1-28.
- Baudenbacher (2013) Baudenbacher, Carl, "EFTA-domstolen og dens samhandling med de norske domstolene", *Lov og rett*, 08/2013 s. 515-534.
- Bårdsen (2013) Bårdsen, Arnfinn, "Noen refleksjoner om Norges Høyesterett og EFTA-domstolen", *Lov og Rett*, 08/2013 s. 535-546.
- Evju (2008) Evju, Stein, "Utstasjonering og social dumping – et skandinavisk perspektiv", *Arbeidsrett*, 01/2008 s. 1-20.
- Evju (2009) Evju, Stein, "Arbeidsrett i møte med Europa", *Kritisk juss* 03/2009 s. 244-270.
- Evju (2014) Evju, Stein, "Regulating Transnational Labour in Europe: The quandaries of multilevel governance", (Oslo 2014).
- Fanebust (2015) Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett*, 4.utgave (Oslo 2015).
- Graver (2004) Graver, Hans Petter, "The Effects of EFTA Court

- Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States”, *ARENA WP*, 18/2004.
- Haukeland (2011) Haukeland, Halvard Fredriksen, ”EU/EØS-rett i norske domstoler”, Rapport #3 Europautredningen, Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU (Bergen 2011).
<http://www.europautredningen.no/wp-content/uploads/2011/04/Rap3-domstoler.pdf>
- Haukeland (2015) Haukeland, Halvard Fredriksen, “Best i klassen? EØS-Norge sett utenfra”, *Nytt norsk tidsskrift*, 02/2015 s. 147-162.
- Hjelmseng og Kolstad (2006) Hjelmseng, Erling og Olav Kolstad, “Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger”, *Arbeidsrett*, 01/2006 s. 1-41.
- Hjort (2009) Hjort, Kristin Slørdahl, ”Internasjonalt preseptoriske regler i arbeidsretten”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, bind 4, 2009 s. 41-177.
- Karlsen og Evju (2011) Karlsen, Joakim Augeli og Stein Evju, ”Tarifflike vilkår som EØS-rettslig restriksjon ILO-konvensjon nr. 94 og tjenestefriheten i EU/EØS”, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, bind 6, 2011 s. 1-128.
- Riesenhuber (2012) Riesenhuber, Karl, *European Employment Law*, volume 4, (Cambridge – Antwerp – Portland: 2012).
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Sten Foyn, Olav Kolstad m.fl., *EØS-rett*, 3. Utgave (Oslo 2011).
- Stensvik (2007) Stensvik, Kjetil, ”Sosial dumping og nasjonal regulering

av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår under EØS-reglene om fri bevegelse for tjenester”, *Arbeidsrett*, 01/2007 s. 1-54.

Thorkilsen (2014)

Thorkilsen, Tarjei og Tor Olav Carlsen, ”Om begrepet «sosial dumping»”, *Arbeidsrett*, 02/2014 s. 266-278.

Verschueren (2015)

Verschueren, Herwig, ”The European internal market and the competition between workers”, *European Labour Law Journal*, volume 6, 02/2015 s. 128-151.