

**Lønns- og arbeidsvilkår i  
luftfarten**

**Utredning for Samferdselsdepartementet**

Christian Backe, Lars Holo og  
Knut-Marius Sture

10. september 2021

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>5</b>
1.1	Oppdraget og bakgrunnen for det.....	5
1.2	Nærmere om vårt arbeid.....	5
<b>2</b>	<b>LOVVALG OG JURISDIKSJON.....</b>	<b>6</b>
2.1	Innledning.....	6
2.2	Norske lovvalgsregler.....	7
2.3	Hvilket lands domstoler?.....	9
2.4	Eksempler fra luftfarten på anvendelse av norsk rett ved norske domstoler.....	11
2.4.1	TUI-saken.....	11
2.4.2	Ryanair på Rygge I, Cabin Services Agent.....	13
2.4.3	Ryanair på Rygge II, innleid kabinansatt.....	14
2.4.4	Ryanair og Crewlink for EU-domstolen.....	17
2.4.5	Nærmere om Koelzsch-dommen.....	18
2.5	Forslaget til lovregulering av lovvalget.....	20
2.6	Lovvalget – nærmere om avveiningene.....	20
2.6.1	Lovvalgsavtale.....	20
2.6.2	Arbeidsstedet, avtalestedet eller landet med sterkest tilknytning?.....	21
2.6.3	Nærmere om arbeidsstedet.....	21
2.6.4	Mobilt personell.....	24
2.6.5	Andre arbeidsoppgaver enn flygning.....	25
2.6.6	Organisering, planlegging, instruksjoner m.v.....	25
2.6.7	Selvstendig næringsdrivende personell.....	25
2.6.8	Hvor arbeider flypersonell?.....	27
<b>3</b>	<b>KONSEKVENSENE AV AT NORSK RETT KOMMER TIL ANVENDELSE.....</b>	<b>29</b>
3.1	Innledning.....	29
3.2	Arbeidsmiljøloven.....	29
3.2.1	Historikk.....	29
3.2.2	Gjeldende rettstilstand under aml. av 2005.....	29

3.2.3	Nærmere om Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart mv., FOR-2018-12-20-2182 .....	30
3.2.4	Nærmere om Samarbeidsavtalen av 2010 og forskriften av 1986.....	31
3.2.5	Nærmere om arbeidstid for flygende arbeidstakere .....	33
3.2.6	De øvrige delene av arbeidsmiljøloven – betydning som konkurranseparameter .....	34
3.3	Ferieloven.....	35
3.4	Lønnsfastsettelse og lønnsnivå som følge av norsk lovvalg .....	35
3.5	Lovgivning om trygd, tjenestepensjon mv. ....	36
<b>4</b>	<b>TILSYN OG HÅNDHEVING AV ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER.....</b>	<b>36</b>
4.1	Luftfartstilsynets tilsynsmyndighet.....	36
4.2	Håndheving av de privatrettslige regler.....	38
<b>5</b>	<b>TRYGDETILHØRIGHET MV.....</b>	<b>39</b>
5.1	Generelt om trygdeforordningen.....	39
5.2	Lovvalg på trygdeområdet for flygende personell.....	41
5.3	Arbeid i to eller flere land .....	43
5.4	Overgangsbestemmelser for lovvalg.....	45
5.5	Særlig om forholdet til utsendte arbeidstaker.....	45
5.6	Nærmere om avgjørelse av trygdetilhørighet .....	46
5.7	Arbeidsgiveravgift og trygdeavgift .....	46
<b>6</b>	<b>OBLIGATORISK TJENESTEPENSJON FOR FLYGENDE PERSONELL.....</b>	<b>47</b>
<b>7</b>	<b>INNTEKTSSKATT TIL NORGE FOR FLYGENDE PERSONELL .....</b>	<b>49</b>
7.1	Innledning .....	49
7.2	Skatteplikt til Norge – intern norsk rett og skatteavtaler .....	49
7.3	Intern norsk rett.....	49
7.4	Skatteavtaler.....	50
<b>8</b>	<b>UTSENDINGSREGLENE: TJENESTEUTØVELSE OVER LANDEGRENSENE, KONKURRANSEVILKÅR OG ARBEIDSTAKERS RETTIGHETER .....</b>	<b>51</b>
8.1	Bakgrunn og formål .....	51

8.2	Liberaliseringen av luftfartsnæringen - luftfartens ni friheter.....	53
8.3	Gjelder direktivet og de norske utsendingsreglene for luftfartssektoren?.....	54
8.3.1	Innledning.....	54
8.3.2	Loven og forskriften i relasjon til luftfartssektoren.....	55
8.3.3	Direktivet og transportsektoren.....	56
8.4	Forholdet mellom utsendingsreglene og de alminnelige lovvalgsreglene.....	57
8.5	Virkeområdet for utsendingsreglene: Utsendt arbeidstaker, utsending av arbeidstaker og reell utsendingssituasjon.....	58
8.5.1	Virkeområdet i arbeidsmiljølovens § 1-7.....	58
8.5.2	Håndhevingsdirektivets og utsendingsforskriftens utdypende bestemmelser.....	58
8.5.3	Arbeidstakerbegrepet og omgåelser av det – «bogus self-employment».....	61
8.5.4	Nærmere om bemanningsselskapers og vikarbyråers formidling av selvstendige tjenesteutøvere m.m.....	67
8.6	Begrenset tidsrom – hjemmebase og sekundærbase – vilkår om aktivitet og tilknytning.....	69
8.7	Utenlandsk virksomhet – ikke bare utsending fra andre EØS-land.....	76
8.8	Tjenesteyting.....	77
8.9	Arbeidsgiver under utsendingsperioden.....	77
8.10	De tre alternative utsendingssituasjonene.....	78
8.10.1	Punkt a): Standardutsending - avtale med tjenestemottaker i Norge – ruteflygning og wet leasing.....	79
8.10.2	Punkt b): Konsernintern utsending.....	84
8.10.3	Punkt c): Utsending fra virkarbyrå og bemanningsforetak.....	86
8.11	Hvilke norske rettigheter må arbeidsgiver respektere?.....	87
8.11.1	Traktatens og EØS-avtalens betydning.....	87
8.11.2	Rettighetene.....	87
8.11.3	Arbeidsmiljølovens bestemmelser som får anvendelse.....	89
8.11.4	Andre lover.....	91
8.11.5	Minstelønn og allmenngjøring av tariffavtalebestemmelser.....	92
8.12	Nærmere om allmenngjøringslovens vilkår.....	93

8.13	Lønnsdannelse i Norge.....	95
8.14	Endring av utsendingsdirektivets lønnsbestemmelse: Fra minstelønn til lønn .....	96
8.15	Reformtanker om allmenngjøringsloven .....	97
8.16	Pay to fly.....	99
<b>9</b>	<b>NÆRMERE OM HÅNDHEVING OG TILSYN MED UTSENDINGSREGLENE.....</b>	<b>99</b>
9.1	Tilsyn med utsendingsreglene .....	99
9.2	Håndheving av utsendingsreglene.....	102
9.3	Særlig om endringsdirektivet og håndheving av utsendingsreglene .....	105
<b>10</b>	<b>NORSKE MYNDIGHETERS HANDLINGSROM – SAMMENFATNING .....</b>	<b>106</b>
10.1	Innledning .....	106
10.2	Når kommer norsk rett fullt ut til anvendelse? .....	107
10.3	Rettighetene til utenlandske arbeidstakere som sendes til Norge for et begrenset tidsrom.....	109
10.4	Norsk lønn.....	109
10.5	Behov for nærmere avklaring.....	110

## 1 INNLEDNING

### 1.1 Oppdraget og bakgrunnen for det

Arntzen de Besche Advokatfirma AS har fått i oppdrag fra Samferdselsdepartementet å utrede hvilke lønns- og arbeidsvilkår som gjelder i luftfarten for besetningsmedlemmer med ulik grad av tilknytning til Norge. Bakgrunnen for oppdraget er nærmere angitt i oppdragsbeskrivelsen, hvor følgende fremgår:

*«Covid-19-pandemien kan skape vesentlige endringer i det norske luftfartsmarkedet. Lavpris-selskap med driftslisens fra EØS-land kan ønske å bruke sin rett til å etablere ruter i det norske innenlandsmarkedet i tråd med forordning (EF) nr. 1008/2008. Noen selskap bygger driften sin på forretningsmodeller med vesentlig lavere lønns- og arbeidskostnader enn i det norske markedet. Dette er gjort mulig blant annet på grunn av et generelt lavere lønns- og kostnadsnivå i det eller de landene produksjonskostnadene er juridisk knyttet til. Når disse selskapene yter sine tjenester i Norge, har disse selskapene en kostnads- og dermed en konkurransefordel. Det er i seg selv positivt med konkurranse, men i en bransje med svært små fortjenestemarginer også under normale tider er det viktig å vite at konkurransen skjer på et juridisk riktig, og dermed rettferdig, grunnlag.*

*For å få bedre oversikt over de arbeidsrettslige rammene som denne utviklingen ønsker Samferdselsdepartementet som oppdragsgiver å anskaffe en rapport som redegjør for disse problemstillingene.»*

Det følger av oppdragsbeskrivelsen at utredningen skal gi en fremstilling av hvilke materielle rettsregler som gjelder for lønns- og arbeidsforhold i vid forstand ved produksjon av lufttransporttjenester i det norske innlandsmarkedet, når flyselskapet og/eller det personellet det benytter seg av, har hovedtilknytning til ett eller flere andre EØS-land. Utredningen skal videre gi en fremstilling av de rettsreglene som gjelder for håndhevelsen av de materielle rettsreglene.

Videre skal utredningen gi Samferdselsdepartementet grunnlag for å vurdere om endringer tilsies av hensyn til rettferdig konkurranse mellom flyselskapene og anstendige lønns- og arbeidsvilkår for personell som har mer enn en rent forbigående tilknytning til det norske territoriet.

Utredningen skal også identifisere problemstillinger som er aktuelle for norske myndigheters handlingsrom og beskrive handlingsrommet innenfor de rammene som følger av EØS-retten.

### 1.2 Nærmere om vårt arbeid

Grunnlaget for de faktiske problemstillinger som oppdraget reiser, bygger i hovedsak på følgende:

- Oppdragsbeskrivelsen gitt av Samferdselsdepartementet
- NOU 2019:22 Fra statussymbol til allemannseie – norsk luftfart i forandring, særlig kapittel 6
- NOU 2021:9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv – Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering, særlig kapittel 4
- EU-kommisjonens rapport av 1.3.2019, “Aviation Strategy for Europe: Maintaining and promoting high social standards”, særlig beskrivelsene og forslagene i kap. 4 med henvisninger
- Van Olment & Wynant, “The application of the posting rules to aircrew”, rapport datert 12.12.2019 til EU-Kommisjonen

- Ricardo-rapporten: Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market, Final report, Study contract no. DG MOVE/E1/2017-556
- Eksempler fra rettspraksis vedr. organisering av arbeidsforhold, avtaler om verneting og lovvalg innen sivil luftfart
- Andre rettskilder, deriblant utenlandsk og norsk juridisk litteratur

I tillegg har vi gjennomført samtaler med arbeidslivsorganisasjonene Parat (YS), NHO Luftfart og Norsk Flygerforbund (LO). Vi har videre hatt samtaler med Luftfartstilsynet samt flyselskapene SAS, Norwegian og Widerøe.

## 2 LOVVALG OG JURISDIKSJON

### 2.1 Innledning

Det arbeidsrettslige forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan for besetningsmedlemmer være underlagt flere alternative lands rett, bl.a. disse:

- (i) Det landets rett som arbeidsgiver og arbeidstaker har avtalt.
- (ii) Det landet der arbeidsgiver har sitt forretningssted.
- (iii) Det landet der arbeidstakerne vanligvis mønstrer på og av (hjemmebasen).
- (iv) Et annet land med en annen base enn hjemmebasen. Dette kan være en endring for et begrenset tidsrom eller endring til en ny hjemmebase.

Lovvalget løses som utgangspunkt etter norsk lovvalgsrett. Men, som vi skal se, går de lovfestede *utsendingsreglene* med et begrenset sett av rettigheter for arbeidstakerne foran de alminnelige lovvalgsreglene. Dette er tilfellet når flypersonell sendes ut fra det landet hvor de har sitt faste arbeidssted til et annet land for å arbeide for sin arbeidsgiver der for et begrenset tidsrom.

EU-landene er bundet av Roma I-forordningen<sup>1</sup> om lovvalg i avtaleforhold (deriblant arbeidsforhold) og av utsendingsdirektivene med de nasjonale gjennomføringsbestemmelsene. Det opprinnelige utsendingsdirektivet<sup>2</sup> og håndhevingsdirektivet<sup>3</sup> er gjennomført i norsk rett. Et endringsdirektiv<sup>4</sup> er under behandling av ASD<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Europaparlamentets og Rådets Forordning (EF) Nr. 593/2008 av 17. juni 2008 om lovvalgsregler for kontraktsrettslige forpliktelser (Roma I)

<sup>2</sup> Europaparlaments- og Rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting (Utsendingsdirektivet)

<sup>3</sup> Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2014/67/EU av 15. mai 2014 om håndheving av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, og om endring av forordning (EU) nr. 1024/2012 om forvaltningssamarbeid gjennom informasjonssystemet for det indre marked («IMI-forordningen»)

<sup>4</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/957 av 28. juni 2018 om endring av direktiv 96/71/EF om utstasjonering af arbeidstakere som led i utveksling av tjenesteytelse

<sup>5</sup> Se bl.a. Arbeids- og sosialdepartementets Høringsnotat - Gjennomføring av Direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet, 6. juli 2020

Når det gjelder domstolskompetansen (jurisdiksjon), er dette for Norges vedkommende regulert ved Luganokonvensjonen 2007 som er gjort til norsk lov gjennom tvisteloven § 4-8. For EU-landene er det tilsvarende regulering ved Brussel I-forordningen<sup>6</sup>. Disse regelsettene er i stor grad harmonisert.

## 2.2 Norske lovvalgsregler

De norske, alminnelige lovvalgsreglene er som nevnt ulovfestede. Innholdet i reglene for lovvalg i avtaleforhold, som den individuelle arbeidsretten hører under, er i stor grad samsvarende med de som gjelder innen EU i kraft av Roma I-forordningen. Artikkel 8 i forordningen har dette innholdet:

«Artikkel 8

*Individuelle arbeidsaftaler*

1. En individuell arbeidsaftale er undergivet loven i det land, som parterne har aftalt i henhold til artikkel 3.  
3. Et sådant lovvalg må dog ikke medføre, at arbeidstageren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af bestemmelser, som ikke kan fraviges ved aftale i henhold til den lov, som ville have fundet anvendelse efter stk. 2, 3 og 4 i denne artikkel, såfremt parterne ikke havde aftalt lovvalg.

2. I det omfang parterne ikke har aftalt, hvilken lov der skal anvendes på den individuelle arbeidsaftale, er aftalen undergivet loven i det land, hvori eller subsidiært hvorfra arbeidstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde. Det land, hvor arbejdet sædvanligvis udføres, anses ikke for at have ændret sig, hvis arbeidstageren midlertidigt er beskæftiget i et andet land.

3. Kan det ikke i henhold til stk. 2 afgøres, hvilken lov der skal anvendes, er aftalen underlagt loven i det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbeidstageren, er beliggende.

4. Når det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land end det, der er omhandlet i stk. 2 og 3, anvendes dette andet lands lov.»

Hovedregelen er at partene kan avtale lovvalget, jfr. pkt. 1.

For at en lovvalgsavtale skal være gyldig og bindende, må den ikke innebære fraskrivelse av ufriable rettigheter for arbeidstakerne i det lands lovgivning som – uten lovvalgsavtalen – ville kommet til anvendelse etter art. 8 pkt. 2 - 4.<sup>7</sup> Begrensningen i partenes avtalefrihet for lovvalgsavtaler beskytter den svake part og styrker forutsigbarheten.<sup>8</sup>

Norske domstoler har i de senere årene lagt betydelig vekt på å tolke og anvende norsk ulovfestet lovvalgsrett på en måte som innebærer harmonisering med Romaforordningens bestemmelser på det aktuelle saksområdet. Et ferskt eksempel er Høyesteretts uttalelse om at «hensynet til internasjonal rettsenhet taler med styrke for å følge den EU-rettslige lovvalgsregelen».<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Europa-Parlamentets og Rådets (EU) Nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område

<sup>7</sup> Et eksempel på ugyldig fraskrivelse av rettigheter gjennom lovvalgsavtale, er Ryanair-saken i Moss tingrett, Borgarting lagmannsrett og Høyesteretts ankeutvalg, jfr. HR-2013-2522-U – Rt-2013-1589, og på nytt i lagmannsretten, LB-2013-202882.

<sup>8</sup> Se nærmere nedenfor om professor Giuditta Cordero-Moss' utredning. Sitatet er fra side 25.

<sup>9</sup> Jfr HR-2019-1929-A, Propiedades Rott, avsnitt 46. Saken gjaldt forbrukerforhold, jfr. forordningens art. 6.



Justisdepartementet arbeider med spørsmålet om lovregulering av lovvalgsretten. På departementets oppdrag har professor Giuditta Cordero-Moss avgitt en utredning<sup>10</sup> med lovforslag for lovvalg i og utenfor avtaleforhold der hun anbefaler at en norsk lov legges tett opp til de to forordningene Roma I (i avtaleforhold) og Roma II (utenfor avtaleforhold).

At Høyesterett allerede har lagt betydelig vekt på harmonisering med forordningene og på en harmonisering av lovvalgsreglene med vernetingsreglene (jurisdiksjonen), påviser hun bl.a. slik (s. 21):

*«Drøftelsen ovenfor viser at harmoniseringshensynet gjør seg gjeldende så vel internrettslig som på nordisk og på internasjonalt plan.»*

*I det siste tiåret har Høyesterett konsekvent understreket at EU-internasjonalt privatrett, og da spesielt Roma I og Roma II, bør tillegges vekt i norsk rett, jf. Rt. 2006 s. 1008, Rt. 2009 s. 1573 (Bokhandler), Rt. 2011 s. 531 (Krigsforbryter), HR-2016-1251-A (Eimskip), HR-2017-1297-A (ING) og HR-2018-869-A (Gard). I mangel av faste lovvalgsregler i norsk rett, legger Høyesterett vekt på lovvalgsreglene i EU.»*

En harmonisering har særlig gode grunner for seg på området for individuelle arbeidsforhold pga forholdet mellom utsendingsdirektivet, som er en spesialregulering av lovvalg, og de alminnelige lovvalgsreglene. Dette kommer vi tilbake til.

Justisdepartementet har p.t. ikke fullført arbeidet med en eventuell lovregulering av norsk lovvalgsrett. Det må anses svært sannsynlig at en eventuell lovvalgslov vil innebære en stor grad av harmonisering med de to EU-forordningene, slik den ulovfestede lovvalgsretten allerede er blitt gjennom Høyesteretts praksis.

Cordero-Moss beskriver ulike metoder som preger lovvalgsretten. Den norske metoden har utviklet seg bort fra den såkalte individualiserende metode som var preget av skjønnsmessige helhetsvurderinger uten tydeliggjøring av hvilke hensyn som skulle tillegges hvilken vekt. Cordero-Moss beskriver utviklingen i norsk rettspraksis over til en metode med faste tilknytningsfaktorer i likhet med EU-retten (s. 25):

*«I de siste årene har Høyesterett klart gitt uttrykk for at man bør anvende faste tilknytningsfaktorer slik man har dem i EU-retten, med mindre det finnes avvikende lovvalgsregler i norsk rett, jf. punkt 2.2 ovenfor. Også der Høyesterett anvender den såkalte Irma-Mignon formelen<sup>11</sup>, som tidligere ble brukt som utgangspunkt for den individualiserende metoden (se punkt 2.4 nedenfor), er denne blitt anvendt på en objektiv måte, se HR-2017-1297-A (ING).»*

Cordero-Moss beskriver lovvalgsreglene for individuelle arbeidsforhold etter norsk rett og EU-retten slik<sup>12</sup>:

*«5.10 Lovvalg for individuelle arbeidsavtaler*

---

<sup>10</sup> «Utredning om formuerettslige lovvalgsregler» av Giuditta Cordero-Moss, Universitetet i Oslo, 2. juni 2018, publisert av Justisdepartementet

<sup>11</sup> Irma Mignon-dommen, Rt-1923-II-58 f: Et omtvistet forhold bør løses «etter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme». - Dommen er kritisert bl.a. av Helge J. Thue i artikkelen «Irma-Mignon-formelen - En konfliktskapende regel» i TFR-1965-587.

<sup>12</sup> Side 112-113

Lovvalg i arbeidsretten er ikke lovfestet i Norge. Arbeidsmiljøloven § 1-7 om utsendte arbeidstakere, som gjennomfører direktiv 96/71 (Utstasjoneringdirektivet), samt sparsom rettspraksis, gir uttrykk for at enkelte bestemmelser kan ha internasjonalt preceptorisk karakter, se punkt 5.1.4 ovenfor. Dette medfører at partsautonomien er begrenset i denne type avtaler. Øvrige spørsmål, herunder hvilken stats rett som er bakgrunnsrett når partene ikke har foretatt et lovvalg, er ulovfestet. Tidligere ble det antatt at disse spørsmål måtte løses ved anvendelse av Irma-Mignon-formelen.

Nyere høyesterettspraksis som har lagt betydelig vekt på europeisk internasjonal privatrett, jf. punkt 2.2 ovenfor, har direkte betydning for arbeidsretten. Spesielt relevant på arbeidsrettens område er HR-2016-1251-A (Eimskip). Også forarbeidene til arbeidsmiljøloven understreker at EU-internasjonal privatrett bør legges til grunn.<sup>13</sup> EU-rettspraksis om bestemmelsens forgjenger, Romakonvensjonen artikkel 6, ble lagt vekt på av Høyesterett ved tolkning av Luganokonvensjonen, som regulerer verneting for arbeidskontrakter.<sup>14</sup>

Roma I artikkel 8 har som utgangspunkt at den alminnelige regelen om partsautonomi også gjelder for arbeidsavtaler (første ledd). Imidlertid er partsautonomien begrenset slik at partenes valg ikke kan frata arbeidstageren den beskyttelse som følger av ufravikelige regler i den retten som ville ha kommet til anvendelse hvis partene ikke hadde foretatt et valg. Har partene valgt en rett som gir lik eller bedre beskyttelse, kan partsautonomien ha full virkning. I motsatt tilfelle griper regler i retten som ville ha kommet til anvendelse uten partenes valg inn, jf. punkt 2.7 ovenfor.

Hvilken stats rett som kommer til anvendelse hvis partene ikke har foretatt et gyldig valg, er regulert i artikkel 8 annet, tredje og fjerde ledd. Annet og tredje ledd gjengir de samme tilknytningsfaktorene som er inntatt i Luganokonvensjonen: Stedet hvor arbeidstageren til vanlig arbeider eller arbeider fra (artikkel 8 annet ledd), subsidiært stedet til virksomheten der arbeidstageren ble ansatt (artikkel 8 tredje ledd). Fjerde ledd har et unntak for nærmere tilknytning.»

Vi kommer i punkt 2.5 tilbake til Cordero-Moss' forslag til lovvalgslov.

### 2.3 Hvilket lands domstoler?

Som fremstillingen ovenfor viser, er det sammenheng mellom lovvalgsreglene og reglene om hvilket lands domstoler tvister om arbeidsforhold hører under. Begrepene her er stedlig domsmyndighet (verneting) og jurisdiksjon.

De norske reglene om domstolenes stedlige domsmyndighet er gitt i tvisteloven<sup>15</sup> §§ 4-3 flg. Sivile søksmål skal som hovedregel anlegges der den saksøkte har sitt bosted eller forretningssted, og dette gjelder også for utenlandske næringsvirksomheter med forretningssted i Norge når søksmålet gjelder virksomheten der:

«§ 4-4. Alminnelig verneting

(1) Søksmål kan reises ved saksøktes alminnelige verneting.

(2) Fysiske personer har alminnelig verneting der de har bopel. Den som har bopel i flere rettskretser, har alminnelig verneting i alle rettskretsene.

---

<sup>13</sup> [Note 163] Ot.prp.13 (1999-2000) s. 15.

<sup>14</sup> [Note 164] Rt. 2011 s. 1034, som legger vekt på sak C-29/10 (Koelzsch).

<sup>15</sup> Lov nr. 90/2005, fork. tvl.

(3) Virksomheter registrert i Foretaksregisteret har alminnelig verneeting på det sted virksomhetens hovedkontor ifølge registreringen ligger. Utenlandske næringsvirksomheter med filial, agentur eller lignende forretningssted i Norge har alminnelig verneeting på dette forretningsstedet dersom søksmålet gjelder virksomheten der.

...»

Reglene om norske domstolers domsmyndighet i internasjonale privatrettslige forhold, er lovregulert, i motsetning til lovvalgsreglene. Luganokonvensjonen er i sin helhet gjennomført som norsk lov ved tvisteloven § 4-8<sup>16</sup>. Luganokonvensjonens hovedregel er at søksmål skal behandles der hvor den saksøkte har sitt bosted. Det heter i artikkel 2 at «personer med bosted i en konvensjonsstat uansett statsborgerskap saksøkes ved domstolene i bostedstaten.» Dette samsvarer med de norske reglenes utgangspunkt, jfr. tvisteloven § 4-4. Konvensjonen har, i likhet med Roma I-forordningen om lovvalg, egne bestemmelser for tvister innen individuelle arbeidsforhold. Vi gjengir de bestemmelsene i Luganokonvensjonen som er relevante for oss:

«Kapittel II. Domsmyndighet

Avsnitt 5. Verneeting i saker om individuelle arbeidsavtaler

Art 18.

1. I saker om individuelle arbeidsavtaler bestemmes verneetinget av reglene i avsnittet her, med forbehold for artikkel 4 og artikkel 5 nr. 5.

2. Når en arbeidstaker inngår en individuell arbeidsavtale med en arbeidsgiver som ikke har bosted i noen konvensjonsstat, men har en filial, et agentur eller liknende forretningskontor i en konvensjonsstat, skal arbeidsgiveren, i tvister som springer ut av driften av denne virksomhet, anses å ha bosted i sistnevnte stat.

Art 19.

En arbeidsgiver med bosted i en konvensjonsstat kan saksøkes:

1. ved domstolene i bostedsstaten, eller

2. i en annen konvensjonsstat:

a) ved domstolene for det sted hvor arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid, eller ved domstolene for det siste sted han gjorde det, eller

b) dersom arbeidstakeren til vanlig ikke utfører eller har utført sitt arbeid i et bestemt land, ved domstolene for det sted hvor virksomheten som ansatte arbeidstakeren, ligger eller har ligget.»

Etter artikkel 20 kan arbeidsgiver saksøke arbeidstakerne der disse har bosted.

Adgangen til å inngå avtaler om jurisdiksjon (verneetingsavtaler) er regulert slik i art. 21:

---

<sup>16</sup> Tvisteloven § 4-8 lyder slik: «Konvensjonen om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker med protokoller og vedlegg, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007 (Luganokonvensjonen 2007), gjelder som lov. Vedleggene gjelder slik de til enhver tid er bindende for Norge.»

«Reglene i avsnittet her kan bare fravikes i en vernetingsavtale:

1. som er inngått etter at tvisten oppsto, eller
2. som tillater arbeidstakeren å reise søksmål ved andre domstoler enn dem som er nevnt i avsnittet her.»

I prinsippet er lovvalgsreglene og reglene om domsmyndighet to ulike regelsett i den forstand at den kompetente domstolen kan måtte løse tvisten på grunnlag av et annet lands rett hvis de to regelsettene gir ulike løsninger. Det har imidlertid vært et mål ved arbeidet med de opprinnelige konvensjonene og senere forordningene om lovvalg og jurisdiksjon å harmonisere reglene slik at domstolene skal behandle sakene i størst mulig grad etter sitt lands rett. For arbeidstakere innebærer dette at de to regelsettene gjør det mulig å anlegge sak mot arbeidsgiver der de *til vanlig utfører* eller har utført sitt arbeid<sup>17</sup> og at domstolen skal løse tvisten på grunnlag av loven i det landet *hvor* eller subsidiært *hvorfra* arbeidstakeren *vanligvis utfører sitt arbeid*.<sup>18</sup> Dette er fremholdt av Høyesteretts ankeutvalg i kjennelsen i TUI-saken<sup>19</sup>:

«Hensynet bak regelen i artikkel 19 nr. 2 bokstav a må være at en arbeidstaker, presumptivt den svake part, skal kunne saksøke sin arbeidsgiver der arbeidstakeren har eller har hatt sin største arbeidsmessige tilknytning. Dette kan i mange tilfeller være det rimeligste, det enkleste og det billigste alternativet.»

## 2.4 Eksempler fra luftfarten på anvendelse av norsk rett ved norske domstoler

Spørsmålet om lovvalg og domstolsmyndighet i internasjonal luftfart er preget av at denne typen transportvirksomhet er mangfoldig, bl.a. mht driftsform, organisering av virksomheten og det flygende personellets tilknytninger, stasjoneringer, mobilitetsgrad og avtaleforhold. Flygende personells arbeidsforhold i så henseende varierer fra langsiktig, fast stasjonering ved en «hjemmebase» til «highly mobile workers»<sup>20</sup> med skiftende og kortvarig basetilhørighet. I et slikt mangfold kan det være vanskelig å bedømme i hvilket land flygende personell «til vanlig utfører sitt arbeid». De sakene som omtales nedenfor, illustrerer dette og er nyttige eksempler for å kunne forankre de rettslige analysene konkret, og de viser hva domstolene legger vekt på.

### 2.4.1 TUI-saken

Et tidlig eksempel i norsk rett er TUI-saken mellom en dansk pilot og hans svenske arbeidsgiver, med base på Gardermoen.<sup>21</sup> Det oppsto tvist om jurisdiksjonen. Saksforholdet er beskrevet slik i Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse:

«(2) A reiste 22. april 2010 søksmål mot TUI Fly Nordic AB, ved stevning inngitt til Øvre Romerike tingrett. A er dansk statsborger, for tiden bosatt i Danmark, og har tidligere arbeidet for TUI Fly Nordic (tidligere Britannia Airways AB). Dette er et svensk selskap, med filial på Gardermoen. A var ansatt som

---

<sup>17</sup> Luganokonvensjonen art. 19 pkt. 2 a

<sup>18</sup> Roma I forordningen art. 8 pkt. 2

<sup>19</sup> HR-2011-1332-U – Rt-2011-1034, se nærmere nedenfor om saksforholdet m.v.

<sup>20</sup> Se bl.a. Rapporten “THE APPLICATION OF THE EU POSTING RULES TO AIRCREW”, Dr. Gautier Busschaert and Dr. Pieter Pecinovsky, 12 December 2019, av advokatfirmaet Van Olmen & Wynant (heretter også “VOW-rapporten) avsn. 255 – 260 (s. 81-82) med henvisninger.

<sup>21</sup> Øvre Romerike tingrett TOVRO-2010-69010 – Eidsivating lagmannsrett LE-2011-25572 – Høyesteretts ankeutvalg HR-2011-1332-U – Rt-2011-1034

pilot. I 2005 fikk han inndratt sitt operative og medisinske flysertifikat på grunn av ryggproblemer. Han ble deretter, på dette grunnlag, sagt opp fra sin stilling.

(3) I samsvar med kollektivavtale hadde arbeidsgiveren på vegne av sine piloter tegnet forsikring mot tap av flysertifikat. As krav knytter seg til denne forsikringen.»

Lagmannsretten kom under tvil til at arbeidstakerens arbeid hadde en slik tilknytning til Norge som beskrevet i art. 19 nr. 2 a) og fant at søksmålet kunne anlegges ved norsk domstol. Lagmannsretten trakk særlig fram disse momentene:

«A var stasjonert på Gardermoen. I stevningen er det opplyst at han bare hadde ID-kort til Gardermoen hvor han sjekket inn og ut, at han på Gardermoen utførte nødvendig arbeid på bakken, som å skrive ut flyverplaner, sjekke væropplysninger, ta nødvendige telefoner i forbindelse med jobben m m, at crewrommet på Gardermoen var det sted han vendte tilbake til, og at hans dietter ble beregnet med Gardermoen som utgangspunkt. Arbeidsgiver sørget for transport ved turer som startet fra andre lufthavner. Selv om dette ikke synes å være gjennomført konsekvent, finner lagmannsretten å måtte legge til grunn at A i det alt vesentlige hadde Gardermoen som innsjekkings- og utsjekkingssted, og dermed som midtpunkt for sin ervervsvirksomhet. Dette må gjelde selv om han som flyver på utenlandske destinasjoner må ha tilbrakt mesteparten av arbeidstiden utenfor Norges grenser.

...

As tilknytning til Gardermoen var vesentlig større enn til noen utenlandsk lufthavn, jf. foran. Forhold som at ansettelsesavtalen reguleres av svensk rett, TUI kunne ha omgjort stasjoneringen, A gjennomførte de fleste kurs i Sverige, flyene han fløy ikke var norskregistrert, og lønn ble utbetalt i svenske kroner, endrer ikke dette.»

Høyesteretts ankeutvalg kunne bare ta stilling til lovforståelsen og ikke den konkrete lovanvendelsen. Utvalget tilføyde, etter å ha konkludert med at det sluttet seg til lagmannsrettens lovforståelse:

«(16) Ankeutvalget legger til at lagmannsrettens generelle lovforståelse har støtte også i EU-domstolens storkammeravgjørelse av 15. mars 2011 i sak C-29/10 Koelzsch. Avgjørelsen gjelder tolkingen av Romakonvensjonen<sup>22</sup> artikkel 6 om lovvalg. Men det fremgår klart av avgjørelsen, særlig avsnittene 8, 9, 33 og 41, at det er sett hen til jurisdiksjonsreglene i Brusselkonvensjonen – som på de relevante punkter er parallelle til reglene i Lugano-konvensjonen. Hensynet til å beskytte arbeidstakeren fremheves i avsnitt 42. Det fremheves i artikkel 45 at

«the criterion of the country in which the work is habitually carried out must be given a broad interpretation and be understood as referring to the place in which or from which the employee actually carries out his working activities and, in absence of a centre of activities, to the place where he carries out the majority of his activities».

(17) Om arbeid innenfor transportsektoren sier EF-domstolen blant annet i avsnittene 48 og 49:

«48. Accordingly, in the light of the nature of work in the international transport sector, such as that at issue in the main proceedings, the referring court must, as proposed by the Advocate General in points 93 to 96 of her Opinion, take account of all the factors which characterise the activity of the employee.

---

<sup>22</sup> Romakonvensjonen var forløperen til Roma I-forordningen, og Brusselkonvensjonen om jurisdiksjon var forløperen til Brussel I-forordningen. Bestemmelsene i konvensjonene ble på de aktuelle punktene videreført i forordningene.

49. It must, in particular, determine in which State is situated the place from which the employee carries out his transport tasks, receives instructions concerning his tasks and organises his work, and the place where his work tools are situated. It must also determine the places where the transport is principally carried out, where the goods are unloaded and the place to which the employee returns after completion of his tasks».

(18) Ankeutoalget kan ikke se annet enn at den lovforståelse lagmannsretten har lagt til grunn i nærværende sak, harmonerer med de bærende rettslige synspunktene i Koeltzsch-avgjørelsen – som altså er generelle synspunkter på lovvalget, men hvor man også har sett hen til jurisdiksjonsreglene.»

Disse premisene inneholder interessante rettskildefaktorer som vi kommer tilbake til.

#### 2.4.2 Ryanair på Rygge I, Cabin Services Agent

Den første Ryanair-saken for norske domstoler kom i 2011.<sup>23</sup> Saksforholdet beskrives slik av lagmannsretten:

«Den ankende part, A (heretter A), er ungarsk statsborger. Han har vært ansatt i Ryanair Limited (heretter Ryanair) som «Cabin Services Agent» siden 2008. Frem til 1. april 2010 arbeidet han fra flyplassen Hahn i Frankfurt. Den 29. januar 2010 ble han tilbudt stilling som «Base Supervisor» på Rygge flyplass fra 1. april 2010 «until further notice». Tilbudet er undertegnet av A 12. februar 2010. Den 12. februar 2010 undertegnet han også en kontrakt med Ryanair med fortsatt ansettelse som Cabin Services Agent.

Det fremgår av brev fra Ryanair av 2. februar 2010 at stillingen som Base Supervisor er midlertidig og at den vil opphøre 30. september 2010. Han ble samtidig gjort oppmerksom på at han fra denne dato gjeninntretr som Cabin Services Agent, men at han – dersom han ønsker å fortsette som Base Supervisor – kunne søke om dette innen 1. september 2010.

Ifølge arbeidsavtalen pkt 34.1, undertegnet av den ankende part 12. februar 2010, skal tvister løses av irske domstoler og etter irsk rett.»

Lagmannsretten kom til at saken kunne behandles av norske domstoler. Den foretok en vurdering av Luganokonvensjonens kriterier og uttalte bl.a. (understreket her):

«Lagmannsretten viser for det første til at A mottok alle instruksjoner – oftest via PC – på Rygge. Han startet og sluttet i likhet med mange andre sine reiser på Rygge, og Ryanairs fly var stasjonert der. Dette er momenter som i tråd med Koeltzschavgjørelsen trekker i retning av at Rygge var sentrum for As arbeidsaktiviteter.

Etter lagmannsrettens syn er også vilkåret i arbeidsavtalen punkt 6.2 om at A hadde plikt til å bosette seg innen en time fra Rygge et moment i retning av at sentrum for As arbeidsaktiviteter var på Rygge. Lagmannsretten bemerker at piloten i Rt-2011-1034<sup>24</sup> tilsynelatende ikke hadde slik boplikt, men var bosatt i Danmark mens han var stasjonert på Gardermoen.

---

<sup>23</sup> Moss tingretts kjennelse 2011-07-12 i sak TMOSS-2011-35316, og Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 2011-12-21 i sak LB-2011-166150 – RG-2011-1550

<sup>24</sup> TUI-saken, omtalt foran

De nevnte forhold er momenter som også gjør seg gjeldende også for en ordinær Cabin Services Agent. Avgjørelsene i Eidsivating lagmannsrett 4. mars 2011/ Rt-2011-1034 kan tyde på at en slik tilknytning kan være tilstrekkelig. Det samme synes Ketilbjørn Hertz å legge til grunn i sin kommentarutgave<sup>25</sup> til Bruxelles I-forordningen, side 230:

*'Som eksempel på hvad der formentlig må anses for et centrum for erhvervsudøvelsen, kan nævnes en pilot eller et andet besætningsmedlem der er fast tilknyttet en bestemt lufthavn således at han eller hun almindeligvis vender tilbage hertil efter hver tur. Vernetingset bør i en sådan situation følge denne lufthavns placering uanset om en stor andel [af] det samlede arbejde udføres mens flyet befinder sig uden for den stat hvor lufthavnen ligger, og uanset om flyet er registreret i en anden stat.'*

Lagmannsretten tar ikke stilling til om en Cabin Services Agent kan anses for å ha sentrum for sine arbeidsaktiviteter på Rygge. A hadde – i motsetning til ordinære kabinansatte – tilleggsoppgaver som Base Supervisor på bakken. Han hadde videre tilgang til en kontor plass på Rygge som bakkearbeidet kunne utføres ved. Dette er relevante momenter ved vurderingen av hva som utgjør «the effective centre of his working activities», jf EU-domstolens avgjørelser i C-383/95 Rutten avsnitt 23:

*'23 (...) ... Article 5(1) of the Convention, as amended by the San Sebastian Convention, must be understood to refer to the place where the employee has established the effective centre of his working activities and where, or from which, he in fact performs the essential part of his duties vis-à-vis his employer.'»*

#### 2.4.3 Ryanair på Rygge II, innleid kabinansatt

Saken gjaldt et oppsigelsessøksmål<sup>26</sup> reist av en italiensk kabinansatt som hadde fast ansettelse i et utleiebyrå og arbeidet for Ryanair med base på Rygge. Høyesteretts ankeutvalg beskriver saksforholdet slik:

*«(2) A reiste ved stevning datert 3. april 2013 søksmål mot Ryanair Limited med krav om fast ansettelse og erstatning etter rettens skjønn. A er italiensk statsborger. Den 28. mars 2012 inngikk hun avtale med Crewlink Ireland Limited om fast ansettelse som kabinbesetningsmedlem, «Crewlink Services Agent». Hun ble i henhold til avtalen samtidig utleid til Ryanair Limited for en periode på 3 år, fra 6. april 2012. Fra hun tiltrådte har A vært stasjonert ved Moss lufthavn Rygge. I avtalen med Crewlink Ireland Limited forpliktet hun seg til å bosette seg maksimalt én times reisetid fra Rygge. A ble sagt opp*

<sup>25</sup> «Bruxelles I-forordningen – Med kommentarer af Ketilbjørn Hertz», Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1. utgave. – Se senere 2. utgave 2015 side 269 med samme tekst. Han tilføyer etter sitatet: «EU-domstolens praksis vedrørende Romkonvensjonens art. 6, stk. 2, litra a, der likeledes henviser til det sted hvor arbeidstageren sædvanligvis utfører sit arbejde, er i overensstemmelse hermed». Denne bestemmelsen i Romakonvensjonen er videreført i Roma I-forordningen art. 8 nr. 2 første setning.

<sup>26</sup>Arbeidstakeren krevde saken avgjort av norske domstoler etter norsk rett, mens Ryanair krevde saken avvist fordi de mente at tvisten hørte hjemme i Irland, og at den måtte løses etter irsk rett. Vernetings spørsmålet ble først behandlet særskilt, deretter lovvalgsspørsmålet etter at norsk vernetings var rettskraftig avgjort. Saken endte med at norske domstoler hadde domsmyndighet og at norsk rett kom til anvendelse. - Moss tingrett TMOSS-2013-58182-1, kjennelse i 2013 om avvisning pga vernetingset – Borgarting lagmannsrett LB-2013-123040, kjennelse i 2013 som tillot saken fremmet – Høyesteretts ankeutvalg opphevet kjennelsen pga saksbehandlingsfeil, Rt-2013-1589, HR-2013-2522-U. Borgarting lagmannsrett behandlet avvisningsspørsmålet på nytt; kjennelse 2014-03-05 i sak LB-2013-202882 som fortsatt tillot behandling av saken for norsk rett. Ryanairs anke til Høyesterett ble forkastet ved ankeutvalgets kjennelse 2014-06-17 i sak HR-2014-1273-U. Ankeutvalget fant det enstemmig klart at anken ikke kunne vinne fram i Høyesterett. Deretter ble lovvalgsspørsmålet behandlet av Moss tingrett som avsa dom 2015-01-09 om at saken skulle behandles og avgjøres etter norsk rett. Anke til Borgarting lagmannsrett ble avgjort ved dom 2015-10-16, sak LB-2015-51137 der tingrettens dom ble stadfestet. Anke til Høyesterett tillatt fremmet, HR-2016-284-U. Anken frafalt og saken hevet i Høyesterett, se HR-2016-2418-U.

den 30. januar 2013. Oppsigelsen var begrunnet i at hun ikke hadde bestått prøvetiden, som var fastsatt til ett år. Arbeidsavtalen fastsatte irsk jurisdiksjon og lovvalg ved eventuell tvist.

(3) Ryanair Limited påsto As søksmål avvist, under henvisning til at norske domstoler ikke er kompetente til å behandle saken.»

Moss tingrett ga Ryanair medhold i avvisningskravet, mens lagmannsretten ga arbeidstakeren medhold i at norske domstoler hadde domsmyndighet til tross for avtalen om irsk verneting og lovvalg.

Høyesteretts ankeutvalg var enig med lagmannsretten i lovforståelsen, men opphevet kjennelsen på grunnlag av saksbehandlingsfeil. Saken ble behandlet på nytt av lagmannsretten som kom til samme resultat. Ny anke til Høyesterett ble avvist av ankeutvalget.

I den siste avgjørelsen om vernetingsspørsmålet uttalte lagmannsretten bl.a. at den la stor vekt på mønstringsstedet, (den kabinansattes hjemmebase), men at dette ikke var avgjørende i seg selv:

«I tråd med ankeutvalgets uttalelser skal det videre legges stor vekt på mønstringsstedet i den helhetsvurderingen som skal foretas. Det er likevel ikke i seg selv tilstrekkelig at arbeidstakeren alltid returnerer til samme base. Denne basen må også kunne anses som senter for hennes arbeidsvirksomhet.

....

Det alt vesentlige av det arbeidet A utførte, fant sted under flyvning. Hun har ikke utført noe arbeid av betydning i andre stater. Lagmannsretten legger til grunn at det arbeid A utførte på bakken i Norge, var begrenset, og at disse oppgavene – med unntak for vakter – var nært knyttet til den forestående flyvning. Som nevnt møtte hun opp i selskapets «crewroom» 45 minutter før avgang hvor hun mottok instruksjoner og informasjon. Hun hadde ingen oppgaver i forbindelse med innsjekkingen av passasjerene, men hun anviste passasjerene vei fra terminalen og inn i flyene.»

Lagmannsretten vurderte om det hadde betydning hvor arbeidstakeren var avlønnet fra og skattet til og hadde sin pensjonsmessige tilknytning etc.:

«Lagmannsretten kan ikke se at det forhold at A fikk utbetalt lønn i Irland, skattet til Irland og var medlem i den irske folketrygden kan være utslagsgivende momenter i motsatt retning. Lagmannsretten peker på at pilotens tilknytningsforhold til Sverige i Rt-2011-1034<sup>27</sup>, og Koelzsch<sup>28</sup> tilknytning til Luxembourg til dels var parallelle.»

Lagmannsretten vurderte også om det hadde betydning i hvilken grad arbeidsgiver hadde tilknytning til Norge:

«Ankemotparten<sup>29</sup> har videre fremhevet at Ryanair ikke har filial eller noen administrasjon i Norge. Lagmannsretten påpeker generelt at arbeidsgiverens egen tilknytning til det landet arbeidstakeren går til

---

<sup>27</sup> TUI-saken, omtalt foran

<sup>28</sup> EU-domstolens storkammeravgjørelse av 15. mars 2011 i sak C-29/10 Koelzsch. Også referert av Høyesteretts ankeutvalg i TUI-saken, omtalt foran.

<sup>29</sup> Ryanair



*sak i – utover at det kan kaste lys over organiseringen av arbeidstakerens arbeid – har liten selvstendig relevans ved vurderingen av Luganokonvensjonen artikkel 19 nr 2 bokstav a.»*

Da det var rettskraftig avgjort at saken skulle behandles av norske domstoler og ikke irske, ble *lovvalgsspørsmålet* behandlet. Den kabinansatte fikk medhold av tingretten og lagmannsretten i at norsk rett kom til anvendelse.<sup>30</sup> Lagmannsretten tok først stilling til «*hvor eller hvorfra*» arbeidet vanligvis ble utført, jfr. Roma I-forordningen art. 8 nr. 2, og konkluderte med at det var på Rygge, med denne begrunnelsen:

*«Hun har ikke hatt noen langvarige opphold i utlandet i tilknytning til utførelsen av arbeidet. For hver gang hun har mønstret på i Rygge, har hun mønstret av i Rygge. Alle gangene har det også vært med det samme flyet hun er kommet tilbake til Rygge, med mulig forbehold for de gangene flyet er blitt sendt annet sted for mer omfattende sjekk og vedlikehold enn det som gjøres ved det tilsyn som utføres på Rygge flyplass. Som ytterligere moment ved denne vurderingen må det også legges vesentlig vekt på at det bare er ved Rygge flyplass hun er blitt pålagt vakter som består i å være standby. Det er de her nevnte momentene som framstår som de sentrale ved anvendelsen av artikkel 8 nr. 2, og som nevnt foran under gjennomgåelsen av EU-retten har lagmannsretten ikke lagt avgjørende vekt på at hennes arbeidsoppgaver på bakken på Rygge flyplass er nokså begrensede.»*

Lagmannsretten uttalte deretter at det av de samme grunner ikke var aktuelt å anvende art. 8 nr. 3 om det landet «*der virksomheten som har ansatt arbeidstageren, ligger.*»

Dernest vurderte lagmannsretten om arbeidsforholdet hadde «*en nærmere tilknytning til et annet land*», i dette tilfelle Irland slik Ryanair argumenterte for, jfr. Roma I art. 8 nr. 4. Lagmannsretten konkluderte med at dette ikke var tilfelle. Basetilhørigheten og plikten til å bo innen en times reiseavstand fra basen på Rygge ble også i denne sammenheng avgjørende. Ryanair argumenterte med at arbeidstakeren fikk sin lønn fra Irland og at hun var skattepliktig til Irland og var medlem av en irsk trygdeordning. Dette førte ikke fram. Lagmannsretten viste til at hun var skattepliktig også til Norge og at skatteplikten ble samordnet mellom de to landene i kraft av skatteavtalen mellom landene. Når det gjelder betydningen av *trygdetilhørighet*, uttalte lagmannsretten:

*«Det knytter seg uklarhet til i hvilken grad hun i tilknytning til arbeidsforholdet kunne være berettiget til å nyte godt av ytelser etter folketrygdloven og/eller tilsvarende lovgivning i Irland. Medlem av folketrygden i Norge er den som er bosatt her når «oppholdet er ment å vare ... i minst 12 måneder.», jf. folketrygdloven § 2-1 første ledd jf. andre ledd. Tatt i betraktning treårsavtalen mellom Crewlink og Ryanair som arbeidsforholdet var knyttet opp til, taler mest for at hun fra kort tid etter ankomsten til boligen i Råde var innstilt på å være her så lenge som i minst 12 måneder. Det gjelder selv om hun med sin italienske bakgrunn hadde forsøkt forgjeves å bli stasjonert i Pisa. Det vil være naturlig å legge mest vekt på at hun iallfall innenfor treårsperioden var innstilt på å være her til hun kunne bli stasjonert et sted hun heller ville være. Når det gjelder hennes trygdetilknytning til Irland, framstår denne som ufullstendig og til dels motstridende opplyst gjennom de forklaringer som er gitt av partene. Lagmannsretten legger til grunn at hun hadde en form for medlemskap i det irske trygdesystemet, men at hun, slik hun selv har forklart, har fått avslag på søknad på ytelser fra det systemet fordi hun ennå ikke hadde vært medlem i så lang tid som ett år. Det er blant annet lagt vekt på at Ryanair ikke har framlagt dokumenter som tilbakeviser det A har forklart om dette.»*

---

<sup>30</sup> Dom av 2015-10-16 i sak LB-2015-51137

Ryanair viste videre til arbeidsavtalens bestemmelse om arbeidssted som selskapet mente viste en nærmere tilhørighet til Irland enn Norge. Den påberopte avtalebestemmelsen hadde bl.a. dette innholdet:

«6. Location

*As the Client's aircraft are registered in the Republic of Ireland and as you will perform your duties on these aircraft your employment is based in the Republic of Ireland. You will be located initially at RYG Airport and at such other place or places, as the Company reasonably requires for the proper fulfilment of your duties and responsibilities under this Agreement. It is a condition of your employment that you comply with any such requirement. Our client airline operates aircraft from various locations and the number of aircraft in each location can change throughout the year. For the avoidance of doubt, you must be flexible to transfer to any of our Client's bases at any time without compensation. ...»*

Heller ikke dette førte fram. Lagmannsretten vurderte argumentasjonen slik:

*«Det er ikke framkommet noe som tilsier at A var forespeilt av arbeidsgiver at slike flyttinger av lokaliseringen til andre flyplasser ville skje hyppig, og klausulen om andre tjenestesteder skaper uansett ikke en nærmere tilknytning til Irland. Det må legges til grunn at bare en beskjeden andel av de kabinansatte skulle være tilknyttet flyplasser der.»*

Lagmannsretten uttalte også at lovvalgsklausulen om irsk rett heller ikke var et moment av betydning for tilknytningsvurderingen etter art. 8 nr. 4. Lagmannsretten føyde til at heller ikke utsendingsreglene kom til anvendelse. Disse reglene og grensedragningen mot de alminnelige lovvalgsreglene behandles nedenfor.

#### 2.4.4 Ryanair og Crewlink for EU-domstolen

Saken gjaldt lovvalg. EU-domstolen<sup>31</sup> har tatt stilling til spørsmålet om *hjemmebase*-begrepet i EU-reglene om lovvalg for anvendelsen av offentligrettslig lovgivning om trygd, pensjon etc. («social security») er identisk med og overførbart til *arbeidsstedet* ved arbeidsrettslig lovvalg og jurisdiksjon. Vi gjengir fra rapporten utarbeidet av advokatfirmaet Van Olmen & Wynant på oppdrag av EU-Kommisjonen.<sup>32</sup> De redegjør for forordningen (side 11, understreket her):

*«23. Annex III to Regulation (EEC) No 3922/91<sup>33</sup> defines the home base as "the location nominated by the operator to the crew member from where the crew member normally starts and ends a duty period or a series of duty periods and where, under normal conditions, the operator is not responsible for the accommodation of the crew member concerned" (Subpart Q, OPS 1.1095, point 1.7)<sup>34</sup>. In that respect, it*

---

<sup>31</sup> Forenede saker C-168/16 og C-169/16, Sandra Nogueira m fl mot Crewlink Ireland Ltd, og Miguel José Moreno Osacar mot Ryanair Designated Activity Company

<sup>32</sup> Også omtalt foran. «Report THE APPLICATION OF THE EU POSTING RULES TO AIRCREW», av Dr. Gautier Busschaert and Dr. Pieter Pecinovskiy, 12 December 2019, ved advokatfirmaet Van Olmen & Wynant (I utredningen også "VOW-rapporten)

<sup>33</sup> Council Regulation (EEC) No 3922/91 of 16 December 1991 on the harmonization of technical requirements and administrative procedures in the field of civil aviation

<sup>34</sup> Denne definisjonen av hjemmebase er også benyttet i Forskrift om arbeidstid med mer for besetningsmedlemmer i sivile luftfartøyer (BSL D 2-4) FOR-2004-12-30-1817, § 3, Definisjoner, første ledd: «(1) I denne forskriften menes med ... Base: Sted/luftfartsanlegg der besetningsmedlemmet starter og avslutter arbeidet. Hjemmebasen er den basen der besetningsmedlemmet normalt starter og avslutter arbeidet, og der luftfartsforetaket ikke har ansvar for innkvartering.»

*is important to note that an operator must nominate a home base for each crew member (point 3.1) and that this home base is decisive, as the title of Subpart Q indicates, for verifying respect of flight and duty time limitations and rest requirements».*

Rapporten presenterer saken for EU-domstolen (side 22):

*«51. In Sandra Nogueira and others against Crewlink Ireland Ltd (C-168/16) and Ryanair (C-169/16) 13, The European Court of Justice had to deal with a separate but related question. Can the concept of ‘place where the employee habitually carries out his work’, as provided for in Article 19(2)(a) of the Brussels I Regulation, be equated with that of ‘home base’, as provided for in Annex III to Regulation No 3922/91?<sup>35</sup> »*

Svaret fra EU-domstolen i Crewlink-dommen var at de to kriteriene ikke er identiske, men at «hjemmebase» i relasjon til social security-reglene gir en «vesentlig indikasjon» på hvor vedkommende vanligvis utfører sitt arbeid i relasjon til lovvalg og jurisdiksjon i arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker:

*«77 Henset til det ovenstående skal de rejste spørgsmål besvares med, at Bruxelles I-forordningens artikel 19, nr. 2), litra a), skal fortolkes således, at når en sag anlægges af en arbejdstager, der er ansat som medlem af kabinpersonalet hos eller stillet til rådighed for et luftfartsselskab, med henblik på at afgøre den påkendende rets kompetence, kan begrebet »det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde«, ikke sidestilles med begrebet »hjemmebase« som omhandlet i bilag III til forordning nr. 3922/91. Begrebet »hjemmebase« udgør ikke desto mindre en væsentlig indikation med henblik på at fastlægge »det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde.«»*

Ryanairs og Crewlinks argumentasjon om at irsk domstolsmyndighet og lovvalg måtte anvendes fordi flyene var registrert i Irland og at deres forretningssted var Irland, ble ikke tillagt betydning.

#### **2.4.5 Nærmere om Koelzsch-dommen**

Flere av rettsavgjørelsene har henvist til EU-domstolens tolkningsuttalelse i sak C-29/10, Koelzsch. Saken gjaldt internasjonal veitransport. Koelzsch var lastebilsjåfør og saken ble behandlet av storkammer i EU-domstolen.

Dommen viser til formålet med lovvalgsreglene i den tidligere Roma I-konvensjonen og deretter Roma I-forordningen; å skape forutsigbarhet og beskytte den svake part i avtaleforholdet. Dette tilsier at *kriteriet om arbeidsstedet skal tolkes vidt*.

Domstolen uttaler at lovvalget skal følge «det sted, hvor eller hvorfra arbejdstageren faktisk udøver sin virksomhed, og, i mangel af et primært sted, det sted, hvor arbejdstageren udfører størstedelen af sin virksomhed» (avsn. 45). Dette landets lov «finder ligeledes anvendelse, når arbejdstageren midlertidigt udfører opgaver i en anden stat» og det skal tas «udgangspunkt i favor laboratoris-princippet, da de svageste parter i aftaleforholdet skal beskyttes» med [de mest gunstige] lovvalgsregler» (avsn. 46).

---

<sup>35</sup> Vi gjør oppmerksom på at 1991-forordningen er avløst av KOMMISJONSFORORDNING (EU) nr. 965/2012 av 5. oktober 2012 om fastsettelse av tekniske krav og administrative framgangsmåter for luftfartsoperasjoner i samsvar med europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 216/2008. Den aktuelle bestemmelsen er i vedlegget ORO.FTL.105.

Karakteren av arbeidet på området for internasjonal transport skal tas i betraktning, og det skal tas hensyn til samtlige faktorer som karakteriserer arbeidstakerens virksomhet (avsn. 48 og 49). Domstolen ga denne oppsummeringen:

«49 Den forelæggende ret skal navnlig fastlægge, i hvilken stat det sted, hvorfra arbejdstageren udfører sine transportopgaver, modtager instruktioner vedrørende disse opgaver og organiserer sit arbejde, befinder sig, samt det sted, hvor arbejdsredskaberne befinder sig. Den skal ligeledes undersøge de steder, hvor transporten hovedsageligt gennemføres, de steder, hvor varerne aflæsses, samt det sted, hvortil arbejdstageren vender tilbage efter disse opgaver.»

VOW-rapporten oppsummerer etter sin gjennomgang av den forannevnte Nogueira-dommen<sup>36</sup> (understreket her):

«53. It is important to note that the reasoning of the European Court of Justice in this case can be applied by analogy to the notion of habitual place of employment in the Rome I Regulation, for the European Court of Justice itself has drawn such a parallel in the past, particularly in the Koelzsch case.

54. Based on the aforementioned cases, several indicia might be taken into consideration by the national courts with a view to determine the habitual place of employment in the aviation sector:

- i. the place from which the worker carries out his transport-related tasks,
- ii. the place where he returns after his tasks, receives instructions concerning his tasks and organizes his work,
- iii. the place where his work tools are to be found,
- iv. the place where the aircraft aboard which the work is habitually performed is stationed, and
- v. the place where the 'home base' is located, being understood that its relevance would only be undermined if a closer connection were to be displayed with another place. »

For jurisdiksjon gjelder denne subsidiære regelen ifølge VOW:

«55. If the habitual place of work cannot be determined, the employee will only be able to sue the employer before the jurisdiction of the place of business through which he was engaged or before the place of the employer's domicile. »

For lovvalget gjelder en annen ordning hvor et hovedarbeidssted ikke kan identifiseres. Da gjelder art. 8 nr. 4 i Roma I-forordningen:

«4. Når det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land end det, der er omhandlet i stk. 2 og 3, anvendes dette andet lands lov.»

Dette reiser et spørsmål om hvorvidt det er et hierarki mellom nr. 2 og 3 på den ene side og nr. 4 på den andre. Dette vil vi behandle senere.

---

<sup>36</sup> Denne dommen gjaldt jurisdiksjon, men vurderingene er i stor grad harmonisert med vurderingene av lovvalget, og VOW-rapportens momentliste i avsn. 54 er ment å ha betydning for begge.

## 2.5 Forslaget til lovregulering av lovvalget

Professor Cordero-Moss har i sin utredning til Justisdepartementet foreslått at lovvalget for individuelle arbeidsforhold blir regulert i samsvar med Roma I-forordningens artikkel 8. Hun foreslår slik tekst (side 190):

*«§ 8 Individuelle arbeidskontrakter*

*En individuell arbeidskontrakt er underlagt retten som partene har valgt etter § 3. Dette lovvalget kan likevel ikke påvirke anvendelsen av de ufravikelige bestemmelsene i retten som utpekes etter annet, tredje og fjerde ledd, som beskytter arbeidstageren.*

*Dersom partene ikke har foretatt et lovvalg, er kontrakten underlagt retten i den staten der, eller subsidiært hvorfra, arbeidstageren sedvanlig utfører sitt arbeid ved oppfyllelsen av kontrakten. Dersom arbeidstageren midlertidig utfører sitt arbeid i en annen stat, påvirkes ikke stedet der arbeidet anses å bli utført til vanlig.*

*Dersom det ikke er mulig å utpeke retten i medhold av annet ledd, anvendes retten i den staten der virksomheten som har ansatt arbeidstageren, ligger.*

*Fremgår det av omstendighetene at kontrakten har nærmere tilknytning til en annen stat enn den som utpekes av lovvalgsreglene i annet og tredje ledd, anvendes retten i denne staten.»*

I kommentaren til bestemmelsen skriver hun (side 160):

*«Til § 8 Individuelle arbeidskontrakter*

*Bestemmelsen tilsvarende Roma I artikkel 8.*

*I henhold til nyere høyesterettspraksis som legger vekt på Roma I, se punkt 5.10 ovenfor, må det antas at bestemmelsen viderefører rettsstilstanden i norsk rett.*

*Det kan nevnes her at den subsidiære tilknytningsfaktoren i artikkel 8 tredje ledd (virksomheten som ansatte arbeidstageren) er blitt kritisert i litteraturen.<sup>222</sup><sup>37</sup> Tilknytningsfaktoren er lovfestet for vernetting i Luganokonvensjonen artikkel 19 punkt 2 bokstav b). Hensynet til harmonisering med våre vernetingsregler, samt med Roma I, tilsier at tilsvarende bestemmelse inntas også i § 8.»*

## 2.6 Lovvalget – nærmere om avveiningene

På grunnlag av gjennomgangen ovenfor vil vi her forsøke å klargjøre hvilke momenter som er relevante og hvilken vekt de har ved avveiningene i de enkelte typetilfellene. De norske rettskildene gir grunnlag for å knytte fremstillingen til Roma I-forordningens artikkel 8 og utformingen av lovforslaget § 8 som er ment å videreføre gjeldende norsk ulovfestet lovvalgsrett.

### 2.6.1 Lovvalgsavtale

Avtale om lovvalg er gyldig og bindende hvis den ikke innebærer at arbeidstakernes ufravikelige rettigheter blir fraskrevet. Hvis lovvalgsavtalen medfører minst like gode rettigheter for arbeidstakerne som de øvrige alternative kriteriene for lovvalg ville medført, er den gyldig og bindende og skal legges til grunn. Dette gjelder uansett om det stedet hvor arbeidet ellers utføres

---

<sup>37</sup> [Note 222] Nesvik, Beskyttelse av arbeidstakeren i internasjonal privatrett, ss. 269f. (Marie Nesvik, Beskyttelse av arbeidstakeren i internasjonal privatrett», UiO 2018.)

eller utføres fra, eller de andre kriteriene for lovvalget tilsier et annet enn det landets rett som lovvalgsavtalen peker ut.

Hvis andre land ut fra omstendighetene i sakene kan være aktuelle som alternativer til det land som lovvalgsavtalen utpeker, uansett har samme eller dårligere ufravikelige rettigheter for arbeidstakerne, er det ikke nødvendig å ta stilling til hvilket land de andre kriteriene for lovvalget ville pekt ut. Hvis derimot ett eller flere land som kan være aktuelle, har bedre ufravikelige rettigheter, må det tas stilling til om de øvrige kriteriene for lovvalget fører til at lovvalget uten avtalen ville pekt ut dette eller disse. Lovvalgsavtalen må i så fall settes ut av betraktning.

## 2.6.2 Arbeidsstedet, avtalestedet eller landet med sterkeste tilknytning?

Forholdet mellom bestemmelsen om arbeidsstedets betydning i andre ledd og tilknytningskriteriet i fjerde ledd, er noe uklart. En kan forstå oppbyggingen av artikkel 8 og den foreslåtte § 8 slik at arbeidsstedet blir avgjørende hvis dette kan identifiseres og at tilknytningskriteriet i fjerde ledd i så fall ikke kommer til anvendelse. En slik automatikk er det nok ikke grunnlag for.<sup>38</sup> Men domstolene må «alltid først ta utgangspunkt i de faste tilknytningsfaktorene». Hvis det landets rett som arbeidsstedet (eller forretningsstedet, jfr. tredje ledd) utpeker, skal kunne settes til side etter tilknytningskriteriet i fjerde ledd, «må det godtgjøres at tilknytningen til et annet land er sterkere.» Og hvis det er «like sterk tilknytning til hovedarbeidslandet og et annet land, må det være slik at arbeidsstedets rett får anvendelse.»<sup>39</sup>

Hvis et land kan identifiseres som nærmeste tilknytning etter nr. 4, skal dette landets lov anvendes fremfor loven i det landet arbeidsavtalen ble inngått, jfr. nr. 3.

Når det gjelder forholdet mellom artikkel 8 nr. 2 om *arbeidsstedet* og nr. 3 om «*det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbeidstageren, er beliggende*» skal hovedarbeidsstedet gå foran. Denne løsningen gir arbeidstakerne best beskyttelse og er egnet til å hindre forsøk på omgåelser:

*«It is only if the habitual place of work cannot be identified that the place of hiring will be taken into account. This last criterium (the place of business through which the worker was engaged) creates unpredictability and opens the way to forum shopping by airline companies who will hire flying staff from places located in countries with less protective rules.»<sup>40</sup>*

## 2.6.3 Nærmere om arbeidsstedet

### 2.6.3.1 Innledning

Hvis det ikke er inngått gyldig og bindende lovvalgsavtale, jfr. art. 8 nr. 1, og hvis arbeidsforholdet ikke har sterkere tilknytning til et annet land, jfr. art. 8 nr. 4, er *arbeidsstedet* etter nr. 2 avgjørende hvis dette kan identifiseres og det ikke omfatter flere land<sup>41</sup>. Dette kan være vanskelig å identifisere

---

<sup>38</sup> Se bl.a. EU-domstolen i sak C- 64/12 (Schlecker) avsn. 44 som sier at «selv i det tilfælde, hvor en arbeidstager udfører det arbejde, der er genstand for arbejdsaftalen, på sædvanlig vis, langvarigt og uden afbrydelse i ét og samme land, kan den nationale ret i henhold til sidste sætningsled i denne bestemmelse afslå at anvende den lov, der finder anvendelse i det land, hvor arbeidstageren sædvanligvis udfører sit arbejde, når det af omstændighederne som helhed fremgår, at der er en nærmere tilknytning mellem denne aftale og et andet land.» Saken gjaldt ikke internasjonal transport. – Se også drøftelsen i Marie Nesvik, «Beskyttelse av arbeidstakewren i internasjonal privatrett», UiO 2018, avsn. 8.3.3.1 side 270 flg.

<sup>39</sup> Sitatene er fra Nesvik, s.s., side 274-275.

<sup>40</sup> VOW-rapporten avsn. 43

<sup>41</sup> Henvisningene samsvarer med Cordero-Moss' lovforslag; § 8 hhv første, fjerde og andre ledd i tekstens rekkefølge.

for flygende personell som utfører sitt arbeid i to eller flere land, om bord i luftfartøy som kan være registrert i et land som ikke personellet arbeid har tilknytning til, og som dessuten i perioder kan skifte arbeidssted. Ved bedømmelsen av i hvilket land arbeidsstedet ligger, er det et sett av momenter som vil inngå i vurderingen. Momentenes tyngde ved avveiningen vil kunne variere etter omstendigheten i den enkelte sak.

#### 2.6.3.2 På- og avmønstring: Fast eller varierende?

Utgangspunktet, i mangel av gyldig lovvalgsavtale, er at loven skal velges i det landet *hvor eller hvorfra arbeidstakeren sedvanlig utfører sitt arbeid* ved oppfyllelsen av kontrakten.<sup>42</sup> Ved denne bedømmelsen tas det for flygende personell utgangspunkt i på hvilket sted flyvningene påbegynnes og hvor de avsluttes. Tilhørighet over tid til en *fast base* og tilhørighet til «*hjemmebase*» i den forstand uttrykket brukes i skatte- og trygdlovgivningen, har stor betydning som indikasjon på hvor eller hvorfra arbeidet vanligvis utføres, men er ikke uten videre avgjørende; andre faktorer kan etter en konkret vurdering føre til at hovedarbeidsstedet er et annet. På- og avmønstring kan skje ved andre av flyselskapets baser enn den enkeltes «*hjemmebase*». I slike tilfeller opereres det gjerne med begrepet *sekundærbase*. Hvis dette vedvarer over tid, kan det derimot være tale om *endring av hjemmebase*.

#### 2.6.3.3 «Hjemmebase» og «sekundærbase»

Hva hvis en arbeidstaker har hjemmebase i sitt hjemland og flys passivt til og fra en operativ base i Norge for å fly på et ruteopplegg herfra? På- og avmønstring for den aktive tjenesten forutsettes her å skje ved en av flyselskapets operative baser i Norge.

Hvis hjemmebasen ligger i et land med lave personellkostnader (lønn og sosiale kostnader), vil dette være et typetilfelle som denne utredningen skal vurdere muligheten for å treffe tiltak mot. Det må her først klarlegges om jurisdiksjon og lovvalg hører til Norge eller hjemmebaselandet. Hvis lovvalgsreglene innebærer at norsk rett i sin helhet kommer til anvendelse, oppstår spørsmål som gjelder eventuelle minstelønnsnivåer i Norge, og om kontroll, tilsyn og sanksjoner er effektive, noe vi behandler for seg i utredningen. Tilsvarende gjelder hvis saksforholdet ligger slik an at det er utsendingsreglene som kommer til anvendelse, fremfor det landets rett som etter de alminnelige lovvalgsregler kommer til anvendelse. Også dette kommer vi tilbake til.

Hjemmebasedefinisjonen i de offentligrettslige reglene som regulerer beskatning, trygd, arbeidstidsreguleringene etc., er som nevnt ikke i seg selv avgjørende for jurisdiksjonen eller lovvalget. men den kan være en *indikasjon* på hvor arbeidsstedet ligger, jfr. art. 8 nr. 2, og den kan ha betydning ved tilknytningsvurderingen etter forordningens art. 8 nr. 4 (tilsvarende lovutkastets § 8 fjerde ledd).

EUs regler om arbeids- og hviletid for flypersonell er gjennomført i norsk rett ved forskrift. Forskrift om arbeidstid med mer for besetningsmedlemmer i sivile luftfartøyer (BSL D 2-4) FOR-2004-12-30-1817<sup>43</sup> har denne definisjonen av «arbeidstid», «base», «hjemmebase» og «lovbestemt hviletid» i relasjon til den offentligrettslige reguleringen av bl.a. lengste arbeidstid og minste hviletid:

---

<sup>42</sup> Cordero-Moss' lovforslag til lovvalg, § 8 andre ledd første setning, som må anses for å uttrykke gjeldende rett i dag.

<sup>43</sup> Vi gjør oppmerksom på forskriftens § 2 om virkeområdet, der andre ledd lyder: «Forskriftens § 4 og § 5 gjelder likevel ikke luftfartsvirksomhet som omfattes av arbeids- og hviletidsreglene i forordning (EU) nr. 965/2012 vedlegg (annex) III, kapittel FTL, gjennomført i forskrift 7. august 2013 nr. 956 om luftfartsoperasjoner

«§ 3. Definisjoner

(1) I denne forskriften menes med:

*Arbeidstid:*

*Den tiden besetningsmedlemmet står til disposisjon for luftfartsforetaket.*

*Base:*

*Sted/luftfartsanlegg der besetningsmedlemmet starter og avslutter arbeidet. Hjemmebasen er den basen der besetningsmedlemmet normalt starter og avslutter arbeidet, og der luftfartsforetaket ikke har ansvar for innkvartering.*

...

*Lovbestemt hviletid:*

*Hviletid som er pålagt i eller med hjemmel i luftfartsloven.»*

Som vi ser her, opereres det med to basebegreper. *Base* omfatter mer enn *hjemmebase*. Flygende personell har normalt en hjemmebase. Siden flyselskapet normalt ikke har ansvaret for innkvartering der arbeidstakerne har sin bopel, vil det også normalt være hjemmebaselandets skatte- og trygdellovgivning som får anvendelse. At bestemmelsen inneholder et basebegrep i tillegg, som kommer til anvendelse der arbeidsgiver normalt er ansvarlig for innkvarteringen, har betydning i de tilfellene der det flygende personellet mønstrer på og av på andre steder enn ved hjemmebasen. Når disse basene ligger i andre land enn hjemmebaselandet, står vi overfor de arbeidsrettslige spørsmålene om anvendelsen av *lovvalgsreglene* for individuelle arbeidsavtaler og *utsendingsreglene* for arbeidstakere som i et begrenset tidsrom sendes ut til et annet land. Slike andre baser enn hjemmebasen blir gjerne betegnet *sekundærbaser*. Dette er en beskrivende, og ikke rettslig, term fordi den ikke benyttes i noe regelverk. Dette kommer vi tilbake til i kapitlet om utsendingsreglene.

Hjemmebasen slik den er definert i reglene for skatt, trygd etc., ble i den foran omtalte Nogueira-dommen<sup>44</sup> vurdert i forhold til arbeidsstedet i relasjon til Brussel I-forordningen om jurisdiksjon. Avsnitt 77 inneholdt konklusjonen om at forordningens begrep «det sted, hvor arbeidstageren sædvanligvis utfører sit arbejde», ikke kan sidestilles med begrepet «hjemmebase» som omhandlet i bilag III til dagjeldende forordning nr. 3922/91<sup>45</sup> om de offentligrettslige reglene. Men domstolen føyde til at begrepet ««hjemmebase» udgjør ikke desto mindre en vesentlig indikasjon med henblik på at fastlegge «det sted, hvor arbeidstageren sædvanligvis utfører sit arbejde.»»

Dette har tilsvarende betydning for lovvalget. Hjemmebase i offentligrettslig forstand er ikke i seg selv avgjørende for å fastlegge arbeidsstedet etter Roma I-forordningen art. 8 nr. 2, og vi kan trygt

---

<sup>44</sup> Jfr. EU-domstolens dom i forenede saker C-168/16 og C-169/16, Sandra Nogueira mfl mot Crewlink og Ryanair, omtalt foran. I det typetilfellet som var til behandling i EU-domstolens sak C- 64/12 (Schlecker), ble derimot skatt og trygd nevnt som relevante momenter for tilknytningsvurderingen etter forordningens art. 8 nr. 4.

<sup>45</sup> Denne forordningen er, som foran nevnt, avløst av Kommisjonsforordning (EU) nr. 965/2012 av 5. oktober 2012 om fastsettelse av tekniske krav og administrative framgangsmåter for luftfartsoperasjoner i samsvar med europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 216/2008. Den aktuelle bestemmelsen er i vedlegget ORO.FTL.105.



fastslå det samme etter norsk lovvalgsrett, slik den er foreslått lovfestet i § 8 andre ledd. Men hjemmebase kan gi en vesentlig indikasjon på hvor eller hvorfra arbeidet vanligvis utføres. Det samme må gjelde ved spørsmålet om hjemmebasen innebærer at *tilknytningskriteriet* etter art. 8 nr. 4 og lovforslagets § 8 fjerde ledd vil overstyre arbeidsstedet og fører til at hjemmebaselandets rett likevel skal gjelde. Borgarting lagmannsretts vurderinger av saksforholdet i Ryanair II, omtalt foran<sup>46</sup>, innebar at tilknytningskriteriet ikke førte til et annet resultat, men dette må vurderes konkret fra sak til sak og kan falle ulikt ut. Det er imidlertid klart at hjemmebase i de offentligrettslige reglenes forstand ikke er avgjørende i seg selv.

#### 2.6.4 Mobilt personell

Flygende personell som mønstrer på og av på samme base over tid og uten fastsatt tidsbegrensning, vil normalt komme inn under dette landets jurisdiksjon og lovvalg fordi det er *her og/eller herfra* de vanligvis utfører sitt arbeid. Dette gjelder selv om de arbeider på fly som inngår i et sammensatt ruteopplegg med landinger i flere land og over flere dager med overnatting underveis før de til slutt kommer tilbake til sitt utgangspunkt hvor de så igjen skal påmønstre for en ny rute.

Dette er et normalt tilfelle som, slik det er beskrevet her, vil gjelde uavhengig av hva som er deres hjemmebase i relasjon til lovgivningen om skatt og trygd etc. Men hvis tilhørigheten til en base varer over et visst tidsrom, kan det være tale om *endring av hjemmebase*. Spørsmålet om hva som skal til for å endre hjemmebase i relasjon til skatte- og trygd lovgivningen m.v., behandles et annet sted i utredningen.

Vi skal her se nærmere på de tilfellene hvor basetilhørigheten endres med varierende grad av hyppighet.

I de tilfellene flygende personell blir overført til (i) en annen base i et annet land og (ii) for et bestemt tidsrom, kan forholdet etter omstendighetene komme inn under reglene om utsending (utstasjonering) etter de nasjonale gjennomføringsbestemmelser for utsendingsdirektivet som vi behandler i neste hovedpunkt.

Det er et minstevilkår for anvendelsen av utsendingsreglene at utsendingen gjelder for «et bestemt tidsrom».<sup>47</sup> I dette punktet vil vi derimot se nærmere på mobilt personell som ikke overføres til en base i et annet land for et bestemt tidsrom, men likevel må anses som mobile arbeidstakere.

EU-domstolen tok tidlig stilling til jurisdiksjonen hvor arbeidstakerne utfører arbeid i flere land. Rutten-dommen<sup>48</sup> gjaldt ikke transportvirksomhet, men en arbeidstaker som over tid hadde utført arbeid i ett land i ca to tredeler av sin tid i virksomheten, mens en tredel var utført i til sammen fire land, hvorav ett var i det landet konsernet hadde sitt forretningssted. Domstolen uttalte i domsslutningen at jurisdiksjonen skulle være

*«... det sted, hvor arbeidstageren sædvanligvis udfører sit arbejde, for det tilfælde at arbeidstageren til opfyldelse af en arbeidskontrakt udfører sit arbejde i mere end én kontraherende stat, i bestemmelsens forstand er det sted, hvor arbeidstageren har etableret det faktiske midtpunkt for sin erhvervsudøvelse.*

---

<sup>46</sup> Dom av 2015-10-16 i sak LB-2015-51137

<sup>47</sup> Aml. § 1-7 første ledd og Forskrift om utsendte arbeidstakere, FOR-2005-12-16-1566, § 2 første ledd, jfr utsendingsdirektivets (direktiv 96/71) art 2 nr. 1 og fortalens punkt 3.

<sup>48</sup> EU-domstolens dom av 9.1. 1997 i sak C-383/95

*Med henblik på den konkrete fastlæggelse af dette sted skal der tages hensyn til den omstændighed, at arbejdstageren har størstedelen af sin arbejdstid i en af de kontraherende stater, hvor han har et kontor, hvorfra han tilrettelægger sin virksomhed for arbejdsgiveren, og hvoertil han vender tilbage efter hver forretningsrejse i udlandet.»*

I den etterfølgende Weber-saken<sup>49</sup> om jurisdiksjon uttalte EU-domstolen at det skulle tas hensyn til *hele arbeidsforholdets varighet* ved fastleggelsen av det sted hvor arbeidstakeren vanligvis har utført sitt arbeid. Og hvis det ikke er andre holdepunkter, befinner dette sted seg der hvor arbeidstakeren har hatt *størstedelen av sin arbejdstid*. Dette må imidlertid vike «*hvis tvistens gjenstand ... har nærmere tilknytning til et annet arbeidssted.*»<sup>50</sup>

Vi kan av disse dommene og de øvrige rettskildene vi har gjennomgått foran, trekke noen konklusjoner for mobilt, flygende personell hvor vi hele tiden forutsetter at utsendingsreglene ikke kommer til anvendelse:

- a) Hvis basen i betydningen stedet for på- og avmønstring legges til ulike land over tid, skal det legges vekt på basetilhørigheten og andre tilknytningsfaktorer gjennom hele ansettelsestidens varighet.
- b) Hvis det er ett av landene i denne tiden hvor arbeidstakeren har hatt størstedelen av sin basetilknytning, vil dette danne en presumsjon for lovvalget og jurisdiksjonen.
- c) Denne presumsjonen må vike hvis arbeidsforholdet etter en helhetsvurdering er nærmere knyttet til et annet medlemsland. Blant tilknytningsfaktorene vil hjemmebasen i relasjon til skatte- og trygdelovgivning være tungtveiende. Hvis det er grunnlag for å betrakte en av basene som «det faktiske midtpunkt» for vedkommende arbeidstakers arbeidsmønster, vil dette ha stor vekt.

#### **2.6.5 Andre arbeidsoppgaver enn flygning**

Stedet for eventuelle arbeidsoppgaver i tillegg de som hører direkte til flygningene, er relevante ved vurderingen (jfr. Ryanair I, Cabin Services Agent/Base Supervisor). Fravær av slike tilleggsoppgaver ble på den annen side ikke tillagt vekt i Ryanair på Rygg II.

#### **2.6.6 Organisering, planlegging, instruksjoner m.v.**

Hvor flyvningene forberedes og organiseres, hvor relevant utstyr befinner seg og hvor arbeidsgivers instruksjoner m.v. *mottas*, kan være indikasjoner på hvor (hoved)arbeidsstedet er. At instruksjoner m.v. *avgis* fra flyselskapet der dette er etablert, er ikke av betydning ved vurderingen, slik vi har påvist foran.

#### **2.6.7 Selvstendig næringsdrivende personell**

Hvis det flygende personellet har organisert seg som selvstendig næringsdrivende, blir det spørsmål om hvilke lovvalgs- og jurisdiksjonsbestemmelser som får anvendelse.

---

<sup>49</sup> EU-domstolens dom av 27.02.2002 i sak 37/00, Weber. Saken gjaldt en tysk statsborger som hadde arbeidet for et nederlandsk selskap på nederlandsk sokkel i Nordsjøen og på dansk territorium under byggingen av Storebælt-broen i 1993.

<sup>50</sup> Domsslutningens punkt 2

Lovvalgsavtaler og avtaler om jurisdiksjon sammenholdt med øvrige kriterier vil stå i en annen stilling for personell som ikke er arbeidstakere i EU-forordningenes forstand. Det vil da ikke være spesialbestemmelsene for individuelle arbeidsavtaler, men de alminnelige bestemmelsene om lovvalg og jurisdiksjon i forordningene som kommer til anvendelse. Etter Roma I-forordningen vil eventuell lovvalgsavtale som hovedregel være avgjørende, men også her gjelder prinsippet om at lovvalgsavtalen ikke kan tilsidesette eventuelle ufravikelige regler i det land som uten avtalen ville kommet til anvendelse. Det samme gjelder ufravikelig EU-rett.<sup>51</sup> Og etter bestemmelsen om lovvalg i mangel av lovvalgsavtale, er tjenesteavtaler underlagt loven i det land hvor tjenesteyteren har sitt «opholdssted» etter forordningen; i norsk rett «sitt vanlige bosted».<sup>52</sup>

Arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet og begrepet «individuelle arbeidsavtaler» i Brussel I- og Roma I-forordningene er EU-rettslige begreper. De må avgrenses mot selvstendig næringsdrivende eller andre former for organisering av enkeltpersoners foretak. Hvis det konkluderes med at personellet ikke er arbeidstakere, vil det dreie seg om grenseoverskridende tjenesteutøvelse og eventuelt utøvelse av etableringsretten.<sup>53</sup>

Kriteriene for arbeidsavtalebegrepet i Brussel I-forordningen om jurisdiksjon er beskrevet slik av Hertz<sup>54</sup>:

*«På denne baggrund må det centrale i begrebet 'arbejdsaftale' antages at være at arbejdet udføres i et underordningsforhold, dvs. for en anden og efter dennes anvisninger, jfr. også sag C-268/99 Jany præmis 34.»*

Dette peker på et sentralt element i den norske forståelsen av arbeidstakerbegrepet.<sup>55</sup> Vi viser til fremstillingen i NOU 2021:9 kap. 8.1, «Arbeidstakerbegrepet» og går ikke nærmere inn på det her. Når det gjelder arbeidstakerbegrepet i EUs regelverk (traktatene og sekundærlovgivningen som bl.a. forordninger og direktiver), er det først spørsmål om vedkommende regel inneholder et EU-rettslig arbeidstakerbegrep eller om det er medlemslandenes nasjonale arbeidstakerbegrep som skal anvendes. Dette varierer og er ikke alltid klart.<sup>56</sup> Når det gjelder EU-traktatens arbeidstakerbegrep, skriver utvalget<sup>57</sup>:

*«Kriteriene som ligger til grunn for det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet har sitt utspring i rettspraksis fra reglene om fri bevegelse, jf. Traktaten om Den europeiske unions virkeområde artikkel 45. Det ble*

---

<sup>51</sup> Roma I-forordningens art. 3 nr. 1 og nr. 3 og 4, og Cordero-Moss' lovforslag § 3 tredje ledd, og for EØS-rettens vedkommende, fjerde ledd.

<sup>52</sup> Roma I-forordningens art. 4 nr. 1 b) og Cordero-Moss' lovforslag § 4 første ledd b).

<sup>53</sup> EØS-avtalens hoveddel har felles regler om arbeidstakeres og selvstendig næringsdrivendes rettigheter, jfr. avtalens «Del III. Fri bevegelse for personer, tjenester og kapital, Kapittel 1. Arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende». Se også kapittel 2 om Etableringsrett og kap. 3 om Tjenester.

<sup>54</sup> «Bruxelles I-forordningen Med kommentarer» av Ketilbjørn Hertz, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. utg., København 2015, side 264.

<sup>55</sup> Se fremstillingen i den ferske utredningen av Fougnerutvalget: NOU 2021:9, «Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv - Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering», kap. 8 side 163 flg.

<sup>56</sup> Se samme NOU, kap. 8.1.4 fra side 167

<sup>57</sup> Kap. 8.1.4 side 168

*første gang formulert av EU-domstolen i sak C-66/85 (Lawrie-Blum), hvor begrepet ble gitt følgende innhold:*

*'[D]et væsentligste kendetegn ved et arbeidsforhold er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger.'*

*Formuleringen har senere blitt gjentatt en rekke ganger i EU-domstolens praksis som har omhandlet arbeidstakerbegrepet i ulike direktiver, og ble sist stadfestet i EU-domstolens sak C-216/15 (Ruhrländische Klinik), som gjaldt vikarbyrådirektivet.*

*I lys av rettspraksis fra EU-domstolen, gir formuleringen anvisning på at det særlig er tre kriterier som er sentrale i det felleseuropeiske arbeidstakerbegrepet: 1) underordning, 2) type arbeid og 3) vederlag.»*

Vi går ikke nærmere inn på dette. Poenget er at det ved jurisdiksjon og lovvalg først må tas stilling til om det er inngått en avtale om tjenesteyting som tilfredsstillende forordningenes vilkår, eller om det skal skjæres igjennom fordi avtalen er arbeidsavtale i forordningenes forstand. Hvis avtalen gjelder tjenesteyting fra selvstendig næringsdrivende, må det tas stilling til om dette er en omgåelse av forordningenes og de norske reglens ufravikelige virkeområde for individuelle *arbeidsavtaler*. På samme måte som lovvalgsavtaler ikke kan fraskrive arbeidstakerne deres ufravikelige rettigheter etter det landets lov som ville vært gjeldende uten avtale, kan ikke de ufravikelige rettighetene fraskrives i form av avtaler om selvstendig næringsdrivende eller oppdragstaker hvis disse fyller vilkårene for å være arbeidstakere etter lovvalgsreglene. - Dette er velkjent fra intern norsk rett.

Når det gjelder *arbeidstakerbegrepet i utsendingsdirektivet*, bestemmer direktivet selv at det gjelder for dem som er arbeidstakere etter loven i det landet som arbeidstakeren er utsendt *til*, jfr. direktivets art. 2 nr. 2. Dette behandler vi nærmere i kapitlet om utsendingsreglene.

## **2.6.8 Hvor arbeider flypersonell?**

Dette er tittelen på en artikkel skrevet av den gang stipendiat Marie Nesvik i 2013.<sup>58</sup> Hun gjennomgikk de rettskildene som forelå fram til 2013 og stilte spørsmålet om det er mulig å fastsette hvor flypersonell vanligvis arbeider. Her er hennes svar på spørsmålet:<sup>59</sup>

*«5 Oppsummering*

*5.1 Er det mulig å fastsette hvor flypersonell vanligvis arbeider?*

*De første bestemmelsene om individuelle arbeidsavtaler i EUs regelverk om jurisdiksjon og lovvalg viste til «det sted hvor arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid», som hovedtilknytningsfaktor. Tilknytningsfaktoren «det sted hvor virksomheten som ansatte arbeidstakeren, ligger», kom til anvendelse dersom arbeidstakeren ikke vanligvis utførte arbeidet i «et bestemt land». En bokstavelig tolkning av ordlyden og sammenhengen mellom de to tilknytningsfaktorene kunne tilsa at flypersonell falt inn under den subsidiære tilknytningsfaktoren. En slik forståelse hadde også støtte i teorien.*

*EU-domstolens praksis viser imidlertid at det faktum at arbeidet utføres i flere land, ikke er til hinder for anvendelse av hovedtilknytningsfaktoren, jf. punkt 3.3. Domstolens vide tolkning medfører at det i praksis nesten alltid vil være mulig å lokalisere «det sted hvor arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid», og at den subsidiære tilknytningsfaktoren dermed har helt marginal betydning.*

---

<sup>58</sup> Tidsskriftet Lov og Rett, 2013 side 468-487 (LOR-2013-468)

<sup>59</sup> Side 483 flg., gjengitt her uten fotnotene

EU-domstolen har til nå ikke behandlet anvendelsen av hovedtilknytningsfaktoren på flypersonell. Domstolens avgjørelser for så vidt gjelder andre mobile arbeidstakere, taler imidlertid for at det er mulig å fastsette arbeidssted også for denne yrkesgruppen. Det samme gjør endringene i bestemmelsene i Roma I-forordningen og den nye Brussel I-forordningen, sammenholdt med Kommisjonens uttalelser i tilknytning til disse endringene.

Nasjonale rettsavgjørelser om flypersonell spriker.<sup>60</sup> Tendensen i nyere avgjørelser er imidlertid at domstolene bygger på hovedtilknytningsfaktoren. Dette er også tilfellet i norsk rettspraksis. Det er grunn til å tro at flere av EUs medlemsland vil følge etter i denne utviklingen, særlig etter endringen av bestemmelsenes ordlyd i Roma I/ny Brussel I og i lys av EU-domstolens vide tolkning av hovedtilknytningsfaktoren, se f.eks. henvisningen til Koelzsch i Avient.

Både EUs regler og rettspraksis fra EU-domstolen, flere medlemsland og Norge viser dermed at det er mulig å fastsette i hvilket land flypersonell arbeider. Praksisen viser samtidig at avgjørelsen av spørsmålet om arbeidstaker til vanlig arbeider i et bestemt land, vil bero på en konkret vurdering. For flypersonell har særlig ett moment blitt fremhevet, og det er arbeidstakerens tilknytning til en fast base. Hva som kreves for at flypersonell skal anses å være tilknyttet en fast base, er usikkert. Etter min mening kan det ikke stilles særlig strenge krav. Arbeidets karakter, som i de fleste tilfeller innebærer at en svært stor del av arbeidstiden tilbringes om bord på fly som flyr over og til forskjellige land, ville i så fall gjøre det tilnærmet umulig for flypersonell å oppfylle kravene. En slik tolkning vil ikke være i samsvar med forutsetningen om at denne yrkesgruppen skal kunne omfattes av hovedtilknytningsfaktoren. På den annen side må det heller ikke stilles svært lave krav. I så fall vil regelen lett kunne manipuleres ved at flyselskaper oppretter «faste baser» i land med mindre omfattende arbeidstakerbeskyttelse, hvor flypersonellet formelt – men ikke reelt – er tilknyttet. Det bør derfor stilles enkelte krav både til selve basen og til tilknytningen mellom det aktuelle arbeidsforholdet og basen. En viss veiledning ble som nevnt gitt av Kommisjonen i forbindelse med at Romakonvensjonen ble omgjort til forordning. Kommisjonen viste i sin uttalelse til faste baser hvor arbeidet tilrettelegges, og hvor de ansatte utfører andre oppgaver for arbeidsgiver, som check-in og sikkerhetskontroll. Inspirasjon kan også hentes fra andre land. I Frankrike er det f.eks. tatt inn en definisjon av base i luftfartslovgivningen. Definisjonen viser til en samling av lokaler eller infrastruktur hvor et flyselskap driver lufttransport på en stabil, regulær og permanent basis med ansatte som vanligvis arbeider der, eventuelt starter og avslutter sitt arbeid der.»

Fremstillingen er interessant med tanke på rettsutviklingen om bl.a. basens betydning og hva som skal til for å utgjøre en base. Fremstillingen går derimot ikke inn på ulike kategorier baser, som f.eks. de to definisjonene i arbeidstidsforskriften<sup>61</sup> og det regelverk den bygger på, og den går derfor heller ikke inn på tidsbegrenset utstasjonering til en annen base enn «hjemmebasen» (såkalt sekundærbase). Vi viser til den nærmere behandlingen vi foretar av dette i kapitlet om utstasjonering.

---

<sup>60</sup> Moss tingrett hadde i 2011 gitt Ryanair medhold i avvisningskravet i den saken som foran er betegnet Ryanair på Rygge I. Avgjørelsen ble samme år omgjort av Borgarting lagmannsrett. Også i Ryanair på Rygge II fikk Ryanair medhold av Moss tingrett, nå i 2013, det samme året som artikkelen ble utgitt. Også i denne saken ble avgjørelsen samme år omgjort av lagmannsretten.

<sup>61</sup> Den forannevnte Forskrift om arbeidstid med mer for besetningsmedlemmer i sivile luftfartøyer (BSL D 2-4) FOR-2004-12-30-1817

### 3 KONSEKVENSENE AV AT NORSK RETT KOMMER TIL ANVENDELSE

#### 3.1 Innledning

At flygende personells arbeidsforhold reguleres av norsk rett, gjør det nødvendig å se nærmere på konsekvensene av dette.

#### 3.2 Arbeidsmiljøloven

I hvilken utstrekning kommer arbeidsmiljøloven<sup>62</sup> og forskrifter gitt med hjemmel i den, til anvendelse på sivil luftfart?

##### 3.2.1 Historikk

Før aml. av 1977 var luftfarten ikke omfattet av den alminnelige arbeidsrettslige verneavgivningen. I arbeidervernloven av 1956 var luftfart ganske enkelt uttrykkelig unntatt i § 1 andre ledd b). Vi går ikke inn på hva som da gjaldt for de ansatte i luftfarten mht vernebestemmelser i lov eller forskrift.

Aml. av 1977 snudde på det, jfr. § 2 nummer 4:

*«§2 Hva loven omfatter*

...

*4. Kongen fastsetter i hvilken utstrekning det skal gjøres unntak fra loven for sivil luftfart og annen statsluftfart med offentligrettslige formål som omfattes av luftfartsloven. Kongen kan i denne forbindelse fastsette regler som skal tre i stedet for reglene i loven her.»*

En forskrift fra tiden før någjeldende arbeidsmiljølov og som regulerte arbeidstid, er opphevet: Forskrift om arbeidstid for flygende personell, FOR-2002-07-02-767. En del andre forskrifter ble videreført under loven av 2005.

##### 3.2.2 Gjeldende rettstilstand under aml. av 2005

Aml. av 2005 viderefører systematikken fra loven av 1977:

*«§ 1-2. Hva loven omfatter*

*(2) Unntatt fra loven er:*

...

*b) militær luftfart som omfattes av luftfartsloven. Departementet kan gi forskrift om unntak fra loven for sivil luftfart og annen statsluftfart enn militær luftfart og om særregler for slik luftfart.»*

Som under aml. 1977, kommer aml. av 2005 som hovedregel til anvendelse på sivil luftfart i Norge. Dette er velkjent. Men i forskrift av 1986 ble det gjort et annet grep som vi kommer tilbake til. Den bestemte at forskrifter gitt i medhold av aml., bare gjaldt for luftfarten i den utstrekning det ved forskrift gitt ved kgl. resolusjon var bestemt at de skal gjelde.

Spørsmålet er først hva som finnes av forskriftsregulering mht eventuelle «unntak fra loven» og «særregler for slik luftfart», jfr. lovens § 1-2 andre ledd punkt b).

---

<sup>62</sup> Lov av 17.06.2005 nr. 62

- (i) For det første er internkontrollforskriften gjort gjeldende for sivil luftfart; FOR-1996-12-06-1127. Denne forskriften ble opprinnelig gitt i medhold av aml 1977, men den er videreført og er endret så sent som i 2017. Vedtaket om å gjøre den gjeldende for sivil luftfart er gjort ved FOR-2002-12-13-1497.

Den forskriften som det er vist til i Samarbeidsavtale av 2010 mellom Arbeidstilsynet og Luftfartstilsynet, er «Forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart»; FOR-1986-02-21-540. Denne forskriften kommer vi som nevnt tilbake til.

- (ii) Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart mv, FOR-2018-12-20-2182.

### 3.2.3 Nærmere om Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart mv., FOR-2018-12-20-2182

Denne forskriftens virkeområde synes å vise at det med denne forskriften er gitt en uttømmende regulering av hvilke deler av loven og forskriftene med hjemmel i den som *ikke* kommer til anvendelse på sivil luftfart:

*«§ 1. Virkeområde*

*Forskriften fastsetter unntak fra arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart og annen statsluftfart enn militær luftfart, for så vidt gjelder besetningsmedlemmers arbeidsmiljø. Et besetningsmedlem er en person ansatt i, innleid til eller utpekt av et luftfartsforetak til å utføre arbeid med betydning for luftfartøyets operasjoner under flyging. Unntakene kommer til anvendelse fra det tidspunkt et besetningsmedlem sjekker inn på hjemmebasen med formål om å fly, til vedkommende sjekker ut på hjemmebasen.*

*Samferdselsdepartementet kan i særlige tilfeller fastsette at også andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter ikke skal gjelde.»*

Forskriften gir, som vi ser, Samferdselsdepartementet myndighet til, riktignok bare i «særlige tilfeller», å bestemmes at også andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter ikke skal gjelde.

Dernest er det bestemt i § 2 at luftfartsloven har forrang fremfor arbeidsmiljøloven:

*«§ 2 Reglene i arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter kommer bare til anvendelse i den utstrekning forholdene ikke reguleres i eller i medhold av luftfartsloven.»<sup>63</sup>*

Det ligger utenfor rammene av vårt mandat å gi en nærmere fremstilling av hvilke deler av arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter som luftfartsloven med forskrifter går foran på grunnlag av denne bestemmelsen.

Forskriften har deretter følgende bestemmelser:

- § 3 handler om arbeidstid: Aml. kap. 10 gjelder ikke, med unntak av § 10-2 første og fjerde ledd. Vi kommer nærmere tilbake til en særskilt forskrift om arbeidstid nedenfor.
- § 4 om arbeidsmiljøutvalg (AMU). I et luftfartsforetak kan AMU opprette eget underutvalg som skal behandle saker som berører besetningsmedlemmer. I virksomhet som jevnlig sysselsetter mer enn 20 besetningsmedlemmer, kan hver av partene kreve opprettet eget

---

<sup>63</sup> Luftfartsloven av 11.06.1993 nr. 101

arbeidsmiljøutvalg for besetningsmedlemmer når disse besetningsmedlemmene ikke blir representert i virksomhetens arbeidsmiljøutvalg.

- § 5 og § 6 om retten til å stanse farlig arbeid: Verneombudets rett til å stanse farlig arbeid gjelder ikke, og det samme gjelder arbeidstakers plikt til å avbryte farlig arbeid.
- § 7 om rett til omplassering ved graviditet: Når et besetningsmedlem ikke kan tjenestegjøre ombord i luftfartøy på grunn av graviditet, skal arbeidsgiver så langt det er mulig, iverksette de nødvendige tiltak for at arbeidstakeren skal kunne få et annet høvelig arbeid i denne perioden.
- § 8 om varslingsplikten ved bruk av foreldrepermisjon: Besetningsmedlem som vil gjøre bruk av retten til permisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-5, skal uten hensyn til arbeidsmiljøloven § 12-7 varsle arbeidsgiver snarest mulig, og senest 6 uker i forveien.
- § 9 om utformingen av den fysiske arbeidsplassen: Bestemmelser i arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter om krav til utformingen og innretning av arbeidsplasser og arbeidslokaler kommer til anvendelse så langt de passer.
- § 10 om HMS-kort ved bygge- og anleggsplasser: Gjelder ikke.
- § 11: Om tilsynet med loven

Forskriftens § 11 om tilsynet lyder slik:

*«§ 11. Tilsynet med loven*

*Luftfartstilsynet fører tilsyn med gjennomføringen av arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for så vidt gjelder besetningsmedlemmers arbeidsmiljø.*

*Luftfartstilsynets adgang til å dispensere fra regelverket, følger av forskrift om organisering, ledelse og medvirkning § 1-5, arbeidsplassforskriften § 1-5, forskrift om utførelse av arbeid § 1-5 og forskrift om tiltaks- og grenseverdier § 1-9.»*

De forskriftene som gir Luftfartstilsynet adgang til å dispensere fra regelverket, er følgende:

- Forskrift om organisering, ledelse og medvirkning, FOR-2011-12-06-1355.
- Forskrift om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav (forskrift om utførelse av arbeid) FOR-2011-12-06-1357.
- Forskrift om tiltaksverdier og grenseverdier for fysiske og kjemiske faktorer i arbeidsmiljøet samt smitterisikogrupper for biologiske faktorer (forskrift om tiltaks- og grenseverdier) FOR-2011-12-06-1358.

### **3.2.4 Nærmere om Samarbeidsavtalen av 2010 og forskriften av 1986**

Arbeidstilsynet og Luftfartstilsynet inngikk samarbeidsavtale 12. august 2010.

Samarbeidsavtalens punkt 2 har følgende innhold:

*«2. Grenseflater mellom Luftfartstilsynet og Arbeidstilsynet per 12.8.2010*

*Arbeidsmiljøloven gjelder med visse unntak for sivil luftfart og annen statsluftfart med offentligrettslig formål som omfattes av luftfartsloven og som drives av virksomhet i Norge.*



*Arbeidstilsynet har myndighetsansvar for de offentligrettslige reglene i arbeidsmiljøloven om helse-, miljø og sikkerhet, samt et veiledningsansvar for arbeidsmiljøloven generelt.*

*Fra 1. juli 2010 har Luftfartstilsynet tilsynsmyndighet med arbeidsmiljøet for flygende personell i sivil luftfart i sin helhet, jf. forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart § 9.*

*Det er flere grenseflater og overlappende veiledningsansvar mellom etatene. Samarbeidsavtalen skal styrke samarbeidet mellom Arbeidstilsynet og Luftfartstilsynet, for å sikre enhetlig informasjons- og myndighetsutøvelsen på de respektive områdene.»*

Henvisningen til forskriftens § 9, gjaldt den forannevnte «Forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart»; FOR-1986-02-21-540. Denne forskriftsbestemmelsen gjorde det klart at det var Luftfartstilsynet som skulle ha tilsynsansvaret for arbeidsmiljøloven med forskrifter for så vidt gjaldt flygende personell. Denne forskriften ble revidert i 2002 og 2010 og er ikke opphevet på det tidspunktet denne utredningen skrives.

Virkeområdet i forskriften av 1986 er regulert i §§ 1 og 2. I likhet med den forannevnte forskriften av 2018 utgir denne forskriftens seg for å gi den samlede reguleringen av i hvilken utstrekning arbeidsmiljøloven gjelder for sivil luftfart. Overskriften til og innholdet i 1986-forskriften § 1 lyder slik:

*«Arbeidsmiljøloven og forskriftenes virkeområder*

*§ 1. Med de unntak og særregler som følger av denne forskriften, får arbeidsmiljøloven anvendelse for sivil luftfart og annen statsluftfart med offentligrettslig formål som omfattes av luftfartsloven og som drives av virksomhet i Norge.*

*Samferdselsdepartementet eller den det bemyndiger kan i særlige tilfeller bestemme at arbeidsmiljøloven og denne forskriften ikke skal gjelde.*

*Tvist om en virksomhet omfattes av første ledd i disse forskriftene, avgjøres av Samferdselsdepartementet eller den det bemyndiger.»*

Forskriftens § 9, som Samarbeidsavtalen viser til, var denne etter endringen i 2010:

*«Tilsynet med loven.*

*§ 9. Luftfartstilsynet fører tilsyn med gjennomføringen av arbeidsmiljølovens bestemmelser i samsvar med denne forskriften.»*

Det var i anledning denne endringen av forskriften at Samarbeidsavtalen ble inngått umiddelbart etterpå. Før endringen i 2010 hadde AT og LT ansvaret for ulike deler av aml. av 1977.

Den neste paragrafen i forskriften av 1986 har dette innholdet:

*«Forskrifter.*

*§ 10. For at forskrifter gitt i medhold av arbeidsmiljøloven skal gjelde for luftfart som faller inn under forskriften her, må Kongen fastsette dette særskilt.»*

Det er ikke observert noen forskriftsbestemmelse som uttrykkelig gjorde *utsendingsforskriften*, som er gitt med hjemmel i lovens § 1-7 om utsending av arbeidstakere fra ett land til et annet for et begrenset tidsrom, gjeldende. Konsekvensen av forskriften av 1986 § 10 var da at utsendingsforskriften ikke ble gjort gjeldende for luftfarten.

Siden 1986-forskriften p.t. ikke er opphevet, har vi tatt opp med Samferdselsdepartementet om dette beror på en feil eller om det er bevisst. Etter undersøkelser med Arbeids- og sosialdepartementet har Samferdselsdepartementet meldt tilbake at intensjonen med 2018-forskriften var at den skulle avløse 1986-forskriften i sin helhet, og 1986-forskriften skulle derved samtidig oppheves. Det beror på en overseelse at den ikke ble opphevet.

Det er antakelig rettskildemessig grunnlag for å bortfortolke 1986-forskriften, inntil den blir opphevet, på det grunnlag at 2018-forskriften etter sitt innhold utgir seg for å gi en samlet regulering av det samme som 1986-forskriften gjorde. I et slikt tilfelle vil det være i samsvar med lovgivers vilje at lex anterior-prinsippet kommer til anvendelse.

En slik lovgivervilje er imidlertid ikke kommet til uttrykk før 2018-forskriften ble gitt. Utsendingsforskriften har derved ikke vært gjeldende for sivil luftfart i tiden fra den trådte i kraft 1. januar 2006 inntil 2018-forskriften trådte i kraft 1. januar 2019. Vi er ikke kjent med grunnen til at ikke utsendingsforskriften ble gjort gjeldende for flygende personell på den måten som angitt i 1986-forskriftens § 10.

Siden någjeldende forskrift av 2018 har en annen systematikk, gjelder utsendingsforskriften for luftfarten uten at det er nødvendig å bestemme dette uttrykkelig. Som nevnt blir utsendingsreglene behandlet i eget kapittel.

### **3.2.5 Nærmere om arbeidstid for flygende arbeidstakere**

2018-forskriften bestemmer i § 3 at det vesentlige av innholdet i aml. kapittel 10 om arbeidstid ikke gjelder for sivil luftfart:

*«§ 3. Arbeidstid*

*Arbeidsmiljøloven kapittel 10, med unntak av § 10-2 første og fjerde ledd, gjelder ikke for besetningsmedlemmer. Samferdselsdepartementet eller den det bemyndiger, kan fastsette bestemmelser om arbeidstid.»*

De to bestemmelsene som uansett gjelder for flypersonell, er disse:

*«§ 10-2. Arbeidstidsordninger*

*(2) Arbeidstaker som regelmessig arbeider om natten har rett til fritak fra den arbeidstidsordning som gjelder for arbeidstakergruppen, dersom vedkommende av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det og fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.*

*(4) Arbeidstaker som har fylt 62 år eller som av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det, har rett til å få redusert sin arbeidstid dersom arbeidstidsreduksjonen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Når avtalt periode med redusert arbeidstid er over, har arbeidstaker rett til å gå tilbake til tidligere arbeidstid. Under ellers like forhold har arbeidstaker med redusert arbeidstid fortrinnsrett til å øke sin arbeidstid når stilling blir ledig i virksomheten, forutsatt at stillingen helt eller i det vesentlige er tillagt de samme arbeidsoppgavene. Fortrinnsrett etter §§ 14-2 og 14-3 går foran fortrinnsrett etter bestemmelsen her.»*

Forskriftens § 4 og § 5 gjelder likevel ikke luftfartsvirksomhet som omfattes av arbeids- og hviletidsreglene i forordning (EU) nr. 965/2012 vedlegg (annex) III, kapittel FTL, gjennomført i forskrift 7. august 2013 nr. 956 om luftfartsoperasjoner.

De bestemmelsene som ikke gjelder, §§ 4 og 5, omhandler årlig arbeidstid og beregning av arbeidstid.

Arbeidstid er regulert i egen forskrift; «Forskrift om arbeidstid med mer for besetningsmedlemmer i sivile luftfartøyer (BSL D 2-4)», FOR-2004-12-30-1817. Forskriften ble gitt med hjemmel i 1977-loven, men er ikke opphevet. Den er sist endret i 2016 og er videreført under någjeldende arbeidsmiljølov.<sup>64</sup>

Forskriftens formål er i § 1 beskrevet som «å bidra til et godt arbeidsmiljø for besetningsmedlemmer i luftfartøyer og ivareta den enkeltes sikkerhet og helse.»

Dernest følger denne bestemmelsen:

*«§ 2. Virkeområde*

*Forskriften gjelder for arbeid som utføres av besetningsmedlemmer som tjenestegjør hos norske luftfartsforetak som driver ervervsmessig luftfart.*

*Forskriftens § 4 og § 5 gjelder likevel ikke luftfartsvirksomhet som omfattes av arbeids- og hviletidsreglene i forordning (EU) nr. 965/2012 vedlegg (annex) III, kapittel FTL, gjennomført i forskrift 7. august 2013 nr. 956 om luftfartsoperasjoner.*

*0 Endret ved forskrift 1 juli 2016 nr. 871»*

Vi går ikke nærmere inn på dette. Gjennomføringen av forordningen om arbeids- og hviletid i norsk rett, innebærer at det på dette området ikke får vesentlige konsekvenser om et arbeidsforhold hører under norsk rett i kraft av lovvalgsreglene (eller utsendingsreglene som vi kommer tilbake til).

### **3.2.6 De øvrige delene av arbeidsmiljøloven – betydning som konkurranseparameter**

I relasjon til problemstillingen om konkurransefortrinn for utenlandske flyselskaper som driver innenlands flyvirksomhet i Norge, er det verd å merke seg at alle deler av arbeidsmiljøloven med forskrifter som ikke er unntatt for luftfarten på grunnlag av unntakshjemlene, kommer til anvendelse. Når et utenlandsk flyselskap med ansatte som i utgangspunktet ikke kommer inn under arbeidsmiljølovens regler, blir omfattet i kraft av de alminnelige lovvalgsreglene, blir deres konkurransefortrinn tilsvarende redusert.

Blant de av arbeidsmiljølovens bestemmelser som kan ha betydning i en slik sammenheng, vil vi trekke fram stillingsvernsreglene i lovens kapittel 15 og tvistebehandlingsreglene i kapittel 17. Det norske stillingsvernet er sterkt. Dette gjelder særlig hovedregelen om ugyldighetsvirkningen av

---

<sup>64</sup> Lovdata gir følgende opplysninger om lovhjemmel m.v.:

«Hjemmel: Fastsatt av Luftfartstilsynet 30. desember 2004 med hjemmel i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. § 2 nr. 4, jf. forskrift 21. februar 1986 nr. 540 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart § 8 annet ledd, jf. delegeringsvedtak 21. januar 2004 nr. 283, og lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven) § 5-1, jf. delegeringsvedtak 10. desember 1999 nr. 1273.

Tilføyd hjemmel: Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 1-2 annet ledd bokstav b.

EØS-henvisninger: EØS-avtalen vedlegg XIII nr. 32c (direktiv 2000/79/EF).

Endringer: Endret ved forskrift 1 juli 2016 nr. 871»

usaklig oppsigelse og urettmessig avskjed, og ikke minst retten for oppsagte og avskjedigede arbeidstakere til å fortsette eller gjeninntre i stillingen under forhandlinger og søksmål.

Det samme gjelder aml. kapittel 14 med bl.a. hovedregelen om fast og ikke tidsbegrenset ansettelse med begrensede unntak fra hovedregelen, samt retten til å kreve fast ansettelse hvis ikke unntaksadgangen kommer til anvendelse.

En del av arbeidsmiljølovens bestemmelser er gjennomføring av EU-direktiver som inneholder minsterettigheter for arbeidstakerne og hvor det i arbeidsmiljøloven bare i liten grad er gitt rettigheter på høyere nivå enn minsterettighetene. Her har det derfor mindre betydning om det er den norske loven som får anvendelse eller den som ellers ville gjelde. Vi går ikke nærmere inn på dette.

### 3.3 Ferieloven

Ferieloven<sup>65</sup> vil komme til anvendelse fra første dag når lovvalget er norsk. Dette vil neppe ha betydning som konkurransedempende faktor overfor utenlandske arbeidsgivere og deres ansatte. Arbeidstidsdirektivet<sup>66</sup> artikkel 7 pålegger uansett arbeidsgivere fra EU- og EØS-området å sikre de ansatte *minst fire uker betalt ferie årlig*:

*«Artikkel 7 Årleg ferie*

*1. Medlemsstatane skal gjere dei tiltaka som er naudsynte for å sikre at alle arbeidstakarar får ein årleg betalt ferie på minst fire veker, i samsvar med dei vilkåra for rett til og tildeling av slik ferie som er fastsette ved nasjonal lovgjeving og/eller praksis.*

*2. Minsteperioden for årleg betalt ferie kan ikkje bytast ut med ei økonomisk godtgjersle, bortsett frå i tilfelle der arbeidstilhøvet tek slutt.»*

Ferieloven sikrer alle arbeidstakere under 60 år en årlig ferie med feriepengene på fire uker og én dag, og en ekstra ferieuke for dem over 60 år. På grunn av etterslepet for opptjening av feriepengene, vil det ta minst et år å få opptjent fulle feriepengene fra etableringen av et arbeidsforhold. Direktivet krever derimot fullt betalt ferie fra og med første ferieår.<sup>67</sup>

Ordningen med en fullføring av den femte ferieuken bygger på tariffavtaler, individuelle avtaler og/eller etablert praksis i de enkelte virksomhetene og påvirkes ikke av lovvalget for utenlandske arbeidsgivere som ikke er bundet av norsk tariffavtale. For disse vil ferielovens ufravikelige regler gjelde, deriblant med årlig ferie på fire uker og én dag med feriepengene.

### 3.4 Lønnsfastsettelse og lønnsnivå som følge av norsk lovvalg

Dette temaet har konkurransemessig betydning. Det er imidlertid felles for lovvalg etter de alminnelige lovvalgsreglene og for de spesielle lovvalgsreglene som utsendingsreglene representerer. Vi har derfor funnet det hensiktsmessig å gi en felles behandling det som har med lønnsfastsettelse og allmenngjøring av minstelønnsbestemmelser i tariffavtaler etter at utsendingsreglene er behandlet.

---

<sup>65</sup> Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie

<sup>66</sup> Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2003/88/EF av 4. november 2003 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden. [Arbeidstidsdirektivet]

<sup>67</sup> Dette har vært brakt inn som klagesak til ESA, se ESA's Case No: 84481 og ASD's sak 19/4123-.

### **3.5 Lovgivning om trygd, tjenestepensjon mv.**

Lovvalget på disse offentligrettslige områdene er prinsipielt ikke sammenfallende med lovvalsreglene for individuelle arbeidsavtaler. Fremstillingen foran viser dette og byr på eksempler om definisjonen på og betydningen av «hjemmebase» i relasjon til de offentligrettslige reglene sammenlignet med det sted arbeidet utføres eller utføres fra, og som kan knytte seg til arbeidsgivers andre operative baser (sekundærbaser for de ansatte). Hjemmebase kan, som vi har sett, ha en viss betydning for lovvalget for arbeidsforholdet, men det er en prinsipiell og til en viss grad praktisk forskjell.

## **4 TILSYN OG HÅNDHEVING AV ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER**

### **4.1 Luftfartstilsynets tilsynsmyndighet**

Luftfartstilsynet fører tilsyn med gjennomføringen av arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for så vidt gjelder besetningsmedlemmers arbeidsmiljø, jf. forskrift av 20. desember 2018 nr. 2182 om unntak fra arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart mv. § 11.

For bakkemannskap, flygeledere og annet ikke- flygende personell, er det Arbeidstilsynet som fører tilsyn med gjennomføringen av regelverket etter reglene i arbeidsmiljøloven § 18-1.

Opprinnelig var tilsynsansvaret for arbeidsmiljøloven med sivil luftfart delt mellom Arbeidstilsynet og Luftfartstilsynet. Arbeidstilsynet hadde tilsyn med arbeidsmiljølovens bestemmelser om verneombud og arbeidsmiljøutvalg for flygende personell, og dessuten et veiledningsansvar for lovens stillingsvernsbestemmelser. Luftfartstilsynet hadde tilsyn med gjennomføringen av arbeidsmiljølovens øvrige bestemmelser. I 2010 ble imidlertid tilsynsansvaret i sin helhet plassert hos til Luftfartstilsynet, slik det er redegjort for ovenfor. Det innebærer at Luftfartstilsynet i utgangspunktet har samme myndighet som det Arbeidstilsynet har etter arbeidsmiljøloven på sitt område.

Bakgrunnen for at tilsynsmyndigheten for flygende personell i sin helhet ble overført til Luftfartstilsynet var at arbeidsmiljøspørsmål og flysikkerhet innen luftfart griper inn i hverandre i så stor grad at det forutsetter en betydelig faglig teknisk og operativ innsikt, noe Luftfartstilsynet besitter. I tillegg var det ønskelig å få større vekt på HMS for piloter og kabinansatte, og å fjerne eventuell uklarhet i rollefordelingen mellom de to tilsynene.<sup>68</sup>

Som følge av at tilsynsansvaret ble samlet hos Luftfartstilsynet, ble det inngått en samarbeidsavtale mellom Arbeidstilsynet og Luftfartstilsynet for å styrke samarbeidet mellom tilsynene og sikre en enhetlig informasjons- og myndighetsutøvelse.

Det er videre etablert et HMS-trepartsforum for flybesetning (Trepartsforumet) for å fremme en positiv utvikling av arbeidsmiljøet til besetningsmedlemmer gjennom informasjonsutveksling om aktuelle forhold i bransjen. Forumet ledes av ansvarlig for HMS-arbeidet i Luftfartstilsynet og består ellers av representanter fra arbeidstaker - og arbeidsgiversiden i norsk luftfart.

Tilsynskompetansen til Luftfartstilsynets følger av arbeidsmiljøloven kapittel 18 sammenhold med forskriften av 2018. Det følger av 2018-forskriften § 11 at Luftfartstilsynet fører tilsyn med

---

<sup>68</sup> Se bl.a. Høringsnotat om globalisering og øket konkurranse i sivil luftfart, utfordringer og mulige konsekvenser for norsk luftfart s. 61.

etterlevelsen av de delene av arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter som gjelder for flypersonell, for så vidt gjelder besetningsmedlemmers arbeidsmiljø.

Med besetningsmedlemmer menes en person ansatt i, innleid til eller utpekt av et luftfartsforetak til å utføre arbeid med betydning for luftfartøyets operasjoner under flyging. Unntakene mht at det er Luftfartstilsynet som har tilsynsansvaret, kommer til anvendelse fra det tidspunkt et besetningsmedlem sjekker inn på basen med formål om å fly, til vedkommende sjekker ut. For bakkemannskap, flygeledere og annet ikke- flygende personell, er det Arbeidstilsynet som fører tilsyn med gjennomføringen av regelverket etter reglene i arbeidsmiljøloven § 18-1.

Tilsynskompetansen gjelder arbeidsmiljøloven og tilhørende bestemmelser, men Luftfartstilsynets påleggskompetanse er begrenset til de bestemmelser som er positivt opplistet i arbeidsmiljøloven § 18-6 sammenholdt med 2018-forskriften. Tradisjonelt har Luftfartstilsynets tilsynsmyndighet i hovedsak vært knyttet til de offentligrettslige vernebestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Dette er regler som regulerer forholdet mellom myndighetene og borgerne, som er gitt ut fra samfunnsmessige hensyn og som håndheves av offentlige myndigheter på eget initiativ. De privatrettslige reglene som gjelder de kontraktsrettslige sidene av arbeidsforholdet har i liten grad vært underlagt Luftfartstilsynets tilsynsmyndighet. Det har imidlertid skjedd en utvikling ved at tilsynsmyndighetene har fått myndighet på områder som tidligere har blitt ansett som privatrettslige bestemmelser.

I medhold av bestemmelsen sammenholdt med 2018-forskriften kan Luftfartstilsynet gi de pålegg og treffe de vedtak som er nødvendige for gjennomføringen av følgende bestemmelser:

- § 1-7 om utsendte arbeidstakere, med den tilhørende utsendingsforskriften
- Kap. 2 om arbeidsgivers og arbeidstakers plikter
- Kap 2 A-6 om plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling
- kap. 3 om virkemidler i arbeidsmiljøarbeidet,
- kap. 4 om krav til arbeidsmiljøet,
- kap. 5 om registrerings- og meldeplikt, produsentkrav mv.,
- kap. 6 om verneombud,
- kap. 7 om arbeidsmiljøsamarbeid,
- kap. 8 om informasjon og drøfting,
- kap. 9 om kontrolltiltak,
- kap. 11 om arbeid av barn og ungdom,
- § 14-1 a om drøfting av bruk av deltid, §§ 14-5–14-8 om arbeidsavtalens form og innhold, § 14-9 andre ledd bokstav f andre punktum om antallet midlertidig ansatte, § 14-9 andre ledd bokstav f andre punktum og andre ledd siste punktum om andelsbegrensning og drøftelsesplikt om bruk av midlertidig ansettelse, og § 14-12 første til tredje ledd om innleie fra bemanningsforetak, § 14-12 a første ledd om likebehandling ved utleie fra bemanningsforetak, § 14-12 b første ledd om opplysningsplikt ved innleie fra bemanningsforetak, § 14-15 femte ledd om lønnsoppgaver,

- § 15-2 om informasjon og drøftelse ved masseoppsigelser og § 15-15 om attest.
- § 18-5 om opplysningsplikt overfor tilsynet og § 18-8 om tilsynets rett til å stanse arbeid.

Luftfartstilsynet har videre adgang til å ilegge tvangsmulkt og overtredelsesgebyr ved brudd på ovennevnte bestemmelser, og overtredelse er straffesanksjonert i medhold av arbeidsmiljøloven kapittel 19.

#### 4.2 Håndheving av de privatrettslige regler

De privatrettslige reglene i arbeidsmiljøloven som ikke er omfattet av Luftfartstilsynets påleggs- og vedtakskompetanse nevnt over, kan ikke håndheves av Luftfartstilsynet. Disse må i stedet håndheves av den enkelte arbeidstaker, eventuelt med bistand fra fagforening.

Slik bistand fra fagforeninger gis normalt ved at fagforeningene stiller med prosessfullmektig, opptrer som partshjelp etter tvisteloven § 15-7 eller på annen måte støttet medlemmet økonomisk.

I tillegg er det et spørsmål i hvilken grad fagforeninger kan ta ut søksmål i eget navn, selv om søksmålet gjelder rettigheter som konkret tilkommer enkeltmedlemmer. Det finnes i dag ingen særbestemmelser om fagforeningers adgang til å reise slike representative søksmål ved brudd på arbeidsmiljøloven. Utgangspunktet er dermed at de alminnelige prosessregler i tvisteloven og de særlige prosessreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 17 kommer til anvendelse for søksmål ved brudd på arbeidsmiljøloven.

Dette innebærer at de alminnelige prosessforutsetningene må være oppfylt, herunder søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3. Bestemmelsen oppstiller et krav til søksmålgjenstanden (rettskrav), søksmålssituasjonen (kravets aktualitet) og partenes tilknytning til kravet.

For organisasjoners søksmålsadgang om annet enn egne rettigheter og plikter er kravet til partstilknytning presisert i tvisteloven § 1-4 første ledd:

*”Foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt”*

Det er antatt at en fagforeningen i medhold av reglene om representativ søksmålsrett har en ikke ubetydelig adgang til å anlegge søksmål, selv om søksmålet gjelder medlemmenes rettigheter etter arbeidsmiljøloven. Dette forutsetter imidlertid at en slik søksmålskompetanse hos fagforeningen fremstår som en effektiv og hensiktsmessig måte for arbeidstakerne å forfølge sine krav på.<sup>69</sup>

Vi nevner også at det i perioden fra 1. juli 2013 til 1. juli 2015 gjaldt en særbestemmelse om representativ søksmålsrett for fagforeninger. Ordningen innebar at fagforeninger med medlemmer i en virksomhet som leide inn arbeidstaker fra bemanningsforetak kunne reise søksmål i eget navn om lovligheten av slik innleie. En slik kollektiv søksmålsadgang var ment å bidra til at reglene om innleie i større grad ble etterlevd. Den utvidende søksmålsadgangen skulle bidra til å få prøvd lovligheten av innleien i saker hvor den innleide ikke ønsket belastningen ved å gå til sak og der hvor søksmål var mindre interessant for den berørte arbeidstakeren, men den ulovlige praksisen hadde betydning for virksomhetens egne ansatte og for de totale forholdene på arbeidsplassen. Den utvidede søksmålsadgangen omfattet også tilfeller hvor avtaleforholdet var karakterisert som

---

<sup>69</sup> Vi viser til Prop.83 L (2012–2013) punkt 3.2.2 og 3.2.3 for en nærmere gjennomgang av fagforeningers adgang til å anlegge representative søksmål.

innleie fra produksjonsbedrift etter arbeidsmiljøloven eller som et entrepriserforhold, forutsatt at fagforeningen påsto at det forelå innleie i strid med reglene for innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie.

Ordningen var omdiskutert og ble opphevet med virkning fra 1. juli 2015. Vi gjengir enkelte utdrag fra departementets vurdering og forslag om å oppheve bestemmelsen om utvidet søksmålsrett for fagforeninger:

*«Flere aktører har pekt på at reglene om søksmålsrett for fagforeninger om ulovlig innleie bryter med grunnleggende prinsipper i vårt rettssystem. Reglene åpner for at fagforeninger kan reise søksmål om ulovlig innleie uten den innleides samtykke og mot dennes ønsker. Slik departementet ser det, er det ikke alle innleide som nødvendigvis ønsker et søksmål som omhandler ens eget innleieforhold. Dette gjelder ikke minst fra en fagforening som man kanskje heller ikke er medlem i. Særlig dersom søksmålet konkret retter seg mot kun ett eller et fåtall innleieforhold, kan dette være en problemstilling. Den enkeltes forklaring for retten vil kanskje også være nødvendig for å opplyse saken, noe som både vil kunne oppleves belastende og redusere betydningen av å slippe å gå til sak selv.»*

*Departementet peker også på risikoen for at den innleide verken før, under eller etter en slik rettsak vil sikres adekvat informasjon om egne rettigheter, eller betydningen av domstolsbehandlingen. Videre at det kan foreligge interessemotsetninger mellom den innleide og fagforeningen, også når det gjelder de relativt kompliserte juridiske spørsmål som kan oppstå rundt hvorvidt konkrete innleieforhold er lovlige eller ikke. Det er overfor departementet også påpekt at innleide i mange tilfeller kan se seg mer tjent med å være fast ansatt hos bemanningsforetaket enn hos innleier, og at en praktisk virkning kan være at innleier sier opp kontrakten med bemanningsforetaket og avslutter kontraktsforholdet. Departementet mener alle disse forholdene trekker tydelig i retning av at denne spesielle ordningen bør avvikles.»*

Vi vil videre peke på muligheten til å håndheve krav ved såkalt gruppesøksmål etter de særlige prosessreglene i tvisteloven.<sup>70</sup> Reglene om gruppesøksmål innebærer at flere kan med tilnærmet like krav og grunnlag for kravene kan gå til søksmål.

Gruppesøksmål kan reises av enhver som fyller vilkårene for å være gruppemedlem hvis søksmålet fremmes. Videre vil fagforeninger kunne reise gruppesøksmål når søksmålet ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde<sup>71</sup>.

Det sentrale vilkåret for at gruppesøksmål kan reises er at kravene bygger på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag og at gruppeprosess er den beste behandlingsmåten. Dette vil for eksempel kunne være oppfylt der en gruppe ansatte mener å ha krav på fast ansettelse eller erstatning som følge av ulovlig innleie eller som følge av de i realiteten er arbeidstakere og ikke oppdragstakere. Dette vil også kunne være oppfylt for krav etter reglene for utsendte arbeidstakere.

## **5 TRYGDETI LHØRIGHET MV.**

### **5.1 Generelt om trygdeforordningen**

Gjennom EØS-avtalen deltar Norge i internasjonalt samarbeid om koordinering av trygdeytelser. Det viktigste instrumentet i EU/EØS er forordning (EF) nr. 883/2004 om koordinering av trygdeordninger («trygdeforordningen»), som utfylles av forordning (EF) nr. 987/2009 om fastsettelse av nærmere regler for gjennomføring av trygdeforordningen

---

<sup>70</sup> Tvisteloven kapittel 35.

<sup>71</sup> Jf. tvisteloven § 1-4, jf. tvisteloven § 35-3 første ledd bokstav b.



(«gjennomføringsforordningen»). Forordningene, inkludert etterfølgende endringer/tilpasninger, er innlemmet i EØS-avtalen vedlegg VI. Forordningene er gjort til del av norsk rett ved forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen, FOR-2012-06-22-585, med hjemmel i flere lover, blant annet folketrygdloven § 1-3.

Trygdeforordningen avgjør hvilket lands trygdlovgivning som kommer til anvendelse i EU/EØS – sammenheng. Lovvalsreglene på dette området er ikke sammenfallende med lovvalsreglene for individuelle arbeidsavtaler, slik vi har redegjort for ovenfor, se bl.a. punkt 2.4 og 2.6.3.3. Selv om resultatet av lovvalget i mange tilfeller vil kunne bli det samme, er det en prinsipiell og til en viss grad praktisk forskjell.

I artikkel 2 i trygdeforordningen fremgår det at forordningen får anvendelse for alle statsborgere i EØS-stater, statsløse personer og flyktninger, så sant de er bosatt i en EØS-stat og er eller har vært undergitt lovgivningen i en eller flere EØS-stater. Forordning (EU) 1231/2010 utvider anvendelsesområdet til også å omfatte tredjelandsborgere (statsborgere utenfor EØS) som er lovlig bosatt i EØS og befinner seg i en grensekryssende situasjon.<sup>72</sup>

Trygdeforordningens saklige anvendelsesområde fremgår av artikkel 3, som spesifiserer hvilke trygdeytelser som er omfattet.<sup>73</sup> Dette er blant annet ytelser ved sykdom, svangerskap/fødsel, uførhet, alder, yrkesskade og yrkessykdommer, dødsfall/begravelse, arbeidsløshet og førtidspensjonering og ytelser til familier og etterlatte.

Trygdekoordinering er en viktig forutsetning for å sikre retten til fri bevegelighet av personer i EØS. For å understøtte retten til fri bevegelighet sikrer trygdeforordningen særlig retten til å beholde opptjente rettigheter ved forflytning mellom statene som omfattes av forordningene.<sup>74</sup>

Internasjonal trygdekoordinering bygger på noen sentrale grunnprinsipper.<sup>75</sup> Ett av dem er enstatsprinsippet. Prinsippet har som formål å sikre at en person skal være underlagt trygdlovgivningen i én stat om gangen, og fremgår av trygdeforordningen artikkel 11 nr.1, som lyder:

*«Personer som er omfattet av denne forordning, skal være undergitt lovgivningen i bare én medlemsstat.»*

Lovvalsreglene i trygdeforordningen er utformet i tråd med dette. Formålet er blant annet å hindre at en person blir medlem av to eller flere staters trygdeordning samtidig, med tilhørende risiko for

---

<sup>72</sup> Artikkel 1 i forordning (EU) 1231/2010 spesifiserer at tredjelandsborgere er omfattet av Trygdeforordningen og Gjennomføringsforordningen dersom det utelukkende var nasjonaliteten som var bakgrunnen for at forordningene ikke kom til anvendelse.

<sup>73</sup> Uttrykket trygdeytelse er ikke definert i forordningen. EU-domstolen har i en rekke saker uttalt seg om hva som skal til for å anses som en trygdeytelse, herunder avgrensningen mot sosialhjelp som faller utenfor. En trygdeytelse kan defineres som en ytelse som tilkjennes etter lovbestemte kriterier, uten individuell eller skjønnsmessig bedømmelse av søkerens personlige behov, jf. NOU 2021:8 pkt. 4.3.

<sup>74</sup> NOU 2021:8 pkt. 1.1 s. 14.

<sup>75</sup> Tradisjonelt er det fem grunnprinsipper som er sentrale; enstatsprinsippet, likebehandlingsprinsippet, sammenleggingsprinsippet, eksportabilitetsprinsippet og delpensjonsprinsippet, se blant annet NOU 2021:8 kapittel 5, s. 58- 73.

at personen og/eller arbeidsgiveren må betale doble trygdeavgifter.<sup>76</sup>

EU-retten har regler om koordinering, ikke harmonisering av medlemsstatenes lovgivning. Trygdeforordningen gir anvisning på hvilket lands trygdelovgivning en person skal være underlagt, men den regulerer ikke hvorvidt vedkommende er trygdedekket i dette landet. I NOU 2021:8 «Trygd over landegrenser», pkt. 5.2, s. 59, er dette beskrevet slik;

*«Selv om lovvalgsreglene sørger for at det til enhver tid er en medlemsstat som er utpekt som lovvalgsstat for en person som omfattes trygdeforordningens personkrets, betyr ikke det at lovvalgsstaten må tilby trygdedekning til vedkommende.»*

Det vil si at dersom Norge blir utpekt som lovvalgsstat etter trygdeforordningen, beror det på reglene i folketrygdloven hvorvidt vedkommende vil motta trygdeytelser fra den norske folketrygden. I fortalen avsnitt 17 a til trygdeforordningen uttrykkes det slik:

*«Når en medlemsstats lovgivning får anvendelse på en person i henhold til avdeling II i denne forordning, bør vilkårene for tilslutning og rett til ytelser defineres i den kompetente medlemsstats lovgivning idet fellesskapsretten overholdes.»<sup>77</sup>*

## **5.2 Lovvalg på trygdeområdet for flygende personell**

Lovvalgsreglene i trygdeforordningen er gitt i artikkel 11 til 16. Hovedregelen er at personen er underlagt trygdelovgivningen i det land hvor vedkommende arbeider eller driver selvstendig næringsvirksomhet, jf. artikkel 11 nr. 3 bokstav a:

*3. Med forbehold for artikkel 12-16*

*a) skal en person som utfører lønnet arbeid eller driver selvstendig virksomhet i en medlemsstat, være undergitt denne medlemsstats lovgivning*

Ved endringsforordning (EU) nr. 465/2012 (forordning 465/2012) som trådte i kraft i EU 28. juni 2012 og i EØS 2. februar 2013, ble lovvalget for flygende personell på dette lovområdet knyttet opp mot begrepet «hjemmebase».

I avsnitt 18b i fortalen til trygdeforordningen (slik denne lyder etter endringen nevnt over) er det fremhevet at begrepet «hjemmebase» for flygere og kabinbesetning allerede var definert i unionsretten og utpekt av operatøren for besetningsmedlemmet samt at begrepet er benyttet i forbindelse med anvendelsen av besetningsmedlemmers arbeids- og hviletid. For å gjøre det enklere å anvende lovvalgsreglene i trygdeforordningen på denne persongruppen var det berettiget å gi en særregel som gjør begrepet «hjemmebase» til et kriterium ved fastsettelse av hvilken lovgivning som på dette lovområdet skal gjelde for flygere og kabinbesetning.

I tillegg til å forenkle lovvalget for flygende personell er endringen også ment å redusere risikoen for sosial dumping. Tidligere hadde flyselskaper mulighet til å fastsette lovvalget ut fra hvor arbeidsgivers forretningskontor befant seg, ettersom det er krevende å påvise at en person utførte

---

<sup>76</sup> NOU 2021:8, pkt. 5.2, s. 59 og pkt. 6.2.2 s. 75. Se også trygdeforordningens fortale, avsnitt 15.

<sup>77</sup> Avsnitt 17a i fortalen kom inn ved Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 988/2009.

den vesentligste delen av arbeidet i bostedsstaten, jf. artikkel 13 nr.1, se nærmere om dette i punkt nedenfor.

Hjemmebasen er også koblet til der besetningsmedlemmet er lokalisert og har en nær tilknytning til med hensyn til arbeidsforholdet.<sup>78</sup> I mange tilfeller vil derfor lovvalget for arbeidsavtalen og lovvalget for trygdeområdet være sammenfallende.

Videre er det i fortalen avsnitt 18b fremhevet at gjeldende lovgivning for «flygebesetning og kabinbesetning» bør være stabil, og at prinsippet om «hjemmebase» ikke bør føre til at gjeldende lovgivning endres ofte på grunn av arbeidsmønster eller sesongavhengig etterspørsel i næringen. Avsnitt 18b i fortalen til trygdeforordningen sier i sin helhet følgende (understreket her):

*«18b. I vedlegg III til rådsforordning (EØF) nr. 3922/91 av 16. desember 1991 om harmonisering av tekniske krav og administrative framgangsmåter i sivil luftfart defineres begrepet «hjemmebase» for flygebesetning og kabinbesetning som det sted, utpekt av operatøren for besetningsmedlemmet, der besetningsmedlemmet vanligvis begynner og avslutter en tjenesteperiode eller en rekke tjenesteperioder, og der operatøren under normale omstendigheter ikke er ansvarlig for besetningsmedlemmets innkvartering. For å gjøre det enklere å anvende avdeling II i denne forordning på flygebesetning og kabinbesetning er det berettiget å benytte begrepet «hjemmebase» som et kriterium ved fastsettelse av*

I tråd med dette er det i artikkel 11 nr. 5 i trygdeforordningen fastslått at besetningsmedlemmers arbeid i tilknytning til transport av flypassasjerer eller gods, skal anses utført i den staten hvor «hjemmebasen» befinner seg:

*«Arbeid utført som medlem av flygebesetning eller kabinbesetning ved flyging med passasjerer eller frakt skal anses som en aktivitet som utføres i medlemsstaten der hjemmebasen, som definert i vedlegg III til forordning (EØF) nr. 3922/91, befinner seg.»<sup>79</sup>*

Hjemmebasen fastsettes av operatøren for hvert enkelt besetningsmedlem<sup>80</sup> og er det sted der den ansatte normalt skal starte og ende sine flygninger, og der operatøren normalt ikke er ansvarlig for innkvartering. Videre er hjemmebasen, som nevnt, avgjørende ved anvendelsen av arbeids- og hviletidsbestemmelsene for besetningsmedlemmer. Definisjonen av begrepet «hjemmebase» fremgår nå av forordning (EU) nr. 956/2012 vedlegg III punkt ORO.FTL.105 nr. 14, slik denne er etter endringsforordning 83/2014:

*«'Homebase' means the location, assigned by the operator to the crew member, from where the crew member normally starts and ends a duty period or a series of duty periods and where, under normal circumstances, the operator is not responsible for the accommodation of the crew member concerned"*

Forordning EU nr. 956/2012 med endringer er gjort til norsk lov ved forskrift 7. august 2013 nr. 956 om luftfartsoperasjoner.

---

<sup>78</sup> Retningslinjer fra Kommisjonen av desember 2013 «Practical guide on applicable legislation» s. 31

<sup>79</sup> I 2014 vedtok Kommisjonen nye arbeids og hviletidsbestemmelser for besetningsmedlemmer i luftfartsselskaper som utfører ervervsmessig lufttransport. Henvisningen til bilag III i forordningen 3922/91 er derfor foreldet. Dette er også behandlet ovenfor, i kapitlet om lovvalg for individuelle arbeidsavtaler.

<sup>80</sup> Se forordning (EU) nr. 956/2012 vedlegg III punkt ORO.FTL.200 – som på engelsk lyder: «An operator shall assign a home base to each crew member».

På bakgrunn av forutsetningen om at lovvalget for trygderettigheter skal være stabilt, skal anvendelsen av hjemmebaseprinsippet ikke føre til hyppige skifte av lovgivning som følge av endringer i arbeidsmønstre eller sesongsvingninger. Det følger derfor av gjennomføringsforordningen art. 14 (10) at det ved vurdering av lovvalget skal tas hensyn til situasjonen slik den antas å være de påfølgende 12 kalendermåneder.

Videre er det fastsatt i retningslinjene utstedt av Kommisjonen at lovvalget ikke skal endres før det er gått 12 kalendermåneder siden lovvalget sist ble avgjort, forutsatt at det ikke har skjedd vesentlige endringer i situasjonen, men bare endringer i arbeidsmønsteret.<sup>81</sup>

Dette innebærer blant annet at en *midlertidig* endring av hjemmebase ikke automatisk vil føre til endring av lovvalget. Sesongmessige svingninger ved en flyplass eller etableringen av en ny hjemmebase i et annet land, som fører til midlertidig endring av hjemmebase, trekkes frem som eksempler av Kommisjonen på slike tilfeller hvor lovvalget ikke skal endres.<sup>82</sup>

Kommisjonen har også uttalt at tilfeller hvor hjemmebasen endres på jevnlig basis («*frequent and regular change*») heller ikke må føre til automatisk skifte av trygdelovgivning.<sup>83</sup>

Dersom besetningsmedlemmet har én stabil hjemmebase i samsvar med ovennevnte, skal staten i det landet hvor hjemmebasen befinner seg bekrefte lovvalget og underrette den berørte personen og eventuelt arbeidsgiver om hvilke plikter som er fastlagt i lovgivningen, jf. artikkel 19 i gjennomføringsforordningen.

### 5.3 Arbeid i to eller flere land

Trygdefordningens artikkel 13 inneholder lovvalgsbestemmelser for personer som vanligvis utfører arbeid i to eller flere medlemsstater. Bestemmelsene gjelder både for arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende og for kombinasjoner av dette.

Det følger av artikkel 14 (5) i gjennomføringsforordningen at det med en person som «vanligvis utfører lønnet arbeid i to eller flere medlemsstater», vises til «en person som samtidig eller skiftesvis utøver en eller flere separate aktiviteter i to eller flere medlemsstater for samme foretak eller arbeidsgiver eller for forskjellige foretak eller arbeidsgivere.»

Bestemmelsen kommer til anvendelse på flygende personell som har to eller flere hjemmebaser i ulike EØS-land. Dette kan tenkes i tilfeller hvor arbeidstakeren arbeider for flere enn ett flyselskap. Det må imidlertid legges til grunn at dette er en lite praktisk problemstilling, på bakgrunn av arbeids- og hviletidsbestemmelsene som gjelder for flygende personell. Kommisjonen betegner også situasjonen med to eller flere hjemmebaser som ekstraordinær/usedvanelig.<sup>84</sup>

Videre vil bestemmelsen komme til anvendelse dersom besetningsmedlemmet har byttet hjemmebase regelmessig innen en periode på 12 måneder fra siste fastsettelse av trygdetilhørighet eller dersom det er sannsynlig at besetningsmedlemmet regelmessig vil bytte hjemmebase de neste 12 månedene. Dette vil for eksempel kunne gjelde besetningsmedlemmer som er engasjert gjennom

---

<sup>81</sup> Retningslinjer fra Kommisjonen av desember 2013 «Practical guide on applicable legislation» s. 32

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> Retningslinjer fra Kommisjonen av desember 2013 «Practical guide on applicable legislation» s. 31

bemanningsforetak.<sup>85</sup> Etter vår vurdering vil det også kunne omfatte tilfeller hvor besetningsmedlemmet roterer mellom ulike baser, forutsatt at utsendingsreglene ikke kommer til anvendelse og roteringen innebærer bytte av hjemmebase.

I tilfellene nevnt over avgjøres lovvalget etter artikkel 13 nr. 1 og ikke i henhold til hjemmebase-prinsippet i artikkel 11 nr. 5. Artikkel 13 nr. 1 lyder:

*En person som vanligvis utfører lønnet arbeid i to eller flere medlemsstater, skal være undergitt*

- a) *bostedsstatens lovgivning dersom han/hun utfører en vesentlig del av sitt arbeid i den medlemsstaten, eller*
- b) *dersom han/hun ikke utfører en vesentlig del av sitt arbeid i bostedsstaten:*
  - i) *lovgivningen i medlemsstaten der forretnings- kontoret eller forretningsstedet til foretaket eller arbeidsgiveren befinner seg, dersom han/hun er ansatt av ett foretak eller én arbeidsgiver, eller*
  - ii) *lovgivningen i medlemsstaten der forretnings- kontoret eller forretningsstedet til foretakene eller arbeidsgiverne befinner seg, dersom han/hun er ansatt av to eller flere foretak eller arbeidsgivere som har sitt forretningskontor eller forretningssted i bare én medlemsstat, eller*
  - iii) *lovgivningen i medlemsstaten der forretnings- kontoret eller forretningsstedet til foretaket eller arbeidsgiveren befinner seg, men som ikke er bostedsstaten, dersom han/hun er ansatt av to eller flere foretak eller arbeidsgivere som har sitt forretningskontor eller forretningssted i to medlemsstater, og den ene av dem er bostedsstaten, eller*
  - iv) *lovgivningen i bostedsstaten dersom han/hun er ansatt av to eller flere foretak eller arbeidsgivere, og minst to av dem har sitt forretningskontor eller forretningssted i forskjellige medlemsstater, som ikke er bostedsstaten.*

Artikkel 13 nr. 1 bokstav a i trygdeforordningen bestemmer at en person som utfører arbeid i flere land skal være underlagt *bostedslandets lovgivning dersom en vesentlig del av arbeidet utføres der*, uavhengig av om vedkommende arbeider for en eller flere arbeidsgivere.

Gjennomføringsforordningen artikkel 14 (8) gir veiledning for når en «vesentlig del» av arbeidet må anses utført i bostedslandet. Av bestemmelsen følger det at kriteriene arbeidstid og/eller lønn er førende for vurderingen, og at arbeid over 25 % - basert på kriteriene – anses som vesentlig.

For flygende personell kan det imidlertid være utfordrende å fastslå hvor stor andel av arbeidstiden som er utført i ulike medlemsstater. Kommisjonen har derfor uttalt at det kan benyttes en metode hvor arbeidet deles inn i ulike elementer/hendelser.<sup>86</sup> For eksempel vil det for flygende personell kunne ses hen til hvor besetningsmedlemmet har startet og endt sine flygeperioder.

---

<sup>85</sup> Dette er lagt til grunn i den tidligere omtalte utredningen fra Van Olman & Wynant s. 14 (betegnet av oss foran som «VOW-rapporten»). Se også retningslinjer fra Kommisjonen av desember 2013 «Practical guide on applicable legislation» s. 31 flg.

<sup>86</sup> Retningslinjer fra Kommisjonen av desember 2013 «Practical guide on applicable legislation» s. 31

I tilfeller hvor det flygende personellet ikke utfører en vesentlig del av arbeidet i bostedslandet, bestemmes lovvalget av artikkel 13 nr. 1 bokstav b, hvor utgangspunktet er at vedkommende skal være underlagt trygdelovgivningen i det landet arbeidsgiveren har sitt forretningssted.

#### 5.4 Overgangsbestemmelser for lovvalg

Overgangsbestemmelsene får anvendelse når det er gjort endringer i lovvalgsreglene som medfører et skifte av trygdetilknytningsland. I en overgangsperiode på inntil ti år skal det ikke skje noen endring med hensyn til trygdetilknytningen så lenge den relevante arbeidssituasjonen forblir uendret, jf. forordning 883/2004 artiklene 87 nr. 8 og 87a.

Dette innebærer at trygdemedlemskapet for vedkommende arbeidstaker kan opprettholdes slik det ble fastsatt da lovvalgsreglene i forordning 1408/71 gjaldt (dvs. før 1. juni 2012), eller da de generelle lovvalgsreglene om arbeid i to land i forordning 883/2004 (før endringen i forordning 465/2012) gjaldt (dvs. perioden 1. juni 2012 - 1. februar 2013). Arbeidstakeren kan imidlertid velge å la de nye lovvalgsreglene bestemme trygdetilhørigheten.

Bakgrunnen for overgangsperioden er hensynet til kontinuitet i trygdemedlemskapet.

#### 5.5 Særlig om forholdet til utsendte arbeidstaker

Trygdeforordningen har enkelte særregler som gjør unntak fra hovedregelen om at hjemmebasen avgjør lovvalget. Av særlig praktisk betydning er unntaket for utsendte arbeidstakere. Hensynet bak særregelen er at en person skal få opprettholde opptjening i trygdeordningen i utsenderlandet under arbeidsperioder i et annet EØS-land. I tråd med dette fastslår artikkel 12 i trygdeforordningen følgende:

*«En person som utfører lønnet arbeid i en medlemsstat for en arbeidsgiver som vanligvis driver virksomhet der, og som sendes av arbeidsgiveren til en annen medlemsstat for å utføre arbeid for arbeidsgiveren, skal fortsatt være undergitt førstnevnte medlemsstats lovgivning, forutsatt at arbeidet ikke forventes å vare mer enn 24 måneder, og at han/hun ikke er utsendt for å erstatte en annen person.»*

Det følger av ovennevnte at en utsendt arbeidstaker skal være omfattet av lovgivningen i utsendingsstaten, forutsatt at perioden ikke forventes å overstige 24 måneder. Dette gjelder såfremt arbeidstakeren ikke sendes ut for å avløse en annen utsendt arbeidstaker. Det er videre en forutsetning at arbeidstakeren er omfattet av lovgivningen i den EØS-staten der arbeidsgiveren er etablert, umiddelbart forut for starten på arbeidet i den staten vedkommende sendes til, jf. gjennomføringsforordningen artikkel 14 nr. 1. Ved tidsbegrenset utsending som varer lenger enn 24 måneder, vil den midlertidige basen bli ny permanent hjemmebase og utgangspunktet for lovvalget, med mindre det er gitt unntak i medhold av trygdeforordningen artikkel 16.

Bestemmelsen er nærmere kommentert i NOU 2021:8, «Trygd over landegrensene – Gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser», punkt 6.7, hvor blant annet forholdet til EØS-rettens overordnede regler om fri bevegelighet av tjenester behandles:

*«Trygdeforordningen artikkel 12 gjør unntak fra lovvalgsbestemmelsene for arbeidstakere som sendes til andre EØS-stater for å arbeide. Bestemmelsen sikrer at en person skal få opprettholde opptjening i trygdeordningen i utsenderstaten under nærmere angitte arbeidsperioder i en annen EØS-stat, og det er da nødvendig å oppstille et annet kriterium for lovvalg enn det faktiske arbeidsstedet. Bestemmelsen har imidlertid også en side til EØS-rettens overordnede regler om fri bevegelighet av tjenester (EØS-avtalen artikkel 36). En arbeidsgiver som ønsker å levere tjenester i en annen EØS-stat gjennom utsending av egne arbeidere, slipper å måtte betale arbeidsgiveravgift for de utsendte arbeiderne i staten hvor arbeidet utføres (vertsstaten), og lønnen som tilbys kan tilpasses den trygdeavgiften som arbeiderne må betale i*

*hjemstaten, ikke i vertsstaten. Lovvalgsregelen for utsendte arbeidstakere i trygdeforordningen artikkel 12 inngår slik i den større EU/EØS-rettslige diskusjonen knyttet til utsending av arbeidstakere. Reguleringen av adgangen til å sende ut arbeidstakere for å utføre oppdrag i andre medlemsstater, er et resultat av politisk tautrekking i EU mellom medlemsstater som har et konkurransefortrinn i lave arbeidskostnader (herunder lave trygdeavgifter) og medlemsstater som ønsker å beskytte egne virksomheter og arbeidere mot konkurrenter som ikke trenger å forholde seg til det nasjonale kostnadsnivået for arbeid.»*

## **5.6 Nærmere om avgjørelse av trygdetilhørighet**

Regler om saksbehandling ved valg av trygdetilhørighet følger av gjennomføringsforordningen. Gjennomføringsforordningen har blant annet regler om hvor en person som arbeider i to eller flere land skal henvende seg, hvilken institusjon eller institusjoner det er som har ansvaret for at han eller hun får sine ytelser, at de er beregnet korrekt og at det skjer til rett tid. Det er således fastsatt frister for behandling og responstider for å fullføre administrative trinn i saksbehandlingen på de ulike områder og om foreløpig (midlertidig) lovvalg og utbetaling av ytelser.

Etter gjennomføringsforordningen artikkel 16 har en person som arbeider i to eller flere EØS-stater plikt til å underrette den kompetente institusjonen i bostedsstaten om dette.

I henhold til reglene i gjennomføringsforordningen artikkel 4 har Den administrative kommisjon utarbeidet et eget skjema for avklaring av trygdetilhørighet (skjema A1). Dette fungerer som en bekreftelse på at vedkommende er trygdedekket i den aktuelle medlemsstaten som utsteder skjemaet. Skjema A1 er særlig relevant for personer som bor eller arbeider i flere EØS-stater og for utsendte arbeidstakere.

NAV mottar skjema A1 fra andre EØS-staters trygdemyndigheter for personer som arbeider i Norge, og som ikke skal være omfattet av folketrygden. Norske myndigheter plikter da på bakgrunn av fremlagt skjema A1 å påse at arbeidstakeren ikke betaler trygdeavgifter til norske myndigheter og tilsvarende at den utenlandske arbeidsgiveren ikke må betale arbeidsgiveravgift til Norge.

Gjennomføringsforordningen har videre nærmere bestemmelser som regulerer informasjonsutveksling og dialog mellom medlemsstatene i de tilfeller det er usikkerhet eller uenighet om lovvalget. Det skal i slike tilfeller startes en dialogprosess mellom medlemstatene og besluttes et midlertidig lovvalg i henhold til reglene i gjennomføringsforordningen artikkel 16.

I og med at det er NAV som avgjør lovvalget og skatteetaten som krever inn avgiftene, har NAV og Skatteetaten et delt ansvar for at personer som er underlagt norsk lovgivning betaler trygdeavgift, og at de som ikke er underlagt norsk lovgivning ikke betaler trygdeavgift. Det er derfor et samarbeid mellom NAV og Skatteetaten med sikte på å tydeliggjøre den enkelte etatens oppgaver, herunder hvilken etat som har ansvar for å fastsette og beregne trygdeavgift for hvilke personer.<sup>87</sup>

## **5.7 Arbeidsgiveravgift og trygdeavgift**

Hovedregelen for plikten til å svare arbeidsgiveravgift etter norsk intern rett er i henhold til folketryktdloven («ftrl.») § 23-2 første ledd at en arbeidsgiver «... skal betale arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse for arbeid i og utenfor tjenesteforhold som han plikter å innrapportere.», jf.

---

<sup>87</sup> NOU 2021:8, punkt 6.12

skatteforvaltningsloven («sktfvl.») § 7-2. Plikten til å svare arbeidsgiveravgift etter intern rett er således som utgangspunkt knyttet til opplysningsplikten for lønn.

I skatteforvaltningsforskriften § 7-2-7 er det gitt regler som avgrenser lønnsopplysningsplikten for personer bosatt i utlandet. Som et utgangspunkt vil opplysningsplikten bestå så lenge lønnsytelsen har tilknytning til arbeid som er utført her i riket selv om den ansatte er bosatt utenfor Norge.

I medhold av sktfvl. § 1-3 kan det imidlertid inngås gjensidige avtaler med andre land om rettigheter og plikter etter folketrygdloven, herunder gjøres unntak fra lovens bestemmelser. Trygdeforordningen er en slik avtale.

Både trygdeavgift og arbeidsgiveravgift skal betales til den staten der personen er trygdedekket, jf. NOU 2021:8 s. 93:

*«At vedkommende skal være underlagt trygdellovgivningen til bare én stat, innebærer blant annet at alle inntekter vedkommende har, skal anses opptjent i denne staten. Det fremgår av trygdeforordningen artikkel 13 nr. 5. Det betyr igjen at vedkommende bare skal betale trygdeavgift til denne staten, og at vedkommendes arbeidsgiver bare skal innbetale arbeidsgiveravgift for vedkommende til denne staten. Hvilke avgifter som skal betales inn, bestemmes i denne statens nasjonale regler.»*

Dette innebærer at redegjørelse for reglene om trygdetilhørighet er avgjørende for om trygdeavgift og arbeidsgiveravgift skal betales til Norge.

## 6 OBLIGATORISK TJENESTEPENSJON FOR FLYGENDE PERSONELL

I Norge er de fleste virksomheter omfattet av lov om obligatorisk tjenstepensjon<sup>88</sup> («OTP-loven»). Arbeidsgivere som plikter å ha pensjonsordning etter OTP-loven § 2, skal opprette pensjonsordning etter foretakspensjonsloven<sup>89</sup>, innskuddspensjonsloven<sup>90</sup> eller tjenstepensjonsloven<sup>91</sup>, for å sikre arbeidstakere i foretaket alderspensjon i samsvar med OTP-lovens krav.

Lovens § 1 angir når et foretak er omfattet av loven og dermed har plikt til å opprette pensjonsordning. Bestemmelsen må ses i sammenheng med bestemmelsene om medlemskap i de tre lovene; foretakspensjonsloven, innskuddspensjonsloven og tjenstepensjonsloven. Medlemskapsbestemmelsene er relativt likelydende i de ulike lovene og omhandler for eksempel hvor gammel man må være for å være medlem, hvor stor stillingsandel som kreves mv. Foretak som er omfattet, plikter å ha en tjenstepensjonsordning for sine ansatte som oppfyller lovens *minstekrav*. I dette ligger blant annet at foretak som oppretter en pensjonsordning med innskuddspensjon eller tjenstepensjon hvert år skal betale innskudd til alderspensjon for medlemmene som minst utgjør to prosent av lønnen mellom 1 og 12 G, jf. OTP-loven § 4. Tjenstepensjonsordningen sikrer de ansatte rettigheter til pensjon utover det som følger av folketrygden.

Utenlandske foretak omfattes i den grad de oppfyller vilkårene i tjenstepensjonslovene. Avgjørende i denne forbindelse vil være om de har arbeidstaker i sin tjeneste som *er pliktig medlem*

---

<sup>88</sup> LOV-2005-12-21-124

<sup>89</sup> LOV-2000-03-24-16

<sup>90</sup> LOV-2000-11-24-81

<sup>91</sup> LOV-2013-12-13-106



av folketrygden. Dette har sammenheng med at pensjonsordningen skal gi supplerende ytelser til folketrygden.

Dersom det utenlandske selskapet ikke har en eller flere ansatte som er pliktige medlemmer av folketrygden, vil det derfor ikke ha en plikt til å opprette en pensjonsordning i medhold av OTP-loven.

Hvorvidt flygende personell ansatt i utenlandske selskaper i EØS-land er pliktige medlemmer av folketrygden, vil bero på det lovvalg som følger av trygdeforordningen.

Dersom det utenlandske selskapet har arbeidstakere som er pliktige medlemmer av folketrygden og ellers oppfyller vilkårene i tjenstepensjonslovene, skal det som hovedregel opprettes pensjonsordning i samsvar med OTP-loven.

Etter søknad til Finanstilsynet skal selskapet imidlertid få fritak fra plikten til å etablere norsk kollektiv pensjonsordning dersom de ansatte allerede er medlem av en kollektiv pensjonsordning som gir ytelser av minst tilsvarende verdi.<sup>92</sup>

Også de ansatte vil kunne velge å stå utenfor pensjonsordningen dersom de er medlem av en utenlandsk pensjonsordning. Dette har sammenheng med at opptjening av pensjonsrettigheter i noen få år i en norsk pensjonsordning normalt vil være av liten betydning fordi fremtidige pensjonsutbetalinger vil bli svært begrensede. Personer som flytter til Norge og allerede er medlem av en utenlandsk pensjonsordning, vil derfor i mange tilfeller kunne være tjent med å fortsette innbetalingene til denne.

Det er Skatteetaten som har tilsynet med at arbeidsgivere har opprettet pensjonsordning, mens tilsynet med at arbeidsgivere overholder sine forpliktelser etter pensjonslovene, ligger hos Finanstilsynet, jf. OTP-loven § 2. I medhold av OTP-loven § 8 har tilsynsmyndigheten adgang til å pålegge foretak som ikke har pensjonsordning i samsvar med loven, å rette opp forholdet innen en fastsatt frist. Hvis et slikt pålegg ikke blir etterkommet innen fristen, kan det fastsettes at det skal løpe tvangsmulkt til forholdet er rettet.

Med virkning fra 1. januar 2022 blir brudd på OTP-lovens krav om å ha en pensjonsordning i § 2 og minstekravene i § 4 og 5, straffesanksjonert, jfr. endring ved lov 11 juni 2021 nr. 59 om endringer i arbeidsmiljøloven mv. (tiltak for å bekjempe arbeidslivskriminalitet). I proposisjonen til endringsloven<sup>93</sup> er det i punkt 5.1 gitt en beskrivelse av hvordan tilsynsordningen praktiseres:

*I praksis innebærer gjeldende tilsynsordning at Finanstilsynet følger opp tips og henvendelser utenfra om arbeidsgivere som hevdes ikke å ha en OTP-ordning. Tilsynet er i sin helhet dokumentbasert. Foretaket mottar forhåndsvarsel vedlagt et skjema som må fylles ut og returneres til Finanstilsynet sammen med eventuell dokumentasjon som viser at OTP-ordning er etablert. Normalt vil dette skje ved at foretaket legger frem en gyldig avtale med en pensjonstilbyder. Dersom foretaket ikke besvarer henvendelsen, vedtar Finanstilsynet pålegg om opprettelse av OTP-ordning. Manglende etterlevelse av pålegget kan følges opp ved at Finanstilsynet ilegger dagmulkt inntil etablering av OTP-ordning er dokumentert.*

---

<sup>92</sup> Jf. OTP-loven § 1(4) og blant annet forskrift til innskuddspensjonsloven § 6-1.

<sup>93</sup> Prop. 153 L (2020–2021) Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (tiltak for å bekjempe arbeidslivskriminalitet)

## 7 INNTEKTSSKATT TIL NORGE FOR FLYGENDE PERSONELL

### 7.1 Innledning

I tilknytning til inntektsskatt for flygende personell må det vurderes hvilke faktorer som er relevante med hensyn til når inntektsskatteplikt utløses, herunder hvilken tilknytning flygende personell må ha til Norge for at de skal bli inntektsskattepliktige til Norge.

### 7.2 Skatteplikt til Norge – intern norsk rett og skatteavtaler

Norge har inngått skatteavtaler med en rekke land, blant annet med det formål å unngå dobbeltbeskatning. I de tilfeller der skattyter oppfyller vilkårene for skatteplikt i to eller flere stater (etter intern rett), må det ses hen til eventuell skatteavtale for avklaring av hvilket land skattyteren har skatteplikt i det enkelte tilfellet. Dersom det er inngått skatteavtale med den aktuelle staten, må det vurderes om denne legger begrensninger på retten til å skattlegge inntekten.<sup>94</sup>

Ved vurderingen av hvorvidt det foreligger skatteplikt til Norge for utenlandske ansatte må det dermed vurderes om i) det foreligger hjemmel for skattlegging i Norge etter norsk intern rett, og dersom det foreligger hjemmel etter intern norsk rett, ii) om det er inngått skatteavtale med den aktuelle staten.

### 7.3 Intern norsk rett

Etter norsk intern rett er det overordnede utgangspunktet at alle skattytere som er skattemessig bosatt i Norge er skattepliktig til Norge for all inntekt og formue, uavhengig av hvor inntekten er opptjent eller hvor formuen befinner seg, jf. skatteloven (sktl.) § 2-1 9. ledd. Uavhengig av skattyters statsborgerskap, er en person som oppholder seg i Norge mer enn 183 dager i løpet av enhver 12 måneders periode, eller mer enn 270 dager i enhver 36 måneders periode, å anse som skattemessig bosatt i Norge.

Dette innebærer at Norge som utgangspunkt har rett til full beskatning av inntekt så vel som formue for flygende personell som er å anse som skattemessig bosatt i Norge.

For de tilfeller hvor flygende personell ikke oppholder seg lenge nok i Norge til å anses bosatt her, blir spørsmålet er de kan bli begrenset skattepliktige hit for arbeidsinntekt som opptjenes i Norge, jf. sktl. § 2-3 1. ledd d. For ordens skyld presiseres det at skatteloven ikke har særregler for flygende personell.

For at slik begrenset skatteplikt skal være aktuelt, må følgende tre vilkår være oppfylt:

- (i) Den utenlandske bosatte må ha tatt midlertidig opphold i Norge;
- (ii) Personen må ha utført et «personlig arbeid i tjeneste»; og
- (iii) lønn o.l. må stamme fra «herværende kilder».

Det er ikke oppstilt en nedre grense hva gjelder varighet på midlertid opphold, hvilket medfører at også kortvarige opphold oppfyller vilkåret.

Videre må det være tale om at det er utført «personlig i tjeneste». Hva gjelder flygende personell anses dette vilkåret oppfylt i kraft av ansettelsesforholdet.

---

<sup>94</sup> Se Skatte-ABC 2021 Emne: Utland – allment om skatteavtaler, pkt. 1.

Til sist må lønn være mottatt fra «herværende kilder». Dette skal forstås slik at arbeidsgiveren må være skattepliktig til Norge iht. sktl. § 2-1, § 2-2, eller ha begrenset skatteplikt iht. § 2-3 1. ledd b. I tillegg må arbeidsforholdet ha tilknytning til arbeidsgivers virksomhet i Norge. Det synes ikke å være et krav at arbeidsgiverens aktivitet er knyttet til et fast driftssted i en eventuell skatteavtales forstand.<sup>95</sup> Det fremholdes i juridisk teori at det er tilstrekkelig at arbeidsgiver er skattepliktig til Norge etter intern norsk rett.

Det foreligger således hjemmel for skattlegging etter intern rett for flygende personell som ikke er skattemessig bosatt i Norge, forutsatt at vilkårene som følger av sktl. § 2-3 1. ledd bokstav d. er oppfylt.

Faktisk skatteplikt forutsetter imidlertid at Norges beskatningsrett ikke er begrenset av skatteavtale med den andre staten, jf. ovenfor.

#### 7.4 Skatteavtaler

Som omtalt innledningsvis, har Norge inngått skatteavtaler med en rekke land. OECD har utarbeidet en mønsteravtale som de fleste skatteavtaler bygger på. Det vil dermed i det følgende tas utgangspunkt i OECDs mønsteravtale av 2017 («Mønsteravtalen»). Det gjøres imidlertid oppmerksom på at den enkelte skatteavtale kan avvike fra Mønsteravtalen i større eller mindre grad.

Hovedregelen i skatteavtalene er at lønnsinntekter kan skattlegges i den av avtalestatene der arbeidet er utført, jf. Mønsteravtalen art. 15 (1).

I art. 15 (2) er det inntatt et unntak fra hovedregelen for kortere arbeidsopphold i den annen stat. I henhold til nevnte bestemmelse får arbeidsstaten likevel ikke rett til å skattlegge arbeidstakerens lønnsinntekt med mindre:

- a. Oppholdet overstiger 183 dager i en tolv månedersperiode;
- b. Godtgjørelsen for arbeidet er betalt av, eller på vegne av, en arbeidsgiver som ikke er bosatt i den stat der arbeidet utføres; og
- c. Godtgjørelsen for arbeidet er belastet arbeidsgivers faste driftssted i den stat der arbeidet utføres.

Tilsvarende som for lønnsinntekt i henhold til unntaket i art. 15 (2), skal fortjenesten til flyselskap som driver «internasjonal trafikk» beskattes i hjemstaten, jf. art. 8, slik at vilkår c. sjelden vil være oppfylt. Det følger også av art. 15 (3) at ansatte på fly som flyr internasjonal trafikk er skattepliktig til landet hvor skattyteren er bosatt. Med internasjonal trafikk menes transport med luftfartøy, unntatt når luftfartøyet går i rute utelukkende mellom steder innad i en stat, og foretaket som eier luftfartøyet ikke er hjemmehørende i denne staten.

Bestemmelsen ble endret i 2017, slik at den også gjaldt transport med fly som drives av et foretak i en tredjestat, som altså ikke er kontraherende stat i den bilaterale avtalen. Endringen medfører at art. 15 nr. 3 også kan anvendes av en person som er bosatt i en kontraherende stat som mottar godtgjørelse for arbeid som utøves om bord på et fly som drives av et foretak i en tredjestat.

Dersom det ikke er tale om internasjonal trafikk, slik dette er beskrevet ovenfor, er utgangspunktet at lønnsinntekt skal skattlegges i henhold til art. 15 (1) og (2). Dette til forskjell fra den nordiske

---

<sup>95</sup> Per Helge Stoveland, Norsk Lovkommentar: Skatteloven, note 54 til § 2-3 (1) d. Rettsdata.no

skatteavtalen, hvorefter det fremgår av art. 15 nr. 4 a) at «inntekt av lønnsarbeid som utføres om bord på luftfartøy [skattlegges] bare i den kontraherende stat hvor den som oppbærer godtgjørelsen for lønnsarbeidet er bosatt».

For at utenlandsk bosatt flygende personell skal bli inntektsskattepliktig til Norge, må det dermed etter Mønsteravtalen være tale om at begrepet «internasjonal flytrafikk» ikke er oppfylt, samt at unntaksvilkårene i Mønsteravtalen art. 15 (2) ikke er oppfylt. Dersom Norge har hjemmel for skattlegging i Norge etter norsk intern rett, og skatteplikten ikke er begrenset av skatteavtale, kan utenlandske ansatte være skattepliktig til Norge.

Faktorene som er relevante for om personellet har hjemmebase i Norge etter flysikkerhetsreglene synes ikke relevante med hensyn til skatteplikten. Dette med bakgrunn i at hjemmebasen normalt er det stedet hvor arbeidsgiveren har bestemt at ansatte skal starte og ende sine flygninger. Hjemmebasen er dermed normalt ikke basert på hvor en person er bosatt, men i hvilken stat hjemmebasen ligger, jf. ovenfor.

## 8 UTSENDINGSREGLENE: TJENESTEUTØVELSE OVER LANDEGRENSENE, KONKURRANSEVILKÅR OG ARBEIDSTAKERS RETTIGHETER

### 8.1 Bakgrunn og formål

Den traktatfestede friheten til å utøve tjenester over landegrensene er kombinert med tiltak for å sikre rettferdig konkurranse og utsendte arbeidstakers arbeidsvilkår i vertslandet. Dette er uttalt i utsendingsdirektivets<sup>96</sup> fortale:

*«1) I henhold til traktatens artikkel 3 bokstav c) er et av Fellesskapets mål å fjerne hindringer for den frie bevegelse for personer og tjenester mellom medlemsstatene.*

..

*5) Slik fremming av tjenesteyting over landegrensene forutsetter rettferdig konkurranse og tiltak som garanterer respekt for arbeidstakernes rettigheter.»*

Utsendingsdirektivet pålegger medlemsstatene å sørge for at en kjerne av minsterettigheter for arbeidstakere i vertslandet blir gjort gjeldende også for andre medlemslands arbeidstakere som kommer for en begrenset tid som ledd i deres arbeidsgivers tjenesteytelser over landegrensene, forutsatt at vertslandets rettigheter er gunstigere for arbeidstakerne enn de som ellers gjelder i arbeidsforholdet.

Utsendingsdirektivets formål er karakterisert som bl.a. å motvirke *sosial dumping*. Kommisjonsmedlemmet<sup>97</sup> som behandlet direktivet, karakteriserte direktivets funksjon slik:

*«This Directive is a key instrument both to ensure freedom to provide services and to prevent social dumping.»<sup>98</sup>*

---

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

<sup>97</sup> Vladimir Spidla, daværende kommisjonsmedlem for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities

<sup>98</sup> Referert av professor Catherine Barnard, «EU Employment Law», 4. utgave side 218.

Professor Catherine Barnard, som gjengir dette, følger det opp med denne redegjørelsen:

*«It aims to co-ordinate the legislation in the Member States and to lay down and give detail of the hard core of mandatory EU rules which must be respected by undertakings assigning their employees to work in another Member State. »*

Hun viser videre til en tidligere dom fra EU-domstolen<sup>99</sup> der det ble fastslått at vertslandet har *rett* til å kreve av tjenesteytere fra andre medlemsland at de respekterer minsterettigheter for arbeidstakerne, under forutsetning av at denne forpliktelsen også påhviler vertslandets egne tjenesteutøvere. Hun presiserer at direktivet går et skritt videre og *pålegger* vertslandet å sørge for at en kjerne av rettigheter i vertslandet blir gitt også de utsendte arbeidstakerne:

*«In this way, the Directive goes further than Rush Portuguesa<sup>100</sup> which merely permitted (as opposed to requiring) host Member States to extend some or all of their rules to employees posted to their territory.»*

EU-domstolen har også understreket at direktivet både har til formål å sikre rettferdig konkurranse og å sikre de utsendte arbeidstakerne visse rettigheter på vertslandets nivå hvis dette er høyere enn det de ellers har i sitt arbeidsforhold. Dette er bl.a. uttalt i Elektrobudowa-dommen<sup>101</sup>:

*«30 I denne sammenheng bemærkes, at artikkel 3, stk. 1, første afsnit, i direktiv 96/71 tjener et dobbelt formål. For det første skal bestemmelsen sikre en loyal konkurrence mellem indenlandske virksomheder og virksomheder, der leverer grænseoverskridende tjenesteydelser, for så vidt som den pålægger de sidstnævnte på en begrænset række områder at indrømme deres arbejdstagere de arbejds- og ansættelsesvilkår, der er fastsat i værtsmedlemsstaten. For det andet har bestemmelsen til formål at garantere over for de udstationerede arbejdstagere, at værtsmedlemsstatens regler om minimumsbeskyttelse for så vidt angår arbejds- og ansættelsesvilkår på de nævnte områder finder anvendelse på dem, mens de midlertidigt udfører arbejde på denne medlemsstats område (dom Laval un Partneri, EU:C:2007:809, præmis 74 og 76).»*

Formålet rekker imidlertid ikke lenger enn til å sørge for at de beskrevne rettighetene som gjelder for arbeidstakere i vertslandet, også skal gjelde for de arbeidstakerne som sendes dit på tidsbegrenset oppdrag. At direktivet ikke forplikter medlemslandene til å etablere bestemte *nivåer* på minsterettighetene, påpekes i det påfølgende avsnittet i det påfølgende avsnittet i dommen:

*«31 Det skal dog fremhæves, at det nævnte direktiv ikke har harmoniseret det materielle indhold af disse ufravigelige regler om minimumsbeskyttelse, selv om det indeholder visse angivelser herom.»*

Det er gitt *tre direktiver* om rettighetene til utsendte arbeidstakere for et begrenset tidsrom til et annet medlemsland. Når vi i denne utredningen bruker betegnelsen *utsendingsdirektivet*<sup>102</sup>, gjelder dette

---

<sup>99</sup> Den gang EF-domstolen, men vi benytter den betegnelsen på domstolen som er gjeldende nå.

<sup>100</sup> EF-domstolens dom av 27.03.1990 i sak C-113/89, Rush Portuguesa, avsnitt 18: "... Community law does not preclude Member States from extending their legislation, or collective labour agreements entered into by both sides of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established; nor does Community law prohibit Member States from enforcing those rules by appropriate means (judgment of 3 February 1982 in Joined Cases 62 and 63/81 Seco SA and Another v EVI (( 1982 )) ECR 223)."

<sup>101</sup> Sak C-396/13. Se også sak C-60/03, Wolff & Müller avsn. 41 og 42

<sup>102</sup> Utsendingsdirektivet: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting [Utsendingsdirektivet]

det første av de tre. De to andre er hhv *håndhevingsdirektivet*<sup>103</sup> og *endringsdirektivet*<sup>104</sup>. Endringsdirektivet inneholder bare selve endringene og er ikke et konsolidert direktiv. Håndhevingsdirektivet er gjennomført i norsk rett ved *arbeidsmiljøloven § 1-7* og *utsendingsforskriften*.<sup>105</sup> Arbeids- og sosialdepartementet arbeider for tiden med å gjennomføre endringsdirektivet.<sup>106</sup>

I utsendingsdirektivet er det bestemt at rettighetsbestemmelsene ikke skal være «til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne»<sup>107</sup>. Det er i tillegg bestemt at direktivet ikke er til hinder for at «medlemsstatene i henhold til traktaten på grunnlag av likebehandling kan pålegge nasjonale foretak og andre staters foretak arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden»<sup>108</sup>.

Til tross for disse bestemmelsene står ikke vertslandet helt fritt til å påføre de utsendende arbeidsgiverne forpliktelser til å gi de utsendte arbeidstakerne *rettigheter på høyere nivå eller på flere områder* enn de som er bestemt i direktivet, og forpliktelsene må uansett ligge innenfor de rammer EU-traktaten og EØS-avtalens hoveddel setter. På bakgrunn av at direktivet representerer et unntak fra forbudet mot restriksjoner på friheten til tjenesteutøvelse over landegrensene, har det en rettslig karakter av «så langt, men ikke lenger». Dette er sentralt ved vurderingen av medlemsstatenes handlefrihet mht å iverksette tiltak mot sosial dumping.

## 8.2 Liberaliseringen av luftfartsnæringen - luftfartens ni friheter.

I tillegg til EU-traktatens og EØS-avtalens regler om fri tjenesteutøvelse over landegrensene uten restriksjoner fra vertslandets side<sup>109</sup>, er luftfartsnæringen blitt liberalisert fra sterke reguleringer til åpent marked. Utviklingen er beskrevet slik i NOU 2019: 22, «Fra statussymbol til allemannseie – norsk luftfart i forandring»<sup>110</sup>:

*«.. Men, fram til begynnelsen av 80-tallet var både innenlands og internasjonal luftfart sterkt regulert. Det enkelte lands myndigheter regulerte hvem som kunne fly hvor og til hvilken pris, og internasjonal flytransport var avhengig av bilaterale avtaler mellom landene. Avtalene regulerte hvor flyselskapene kunne fly, rutevalg, kapasitet, frekvenser, billett- og fraktpriser, i tillegg til andre faktorer. Dette relativt rigide systemet var kostnadskrevende for stater og flyselskap, la store begrensninger på selskapenes etableringsmuligheter og hindret konkurranse. Etter påtrykk fra luftfartsnæringen, begynte de første landene å redusere de regulatoriske hindringene innenlands, og å framforhandle mer liberale bilaterale og*

---

<sup>103</sup> Håndhevingsdirektivet: Europa- Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/67/EU av 15. mai 2014 om håndheving av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, og om endring av forordning (EU) nr. 1024/2012 om forvaltningssamarbeid gjennom informasjonssystemet for det indre marked («IMI-forordningen»). – Fremmet i Prop.56 S (2018–2019).

<sup>104</sup> Endringsdirektivet: Europa-Parlamentet og Rådets direktiv (EU) 2018/957 af 28. juni 2018 om ændring af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser

<sup>105</sup> Forskrift om utsendte arbeidstakere, FOR-2005-12-16-1566.

<sup>106</sup> Se bl.a. ASDs Høringsnotat - Gjennomføring av Direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet, 6. juli 2020

<sup>107</sup> Artikkel 3 nr. 7 første ledd

<sup>108</sup> Direktivets artikkel 3 nr. 10

<sup>109</sup> Traktaten om Den Europeiske Unions Virkemåte, Avdeling IV, Kapittel 3, Tjenester, artikkel 56 flg., og EØS-loven, lov nr. 109/1992, § 1 med EØS-avtalens Hoveddel, Del III, Kapittel 3, Tjenester, artikkel 36 flg.

<sup>110</sup> Kap. 3.4 side 23

*multilaterale avtaler med andre land der stadig flere av luftfartens ni friheter ble inkludert, jf Boks 3.3. I USA ble markedet liberalisert i 1978. I EU skjedde liberaliseringen gradvis, gjennom tre såkalte luftfartspakker – i 1986, 1990 og 1992. Den tredje luftfartspakken (1992) innebærer at markedet for kommersiell transport av personer, gods og frakt nå er fullt ut liberalisert innad i EU/EØS. Gjennomføringen ble sluttført i 1997 da reglene om fri kabotasje (jf den niende friheten) trådte i kraft. Den fulle liberaliseringen innebærer at alle EU/EØS-borgere kan investere i, kontrollere og eie flyselskap i alle andre EU/EØS-land. Alle EU/EØS-flyselskaper som har lisens til å drive kommersiell flytransport, har rett til å etablere nye flyruter innenfor EU/EØS. Tildeling av lisens forutsetter at vedkommende flyselskap har en gyldig AOC (Air Operators Certificate), og at selskapet tilfredsstiller visse økonomiske soliditetskrav som framgår av liberaliseringsregelverket.»*

Luftfartens ni friheter, som det vises til i sitatet, viser mangfoldet av typetilfeller av internasjonal luftfart. Når vi skal analysere nasjonale myndigheters handlefrihet mht å motvirke sosial dumping m.v. innen internasjonal luftfart, gir beskrivelsen av de ni frihetene anvisning på en del typetilfeller som reglene kommer eller kan komme til anvendelse på. De ni frihetene er beskrevet slik av utvalget i «Boks 3.3» på side 24:

*«Luftfartens ni friheter*

*Internasjonal luftfart er organisert gjennom en lang rekke luftfartsavtaler mellom land eller grupper av land, som beskriver avtalepartenes rettigheter. Menyen av mulige rettigheter er kjent som luftfartens ni friheter (Freedoms of the Air). De ni frihetene dekker om – og under hvilke betingelser – flyselskap fra ett land kan operere i det andre landets territorium. Et flertall av verdens land har undertegnet avtalen som sikrer den første friheten: IASTA (International Air Services Transit Agreement). Tradisjonelle luftfartsavtaler inkluderer som regel også de tre neste frihetene, men vanligvis ikke flere.*

- 1. Retten til å fly over et fremmed land uten å lande der.*
- 2. Retten til å fylle drivstoff eller utføre vedlikehold i et fremmed land på vei til et tredje land.*
- 3. Retten til å fly fra ens eget land til et annet.*
- 4. Retten til å fly fra et annet land til ens eget.*
- 5. Retten til å fly mellom to fremmede land som en del av en flygning når flygningen begynner eller ender i eget land.*
- 6. Retten til å fly fra et fremmed land til et annet når man har en mellomlanding i ens eget land.*
- 7. Retten til å fly mellom to fremmede land uten at noen del av flygningen er innom ens eget land.*
- 8. Retten til å fly mellom to eller flere lufthavner i et fremmed land som del av en flygning som starter eller ender i ens eget land.*
- 9. Retten til å fly mellom to eller flere lufthavner i et fremmed land uten at flygningen har noen tilknytning til ens eget land (kabotasje).»*

### **8.3 Gjelder direktivet og de norske utsendingsreglene for luftfartssektoren?**

#### **8.3.1 Innledning**

Her skal vi behandle to problemstillinger. For det første om arbeidsmiljøloven § 1-7 og utsendingsforskriften gjelder for luftfartssektoren etter norske regler og for det andre om utsendingsdirektivet gjelder for luftfartssektoren.

### 8.3.2 Loven og forskriften i relasjon til luftfartssektoren

Vi ser først på hva lovgivers intensjon var ved gjennomføringen av utsendingsdirektivet i aml. 1977. Departementet uttalte om denne siden ved virkeområdet<sup>111</sup>:

*«Kommunal- og regionaldepartementet finn at når føresegnene for utsende arbeidstakarar blir tekne inn i arbeidsmiljølova, bør reglane få det same verkeområdet som arbeidsmiljølova, også når det gjeld petroleumsverksemda, jf arbeidsmiljølova § 2 nr. 3 og forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø i petroleumsvirksomheten av 27. november 1992.*

*Etter direktivet skal reglane ikkje gjelde for verksemdar i handelsflåten når det gjeld mannskapet om bord på skip. Det blir ikkje opna for unntak for verksemdar innanfor andre sektorar.»*

Som det fremgår, ble utsendingsreglene integrert i arbeidsmiljøloven og ble derved i utgangspunktet gitt samme virkeområde som loven hadde. Dette innebar at aml. 1977 kapittel XII B om utsendte arbeidstakere, som i sin helhet ble regulert i loven og ikke for noen del i forskrift, gjaldt for luftfartssektoren. Ved behandlingen av någjeldende arbeidsmiljølov av 2005 ble det ikke gjort noen endring på dette for så vidt gjelder den delen av utsendingsreglene som står i selve loven (§ 1-7). Det blir til enhver tid spørsmål om unntakshjemmelen i § 1-2 blir benyttet og eventuelt om den kan benyttes til å unnta utsendingsreglene fra luftfartssektoren.

I kapitlet om lovvalg etter de alminnelige lovvalgsreglene, har vi redegjort for i hvilken utstrekning arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter gjelder for luftfartssektoren. Loven har anvendelse på luftfartssektoren, men etter aml. § 1-2 andre ledd b) kan departementet gi forskrift om unntak fra loven for sivil luftfart og annen statsluftfart enn militær luftfart og om særregler for slik luftfart. Hovedforskriften om unntak fra loven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart, er «Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart mv.», FOR-2018-12-20-2182. I kapitlet om lovvalg har vi gjennomgått forskriftens bestemmelser. Det er ikke gjort unntak for utsendingsreglene i aml. § 1-7 eller i utsendingsforskriften. Derimot konstaterte vi at den tidligere, tilsvarende forskriften fra 1986<sup>112</sup> hadde en annen systematikk. Etter denne forskriftens § 10 gjaldt forskrifter med hjemmel i arbeidsmiljøloven for luftfartssektoren bare hvis og i den utstrekning dette ble bestemt i forskrifts form ved kgl. resolusjon. Og utsendingsforskriften, som trådte i kraft 1.1.2006, ble ikke uttrykkelig gjort gjeldende for luftfarten med hjemmel i denne bestemmelsen. Derimot gjaldt det ikke unntak for utsendingsreglene i selve loven; først i aml. 1977 kap. XII B i sin helhet og dernest i den delen av bestemmelsene som er gitt i någjeldende aml. § 1-7. Vi har konstatert at meningen var at 1986-forskriften skulle vært opphevet da 2018-forskriften avløste den med virkning fra 1.1.2019. Den ble imidlertid ikke opphevet, noe ASD nå opplyses å ville sørge for å gjøre etter å ha blitt gjort oppmerksom på feilen. Vi anser nå dette som avklart og konstaterer at også utsendingsforskriften gjelder for luftfartssektoren og at dette må vært gjeldende fra ikrafttredelsen av 2018-forskriften 1.1.2019.<sup>113</sup>

Konklusjonen er at aml. § 1-7 og utsendingsforskriften er ment å gjelde for luftfartssektoren.

---

<sup>111</sup> Ot prp nr 13 (1999-2000) kap. 5.3 side 19

<sup>112</sup> Forskrift om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. for sivil luftfart; FOR-1986-02-21-540

<sup>113</sup> I kapitlet om lovvalg viser vi til at lovgiverviljen har vært klar i hvert fall siden 2018-forskriften ble gitt og at dette bør tilsi at lex anterior-prinsippet får anvendelse slik at 1986-forskriften må vike for 2018-forskriften selv om den ikke ble formelt opphevet.



### 8.3.3 Direktivet og transportsektoren

Det andre spørsmålet er om *utsendingsdirektivet* gjelder for flygende arbeidstakere i sivil luftfart.

Direktivet har unntak bare for én sektor. Det får ikke anvendelse på «foretak i handelsflåten med hensyn til skipsbesetningen.»<sup>114</sup>

EU-domstolen har vurdert om utsendingsdirektivet har et mer vidtfavnende unntak, som ikke er uttalt i direktivet selv. Spørsmålet er om det faller utenfor transportsektoren av den grunn at traktathjemmelen for direktivet ikke omfatter denne sektoren<sup>115</sup>. I så fall ville dette kunne føre til at flytransport faller utenfor direktivets virkeområde. Dette ville i så fall innebære at den traktatfestede retten til tjenesteutøvelse over landegrensene innen EØS-området kan skje uten at vertslandet har det verktøyet til å beskytte seg mot sosial dumping som utsendingsdirektivet er og uten at de utsendte arbeidstakerne får den samme kjernen av rettigheter som vertslandets arbeidstakere (minst) har, hvis disse er gunstigere enn de rettighetene som gjelder i deres arbeidsforhold.

EU-domstolen har avklart den usikkerheten som *Dobersberger-dommen* i 2019 etterlot, ved en avklarende dom i 2020<sup>116</sup> der den fastslo at den eneste sektoren som er unntatt, er den maritime. Direktivet knytter seg til traktatens bestemmelse om fri adgang til tjenesteutøvelse over landegrensene, og dette gir grunnlag for et juridisk resonnement som medfører at manglende forankring i traktathjemmelen for tjenester i transportsektoren ikke får betydning:

*«32 Hvad angår artikel 1, stk. 2, i direktiv 96/71 udelukkes kun levering af tjenesteydelser, som involverer besætningen i handelsflåden, fra anvendelsesområdet for dette direktiv.*

33 *Det følger heraf, at dette direktiv med undtagelse af sidstnævnte tjenesteydelser principielt finder anvendelse på enhver levering af tjenesteydelser over grænserne, som indebærer udstationering af arbejdstagere, uanset hvilken erhvervssektor en sådan levering er tilknyttet, herunder dermed vejtransportsektoren.*

...

40 *Det følger af det ovenstående, at den omstændighed, at direktiv 96/71 er støttet på EF-traktatens bestemmelser om den frie udveksling af tjenesteydelser, uden at dets retsgrundlag endvidere indeholder bestemmelser om transport, ikke kan udelukke tjenesteydelser over grænserne i sektoren for vejtransport af navnlig gods fra direktivets anvendelsesområde.*

41 *Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at direktiv 96/71 skal fortolkes således, at det finder anvendelse på tjenesteydelser over grænserne i vejtransportsektoren.»*

Det som her er uttalt om veitransportsektoren, må gjelde tilsvarende for lufttransportsektoren.

---

<sup>114</sup> Direktivets art. 1 nr. 2.

<sup>115</sup> EU-domstolens dom av 12.9.2019 i sak C-16/18, *Dobersberger*, avsn. 24 (avsagt av stor avdeling)

<sup>116</sup> EU-domstolens dom av 1.12.2020 i sak C-815/18, *Van den Bosch*. (Også denne er avsagt av stor avdeling)

Ikke alle medlemslandene legger til grunn at utsendingsreglene skal omfatte luftfartssektoren. I VOW-rapporten<sup>117</sup>, der undersøkelsene ble utført før Van den Bosch-dommen kom i 2020, gis en oversikt over gjennomføringen av utsendingsdirektivet for luftfartssektoren i medlemslandene, og de sammenfatter undersøkelsen slik (side 41 og 44):

«100. The first question asked whether the national rules on posting of workers (which have implemented the EU Posting of Workers Directive) are applicable to the aviation sector and to the aircrew workers. It became apparent that the vast majority of Member States does apply the posting of worker rules to aircrew. This is logical, as in the reasoning of the EU Commission, as well as of various national experts, the Posting of Workers Directive only foresees an explicit exemption for (maritime) seafaring workers. A contrario, this means that all other sectors or workers should fall under the scope of the EU Posting of Workers Directive and therefore also the national implementing rules should capture these workers under their scope.

...

112. In conclusion, most Member States do partially or fully apply the posting rules to aircrew, yet there is quite some variation in the application and it seems problematic that some Member States officially or unofficially exclude aircrew from the scope of application while there does not seem to be any EU provision that allows for such an exemption».

#### 8.4 Forholdet mellom utsendingsreglene og de alminnelige lovvalgsreglene

Utsendingsreglene er spesialregler om lovvalg og har fortrinn fremfor lovvalget etter de alminnelige lovvalgsreglene. De kommer innen sitt virkeområde til anvendelse uansett «hvilket lands rett som for øvrig regulerer arbeidsforholdet», jfr. direktivets artikkel 3 nr. 1 og utsendingsforskriftens § 3 første ledd.

Dette innebærer at innen utsendingsreglenes virkeområde gjelder to sett lovvalgsregler for de samme arbeidstakerne, med forrang for de som er gitt i direktivet og de nasjonale gjennomføringsreglene for dette, fremfor de alminnelige lovvalgsreglene. Normalt er arbeidsforholdet regulert av *utsendingslandets rett*. Denne betegnes gjerne *bakgrunnsretten*.<sup>118</sup> Betegnelsen «hjemstatens rett», som også brukes, er upresis<sup>119</sup>. Det kan være ment stedet der arbeidsgiver er etablert, der arbeidet utføres eller der arbeidstakeren har sin bopel og f.eks. er tilordnet trygdellovgivningen og annen offentligrettslig lovgivning. Og partene kan på gyldig måte ha valgt et annet lands rett enn noen av disse, noe vi har gjennomgått i kapitlet om lovvalg etter de alminnelige lovvalgsreglene. For flygende personell knytter disse spørsmålene seg gjerne til de *rettslige* begrepene *base* og *hjemmebase*, og den *praktiske* betegnelsen *sekundærbase*, noe vi kommer tilbake til.

Reglene byr på denne bakgrunn på utfordringer mht virkeområdet. Det må foretas grensedragninger i to relasjoner:

- a) Grensedragning mot anvendelsen av *utsendingslandets rett* (bakgrunnsretten)

---

<sup>117</sup> Rapporten er omtalt flere steder i utredningen: «REPORT - THE APPLICATION OF THE EU POSTING RULES TO AIRCREW, av Dr. Gautier Busschaert and Dr. Pieter Pecinovsky, 12 December 2019» Forfatterne tilhører advokatfirmaet Van Olment & Wynant og rapporten er utført på oppdrag av EU-Kommisjonen.

<sup>118</sup> Se bl.a. Marie Nesvik, Beskyttelse av arbeidstakeren i internasjonal privatrett», UiO 2018, kap. 10.2.5 side 340.

<sup>119</sup> Marie Nesvik, s.s.

- b) Grensedragnings mot full anvendelse av *vertslandets rett* i kraft av de alminnelige lovvalgsreglene

Vi har i et eget kapittel gjennomgått Norges og EUs, respektive, alminnelige lovvalgsregler med særlig fokus på luftfartsvirksomhet som drives over landegrensene i det liberaliserte luftfartsmarkedet. Vi kommer i dette kapitlet til å vende tilbake til virkeområdet for norsk lovvalg i den utstrekning de må avgrenses mot virkeområdet for utsendingsreglene.

## 8.5 Virkeområdet for utsendingsreglene: Utsendt arbeidstaker, utsending av arbeidstaker og reell utsendingssituasjon

De norske gjennomføringsreglene er gitt dels i arbeidsmiljøloven og dels i forskrift.<sup>120</sup>

### 8.5.1 Virkeområdet i arbeidsmiljølovens § 1-7

I aml. § 1-7 er virkeområdet utformet slik, i samsvar med direktivets artikkel 1:

*«§ 1-7. Utsendt arbeidstaker*

*(1) Med utsendt arbeidstaker menes arbeidstaker som i et begrenset tidsrom arbeider i et annet land enn det arbeidsforholdet vanligvis er knyttet til.*

*(2) Utsending av arbeidstaker anses å foreligge når en utenlandsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting:*

*a) etter avtale med en mottaker av tjenesteytelse i Norge, sender en arbeidstaker til Norge for egen regning og risiko og under egen ledelse, eller*

*b) sender en arbeidstaker til et forretningssted eller virksomhet i Norge som inngår i konsernet, eller*

*c) i egenskap av å være vikarbyrå eller annen virksomhet som stiller arbeidstakere til rådighet, sender arbeidstakere til en virksomhet i Norge.*

*(3) Utsending av arbeidstaker anses også å foreligge når en norsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting sender en arbeidstaker til et annet land innenfor EØS-området»*

### 8.5.2 Håndhevingsdirektivets og utsendingsforskriftens utdypende bestemmelser

Her begynner vi fremstillingen med en redegjørelse for det andre direktivet om utsending; *håndhevingsdirektivet*.<sup>121</sup> Dette ble i 2017 gjennomført i utsendingsforskriften ved en endringsforskrift<sup>122</sup>. ASD beskriver bakgrunnen for og innholdet i håndhevingsdirektivet slik i det forannevnte høringsnotatet om endringsdirektivet, som ennå ikke er gjennomført i Norge:

*«Håndhevingsdirektivet ble vedtatt i EU 15. mai 2014 og har som formål å styrke gjennomføringen og etterlevelsen av reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av utsendingsdirektivet.*

<sup>120</sup> Da direktivet første gang ble gjennomført i Norge, gjaldt arbeidsmiljøloven av 1977 (lov nr. 4/1977), og reglene ble i sin helhet inntatt i loven som nytt kapittel XII B ved lov nr. 3/2000.

<sup>121</sup> EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2014/67/EU av 15. mai 2014 om håndheving av direktiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, og om endring av forordning (EU) nr. 1024/2012 om forvaltningssamarbeid gjennom informasjonssystemet for det indre marked («IMI-forordningen») [Håndhevingsdirektivet om utsending av arbeidstakere]

<sup>122</sup> Forskrift om endring i forskrift om utsendte arbeidstakere, FOR-2017-06-28-1055

Håndhevingsdirektivet ble gjennomført i norsk rett fra 1. juli 2017 med endringer i arbeidsmiljøloven, forskrift om utsendte arbeidstakere og SI-forskriften.

Bakgrunnen for å vedta et eget direktiv om håndhevingen av utsendingsdirektivet var først og fremst de mange utfordringene knyttet til tolkningen og implementeringen av utsendingsdirektivet som var avdekket i EØS-landene, særlig med hensyn til manglende håndheving og etterlevelse av reglene. Håndhevingsdirektivet gir dermed regler som er direkte knyttet til utsendingsdirektivet, gjennom å styrke håndhevingen og etterlevelsen av reglene om arbeids- og ansettelsesvilkår som følger av utsendingsdirektivet. Slik sett er direktivene komplementære og er ment å være gjensidig forsterkende.

Håndhevingsdirektivet fokuserer særlig på å sikre bedre informasjon om gjeldende regelverk og styrket myndighetssamarbeid på tvers av landegrensene. Direktivet søker å balansere statenes behov for effektive kontrolltiltak og mekanismer som hindrer at utsendte arbeidstakere utsettes for sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, mot utsendingsvirksomhetenes behov for forutsigbarhet og klarhet med hensyn til hvilke regler som gjelder når de yter tjenester på tvers av landegrensene.

Direktivet inneholder blant annet regler som skal gi tilsynsmyndighetene veiledning i vurderingen av hva som er reell utsending av arbeidstaker. En definisjon av utsending av arbeidstaker er gitt i utsendingsdirektivet, men innholdet er klargjort i håndhevingsdirektivet for å forhindre misbruk og omgåelser av regelverket.

Videre har håndhevingsdirektivet regler som forplikter EØS-landene til å gi tilstrekkelig informasjon om hvilke arbeids- og ansettelsesvilkår som gjelder for utsendte arbeidstakere, og regler om forsterket myndighetssamarbeid mellom medlemslandene. Videre har direktivet regler om hvilke nasjonale kontrollmekanismer som kan innføres i nasjonal rett.»

Nødvendigheten av å styrke oppnåelsen av utsendingsdirektivets formål og myndighetenes kontroll med at direktivet blir etterlevd, ble tydelig fremhevet i fortalen til håndhevingsdirektivet. Vi gjengir noen av punktene i fortalen:

«1) Fri bevegelighet for arbeidstakere, etableringsadgang og adgang til å yte tjenester er grunnleggende prinsipper for det indre marked i Unionen og er nedfelt i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). Gjennomføringen av disse prinsippene er videreutviklet av Unionen med henblikk på å sikre like vilkår for virksomheter og overholdelse av arbeidstakeres rettigheter.

..5) For å sikre at direktiv 96/71/EF overholdes uten at tjenesteyterne pålegges en unødvendig administrativ byrde, er det viktig at de faktiske forholdene som det vises til i dette direktivets bestemmelser om identifisering av reell utsending og forebygging av misbruk og omgåelse av regler, anses som veiledende og ikke-uttømmende. Særlig bør det ikke være et krav om at alle forhold må foreligge ved hvert tilfelle av utsending.

7) For å forebygge, unngå og bekjempe at foretak misbruker og omgår gjeldende regler ved på urettmessig eller bedragerisk vis å utnytte adgangen til å yte tjenester i henhold til TEUV og/eller anvendelsen av direktiv 96/71/EF, bør gjennomføringen og overvåkingen av begrepet «utsending» forbedres, og på unionsplan bør det innføres mer ensartede bestemmelser som forenkler en felles tolkning.

8) De faktiske forholdene som kjennetegner utsendingens midlertidige karakter, og vilkåret om at arbeidsgiveren må være reelt etablert i medlemsstaten som arbeidstakeren er utsendt fra, må derfor undersøkes av vedkommende myndighet i vertsstaten og, ved behov, i tett samarbeid med etableringsstaten.»

På bakgrunn av bl.a. disse betraktningene er det i håndhevingsdirektivets artikkel 4 gitt regler om «Identifikasjon af en ægte udstationering og hindring af misbrug og omgåelse».

Etter artikkel 4 nr. 2 skal myndighetene «gjøre en samlet vurdering av alle de faktiske forhold som belyser den virksomheten som foretaket over lengre tid utøver i etableringsstaten og, ved behov, i vertsstaten», når det skal avgjøres om et foretak utøver «reell virksomhet av betydelig omfang, og ikke bare intern forvaltning og/eller administrasjon». Denne bestemmelsen, med listen over relevante momenter ved vurderingen, er gjennomført i utsendingsforskriftens § 2 andre ledd.

Etter artikkel 4 nr. 3 skal det ved vurderingen av «om en utsendt arbeidstaker midlertidig utfører sitt arbeid i en annen medlemsstat enn den vedkommende vanligvis arbeider i,» foretas en helhetsvurdering der relevante momenter er listet opp. Denne bestemmelsen er gjennomført i utsendingsforskriftens § 2 første ledd.

Gjennomføringen av håndhevingsdirektivet ble gjort med endringsforskriften FOR-2017-06-28-1055.

I høringsnotatet<sup>123</sup> forut for endringen av forskriften, uttalte ASD bl.a.<sup>124</sup>:

*«Håndhevingsdirektivet artikkel 4 dreier seg om hvordan myndighetene skal avgjøre om det foreligger en reell utsendingssituasjon. Artikkel 4 nr. 1 slår fast at det skal gjøres en helhetlig vurdering av alle relevante faktiske omstendigheter, inkludert de momentene som er angitt i nr. 2 og 3 i bestemmelsen. Disse momentene knytter seg både til utsendingsvirksomheten og den utsendte arbeidstakeren. Hensikten er først og fremst å gi nasjonale myndigheter veiledning for å kunne avdekke omgåelser og misbruk av utsendingsregelverket. Listen over momenter er ikke ment å være uttømmende. Dette er ikke absolutte vilkår, men en rettesnor for vurderingen av om det foreligger en reell utsendingssituasjon.»*

Utsendingsforskriftens § 2, som gjennomfører håndhevingsdirektivets artikkel 4, gjengir vi i sin helhet slik den lyder etter endringen i 2017:

*«§ 2. Vurdering av om det foreligger utsending av arbeidstakere*

*Når det tas stilling til om en arbeidstaker arbeider i et begrenset tidsrom i et annet land enn det arbeidsforholdet vanligvis er knyttet til, jf. arbeidsmiljøloven § 1-7 første ledd, skal det gjøres en samlet vurdering av arbeidet og arbeidstakers situasjon, hvor blant annet følgende momenter kan inngå:*

- a) om arbeidet blir utført i en begrenset periode i Norge,*
- b) tidspunktet utsendingen ble påbegynt,*
- c) om utsendingen finner sted til et annet land enn der arbeidstakeren vanligvis arbeider,*
- d) om arbeidstakeren returnerer til eller forventes å skulle gjenoppta arbeidet i det landet arbeidstakeren ble utsendt fra,*
- e) typen aktivitet som utføres,*
- f) om utgifter til reise, kost og losji dekkes av den arbeidsgiveren som utsender arbeidstakeren, og i tilfellet hvordan utgiftsdekningen gjennomføres,*

---

<sup>123</sup> Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett, Arbeids- og sosialdepartementet 13. januar 2016

<sup>124</sup> Punkt 2.2.1 side 10

- g) tidligere perioder den samme eller en annen arbeidstaker har vært utsendt for det samme arbeidet.

Når det tas stilling til om en virksomhet driver reell virksomhet i etableringslandet, utover intern forvaltning eller administrasjon, skal det gjøres en samlet vurdering av de aktiviteter som kjennetegner virksomheten, hvor blant annet følgende momenter kan inngå:

- a) hvor virksomheten har sitt hjemsted og administrasjon, har kontorer, betaler skatter og sosiale avgifter, har fått tildelt driftstillatelse eller er registrert i en yrkessammenslutning,
- b) hvor arbeidstakeren ansettes og utsendes fra,
- c) hvilke lands lovgivning som kommer til anvendelse på arbeidsavtaler og kontrakter som virksomheten inngår med sine kunder,
- d) det sted virksomheten utøver sine viktigste forretningsaktiviteter og har ansatt sitt administrative personale,
- e) antall utførte oppdrag eller størrelsen på omsetningen i etableringsstaten, men likevel slik at det skal tas hensyn til om virksomheten er nyetablert og dens størrelse.»

Bakgrunnen for siste ledd om kriteriene for «reell virksomhet» er som foran nevnt forklart i fortalen og slik i høringsnotatets punkt 2.2.1 side 10:

«Artikkel 4 nr. 2 gjelder utsendingsvirksomheten, og inneholder en liste med momenter som nasjonale myndigheter kan ta i betraktning når de skal avgjøre om en utsendingsvirksomhet driver reell virksomhet i etableringsstaten. Med reell virksomhet forstås i utgangspunktet at virksomheten må drive med vesentlige aktiviteter utover rene interne og administrative aktiviteter. Det skal gjøres en samlet vurdering av de aktiviteter virksomheten har drevet over tid i etableringsstaten, og om nødvendig, i vertsstaten.»

Dette har til hensikt å hindre omgåelser ved at virksomheten utgir seg for å være etablert i et annet land enn der virksomheten reelt sett ligger. En slik omgåelse kan være motivert i et ønske om å utnytte lave personalkostnader gjennom et fiktivt lovvalg for lønn og sosiale kostnader m.v., og med tilhørende jurisdiksjon («forum shopping»).

### 8.5.3 Arbeidstakerbegrepet og omgåelser av det – «bogus self-employment»

I kapitlet om lovvalg etter de alminnelige lovvalgsreglene har vi behandlet arbeidstakerbegrepet i de ulike delene av EUs lovgivning, inkludert EUs regler om lovvalg og jurisdiksjon. Direktivet bestemmer for sitt virkeområde at det er arbeidstakerbegrepet i vertslandets rett som gjelder. Utsendingsdirektivet definerer *utsendt arbeidstaker* slik i artikkel 2 nr. 2:

«2. I dette direktiv defineres arbeidstaker på samme måte som i lovgivningen til den medlemsstat arbeidstakeren er utsendt til.»

Vi gjennomgår ikke her innholdet i det ufravikelige arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven og annen arbeidsrettslig verne Lovgiving<sup>125</sup>. Derimot vil vi konsentrere fremstillingen om det som er

---

<sup>125</sup> Jfr. aml. § 1-8 og ferieloven (lov nr. 21/1988) § 2 nr. 1. I kapitlet om lovvalg har vi behandlet arbeidstakerbegrepet i ulike rettsakter i EUs lovgivning. Vi viser bl.a. til NOU 2021:9, «Den norske modellen»

spesifikt for luftfarten i relasjon til utsendingsreglene mht mulige omgâelser i form av avtaler med flygende personell om tjenesteutvælse, noe ogsâ EU er opptatt av å bekjempe. Fiktive arrangementer med dette formålet betegnes i kildene ofte som «*bogus self-employment*».

Å motvirke slike omgâelser er et av formålene med håndhevingsdirektivet. I *fortalen til håndhevingsdirektivet* er det uttalt at et av dets formål er å motvirke omgâelser av arbeidstakerrettighetene ved at arbeidstaker og arbeidsgiver definerer forholdet som et oppdragsforhold mellom oppdragsgiver og selvstendig oppdragstaker:

*«(10) Bestemmelsene i dette direktiv med hensyn til gjennomføring og overvåking av utsending kan ogsâ forenkle vedkommende myndigheters arbeid med å identifisere arbeidstakere som på uriktig grunnlag oppgis å være selvstendig næringsdrivende. I samsvar med direktiv 96/71/EF er den relevante definisjonen av «arbeidstaker» den definisjonen som anvendes i lovgivningen i den medlemsstat hvis territorium en arbeidstaker er utsendt til. En ytterligere avklaring og bedre kontroll fra vedkommende myndigheters side vil kunne styrke rettssikkerheten og være et viktig redskap for effektivt å bekjempe falsk selvstendig virksomhet og sikre at utsendte arbeidstakere ikke på uriktig grunnlag oppgis å være selvstendig næringsdrivende, og på den måten bidra til å forebygge, unngå og bekjempe omgâelse av gjeldende regler.»*

Dette punktet gjelder motarbeidelsen av omgâelser av arbeidstakervernet ved at forholdet avtales som et oppdragsforhold og ikke arbeidsforhold. Arbeidstakerbegrepet i utsendingsdirektivet er vertslandenes arbeidstakerbegreper, jfr. utsendingsdirektivets artikkel 2 nr. 2. Punkt 10 i fortalen til håndhevingsdirektivet er fulgt opp med *artikkel 4 nr. 5* som har dette innholdet:

*«5. Forholdene omhandlet i denne artikkel og som vedkommende myndigheter bruker i den samlede vurderingen når de skal avgjøre om en situasjon er en reell utsending, kan ogsâ brukes til å avgjøre om en person er en arbeidstaker i henhold til gjeldende definisjon i artikkel 2 nr. 2 i direktiv 96/71/EF. Medlemsstatene bør la seg veilede av blant annet konkrete forhold rundt utførelsen av arbeidet, underordningsforhold og godtgjøring av arbeidstakeren, uansett hvordan forholdet mellom partene er beskrevet i en overenskomst, enten den er avtalefestet eller ikke, som partene har inngått.»*

ASD uttalte om denne bestemmelsen i høringsnotatet:

*«Etter artikkel 4 nr. 5 kan momentene i artikkel 4 ogsâ gi veiledning når det skal avgjøres om en person er arbeidstaker i henhold til utsendingsdirektivet artikkel 2 nr. 2. Artikkel 4 nr. 5 siste setning peker på enkelte særskilte momenter som kjennetegner et arbeidstakerforhold og viser til at det skal ses hen til de reelle forhold, og ikke bare det som måtte følge av arbeidsavtalen.»*

Bestemmelsen innebærer at momentlisten i utsendingsforskriftens § 2 er relevante momenter ogsâ ved bedømmelsen av om det foreligger et arbeidsforhold eller en omgâelse i form av en konstruksjon av et oppdragsforhold med oppdragstaker, selvstendig næringsdrivende e.l. ASD fant det ikke nødvendig å gjøre dette klart i forskriften:

*«Det følger av utsendingsdirektivet artikkel 2 nr. 2 at arbeidstaker skal defineres i samsvar med lovgivningen i vertslandet. Håndhevingsdirektivet artikkel 4 nr. 5 peker på at de samme momentene som følger av artikkel 4 nr. 2 og 3 ogsâ kan tas med i vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold. I tillegg angir artikkelen enkelte andre elementer som kan bidra til å avklare forholdet.»*

---

og fremtidens arbeidsliv - Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering», kap. 8.1 side 163 flg., inkludert kap. 8.1.4 «Det EU-rettslige arbeidstakerbegrepet», side 167 flg. og 8.1.5 «Arbeidstakerbegrepets betydning for rettigheter og plikter», side 169 flg.

*Håndhevingsdirektivet er ikke ment å endre utsendingsdirektivets definisjon av arbeidstakerbegrepet. Det skal fortsatt være nasjonal rett som legges til grunn. Etter departementets vurdering krever ikke artikkel 4 nr. 5 endringer i norsk rett.»*

Vi tar ytterligere med fra høringsnotatet om håndhevingsdirektivet:

*«Som det fremgår av direktivteksten er ikke listen over momenter uttømmende, men er ment som en veiledning for vurderingen av om det foreligger en reell utsendingssituasjon. Myndighetene kan derfor velge å legge vekt på andre relevante momenter, for eksempel om arbeidstakeren er i besittelse av en trygdeattest (A1) som utstedes bl.a. til arbeidstakere som er utsendt til et annet EØS-land.*

*Flere av momentene knytter seg til forhold i etableringslandet, som det kan være krevende for myndighetene i vertslandet å innhente opplysninger om. Bestemmelsen her må imidlertid ses i sammenheng med artikkel 6 om administrativt samarbeid, som forutsetter at norske myndigheter kan be andre lands myndigheter om bistand til å innhente opplysningene, se kapittel 4.*

*Manglende oppfyllelse av ett eller flere av momentene vil ikke i seg selv ekskludere virksomheten eller arbeidstakeren fra å omfattes av utsendingsregelverket. Det skal gjøres en samlet og konkret vurdering av alle relevante momenter som foreligger i den enkelte utsendingssituasjon. Vurderingen skal også tilpasses de særlige forhold som kjennetegner situasjonen, for eksempel om virksomheten er nyetablert.»*

Kontroll med slike omgåelsesforsøk bør være en sentral oppgave for Luftfartstilsynet.

Vi gjengir i det følgende fra VOW-rapporten<sup>126</sup> fra 2019 som ble utarbeidet på oppdrag av EU-kommisjonen. Rapporten understreker at håndhevingen av utsendingsreglene uten å gjennomføre tiltak mot omgåelser av arbeidstakerdefinisjonen, vil stimulere flyselskaper og bemanningsselskaper til omgåelser ved behandle flypersonell som selvstendige tjenesteutøvere for å spare sosiale kostnader m.v.:

*«In conclusion, addressing the posting of workers issue without acting on the problem of bogus self-employment in the aviation industry would only encourage the practice of air carriers and intermediary companies towards declaring more of their aircrew as self-employed workers in order to avoid social costs.»<sup>127</sup>*

*Rapporten bygger på egne og andres undersøkelser som viser at problemet er økende, spesielt for flygernes vedkommende, og at også arbeidstakerne medvirker til det. Interessen ligger for partene i å spare skatt og trygdeavgifter etc., og for arbeidsgiver er det et forsøk på å unngå arbeidsgiveransvaret. Rapporten viser til Ricardo-rapporten<sup>128</sup> og til det arbeidet som gjøres av OECD og EU for å motarbeide omgåelsesproblemet<sup>129</sup>:*

*«5.b Self-employed aircrew workers or contractors (posting only applies to employees)*

---

<sup>126</sup> «VOW-rapporten»: REPORT - THE APPLICATION OF THE EU POSTING RULES TO AIRCREW, av Dr. Gautier Busschaert and Dr. Pieter Pecinovskiy, 12 December 2019, fra Van Olmen & Wynant på oppdrag fra EU-Kommisjonen

<sup>127</sup> Kapittel 5.4 side 98

<sup>128</sup> Ricardo-rapporten: "Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market - Final report, Study contract no. DG MOVE/E1/2017-556. Rapporten refereres til som utgitt i 2019; den er datert 29.01.2018 og er utarbeidet på oppdrag fra EU-kommisjonen av «Ricardo Energy & Environment, a trading name of Ricardo-AEA Ltd».

<sup>129</sup> Kapittel 4.5b side 78



242. The studies and our own questionnaire made clear that more and more air carriers are shifting their employees towards independent forms of employment, especially for pilots the status of self-employed is becoming a standard practice. Of course, this seems the perfect way to avoid the application of the Posting of Workers Directive, and most other EU social rules (except safety provisions). However, national authorities should be very aware of bogus self-employment.<sup>102</sup><sup>130</sup>

243. Bogus self-employment is defined by the OECD as consisting of 'people whose conditions of employment are similar to those of employees, who have no employees themselves, and who declare themselves (or are declared) as self-employed simply to reduce tax liabilities, or employers' responsibilities'.<sup>103</sup><sup>131</sup> The EU Commission refers a similar definition:

*"Often referred to as false self-employment or dependent self-employment, this is commonly understood as involving persons/workers registered as self-employed whose conditions of employment are de facto dependent employment. National legislation and/or court decisions determine this status. This employment status is used to circumvent tax and/or social insurance liabilities, or employers' responsibilities."*<sup>104</sup><sup>132</sup>

Rapporten viser deretter til at EU-domstolens har anvendt tre kriterier ved avgjørelsen av om det foreligger et arbeidstaker-/arbeidsgiverforhold og ikke selvstendig tjenesteutøvelse:

«The CJEU<sup>133</sup> has laid down three main criteria to be qualified as an employee:

- Whether there is an authority relationship <sup>105</sup><sup>134</sup>;
- Whether workers form part of the employer's economic unit <sup>106</sup><sup>135</sup>;
- Whether there is a relation of subordination <sup>107</sup>.<sup>136</sup> »

Vi vil understreke at det må skilles mellom de regelverkene der virkeområdet er bestemt ved et EU-rettslig arbeidstakerbegrep, og de regelverkene der virkeområdet er bestemt ved de nasjonale arbeidstakerbegrepene. Som vi har påpekt foran, er det de nasjonale arbeidstakerbegrepene som gjelder for utsendingsdirektivet, og det er da det norske begrepet i aml. § 1-8 som skal benyttes ved utsending til Norge i henhold til utsendingsreglene i aml. § 1-7 og utsendingsforskriften. Og det er derved også dette begrepet Luftfartstilsynet skal bygge på ved sitt tilsyn og sin kontroll med at utsendingsreglene blir fulgt. Vi tar for sammenhengens skyld med den konsentrerte fremstillingen av vurderingsmomentene for det norske arbeidstakerbegrepet som utvalget gir i NOU 2021:9<sup>137</sup>:

---

<sup>130</sup> Note 102: See Ricardo Study 2019, 98 e.v.

<sup>131</sup> Note 103: OECD, Employment Outlook 2014, Paris.

<sup>132</sup> Note 104 European Commission, Glossary of DG EMPL, [https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1323&langId=en#chapter\\_B](https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1323&langId=en#chapter_B).

<sup>133</sup> CJEU = EU-domstolen (The Court of Justice of the European Union)

<sup>134</sup> Note 105: EU-domstolens dom av 4. desember 2014, sak C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden

<sup>135</sup> Note 106: EU-domstolens dom av 16. desember 1975, saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 and 114/73, Suiker Unie UA e.a. v CE.

<sup>136</sup> Note 107: EU-domstolens dom av 11. november 2010, sak C-232/09, Dita Danosa v LKB Lizings SIA.

<sup>137</sup> NOU 2021:9, «Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv», kap. 8.1.2 side 165

«Boks 8.1 Momenter ved vurdering av om det foreligger et arbeidstakerforhold arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning, arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet, arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse, arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet, arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn, tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister, det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver

Det problemfeltet vi behandler her, ble også tatt opp av utvalget i NOU 2019: 22 «Fra statussymbol til allemannseie – norsk luftfart i forandring», kapittel 6.5.1 om utvalgets anbefalinger. Til forskjell fra VOW-rapporten og Ricardo-rapporten, mener utvalget at «bruken av selvstendig næringsdrivende eller enmannsforetak ikke er en relevant problemstilling i norsk luftfart i dag<sup>138</sup>».

Utvalget finner likevel «grunn til å vurdere fenomenet noe nærmere» og fortsetter:

«Det kan ikke utelukkes at denne bemanningsformen blir benyttet av flyselskaper som i sin tur yter sine tjenester til norske flyselskaper i form av 'wet lease' eller andre produksjonsformer. Dersom fenomenet får større utbredelse i europeisk luftfart kan det heller ikke utelukkes at ordningen vil bli forsøkt introdusert som en del av norsk luftfart.»

Vi behandler wet lease i relasjon til bestemmelsen i aml. § 1-7 andre ledd punkt a), om utsendingsalternativet «etter avtale med en mottaker av tjenesteytelser i Norge, sender en arbeidstaker til Norge for egen regning og risiko og under egen ledelse». Vi kommer nedenfor inn på bruken av wet lease i kombinasjon med selvstendige tjenesteutøvere (eventuelt «bogus self-employment»), men problemet med omgåelsesforsøk i form av registrering som selvstendig tjenesteutøver er rapportert å være atskillig mer utbredt internasjonalt enn det utvalget formidler fra et norsk ståsted. Omfanget av bruken av selvstendig tjenesteutøvere, uttrykkes slik i VOW-rapporten med henvisning til de undersøkelser som er gjengitt i Ricardo-rapporten (understrekt her):

«245. According to the Ricardo Study, around 9% of the pilots are declared as self-employed. <sup>108</sup><sup>139</sup> This number is significantly higher among low cost carriers. The Ricardo Study also made clear that almost all self-employed pilots do not consider that they are free to work for more than one air carrier in parallel (90%), and that they have complete flexibility to decide when and how many hours they fly (93%). <sup>109</sup><sup>140</sup> This indicates that there is a major issue with bogus self-employment. Especially pilots and cabin crew hired through temporary employment agencies or wet leasing companies seem to be often declared as self-employed, while it seems completely at odds with their actual working conditions and the relation with the air carriers they are working for. <sup>110</sup><sup>141</sup>»

---

<sup>138</sup> Side 124

<sup>139</sup> Note 108: 08 Ricardo Study 2019, 101.

<sup>140</sup> Note 109: Ricardo Study 2019, 105-106.

<sup>141</sup> Note 110 Ricardo Study 2019, 102

Når det gjelder bedømmelsen av om et arrangement med selvstendig tjenesteutøver er en omgåelse av ufravikelige arbeidstakerrettigheter (og skatte- og avgiftsforpliktelser), slutter vi oss til VOW-rapportens beskrivelse<sup>142</sup> (understrekning av oss):

*«244. The Member States have their own criteria but usually the most important element is the relation of subordination. The Ricardo Study used two specific criteria to identify bogus self-employment amongst pilots:*

*The extent that self-employed pilots are free to work for more than one air carrier; and The extent that self-employed pilots have complete flexibility to decide when and how many hours they fly.*

*These criteria are obviously related to the main criteria of forming part of the employer's unit and the relation of subordination. Therefore, a pilot or cabin crew member who always or mostly works for the same air carrier and does not really have any say in which flights he or she will perform or to which secondary base he or she is transferred, seems at odds with the self-employed status. In contrast, e.g. a pilot who offers his services to several carriers, or only temporary works for certain carriers and who has a certain degree of freedom in the choice of his flights, should not fall under the scope of the Directive. »*

I NOU 2019:22 gir utvalget en beskrivelse som er hentet fra den generelle og tradisjonelle grensedragningen etter norsk rett. Kriteriene er lite treffende for den grensedragningen som må foretas overfor angivelig selvstendige piloter og kabinbetjening. Til dette formålet er EU-domstolens tolkningsuttalelser, VOW-rapporten og Ricardo-rapporten, gjengitt ovenfor, mer tilpasset den aktuelle gruppen.

Utvalget skriver<sup>143</sup>:

*«Når en ser listen over de momentene som trekker i retning av at en pilot faktisk skal regnes som selvstendig næringsdrivende, er det nokså opplagt at mange piloter ikke vil være det. Det taler for næringsvirksomhet når: (1) Oppdragstakeren leder arbeidet og er ansvarlig for arbeidsresultatet, (2) oppdragstakeren kan sette bort jobben til andre eller kan bestemme seg for å bruke egne ansatte, (3) oppdragstakeren styrer sin egen arbeidstid, (4) oppdraget er klart avgrenset, (5) det er avtalt en fast pris for oppdraget og (6) oppdragstakeren benytter egne hjelpemidler, materialer og verktøy for å utføre jobben. Det er ikke slik at alle disse vilkårene må være innfridd for at for men selvstendig næringsdrivende skal bli godkjent. Utvalget mener disse momentene er godt egnet til å trekke grensen mellom legitim og ikke legitime former for bruk av selvstendig næringsdrivende. Så lenge vi holder oss til norske forhold er spørsmålet derfor snarere hvordan en skal sørge for at reglene blir fulgt i praksis.»*

Vår oppfatning er som nevnt at det for bedømmelsen av flygende personell er mest å hente på de kriteriene som EU-domstolen, WOW- og Ricardo-rapportene har oppstilt, gjengitt foran. Disse treffer best for flypersonell også ved anvendelsen av den norske arbeidstakerbegrepet som gjelder for utsendingsreglene:

- (a) Om det foreligger et over-/underordningsforhold mellom flyselskapet og flypersonellet
- (b) Om og i tilfelle i hvilken utstrekning personellet er berettiget til å arbeide for flere enn én oppdragsgiver/arbeidsgiver

---

<sup>142</sup> Side 78

<sup>143</sup> NOU 2019:22 side 124

- (c) Om og i hvilken utstrekning personellet er berettiget til selv å bestemme når og hvor mye de vil fly
- (d) Om flypersonellet inngår som en del av flyselskapets organisasjon og virksomhet

Som det norske utvalget skriver, må det foretas konkrete helhetsvurderinger i hvert tilfelle, men disse kriteriene er sentrale.

Ved anvendelsen av kriteriene må det foretas en bedømmelse i et visst tidsperspektiv som dekker flere kontraktperioder. I hver kontraktperiode vil piloten typisk være underlagt flyselskapets operative ledelse på en måte som har klare fellestrekk med arbeidsgivers styringsrett. Flyselskapet kan innenfor visse ytre rammer, som offentligrettslige arbeids- og hviletidsbestemmelser og de rammene som kontrakten selv setter, fylle ut med beslutninger som ruteopplegg, base, andre arbeidstidsbestemmelser, overnattingssted etc. i hele kontraktperioden; men likevel kan det være rettmessig tjenesteutøvelse når bedømmelsen dekker et lengre tidsrom. Står piloten eller kabinbetjeningen *etter kontraktperioden* fritt til å inngå avtale for andre flyselskaper? Og hvordan er det i de enkelte kontraktperioder hvis kontrakten ikke gjelder fulltids arbeid; kan de fly for andre selskaper?

En pilot som har bosatt seg på f.eks. Malta og har registrert eget foretak der i henhold til maltesisk rett og som kommer inn under maltesisk regime for skatt, trygd m.v., og som står fritt etter hver kontraktperiode til å velge når neste kontraktstid skal begynne og med hvilket selskap, kan vanskelig sies å representere en omgåelse av de ufravelige arbeidstakerrettighetene.

Dette eksempelet kan illustrere at det kan være vanskelig å trekke grensen mot bruk av deltid eller tidsbegrensede engasjementer i kombinasjon med at personellet organiserer seg om selvstendig tjenesteutøver. Står vi overfor a-typisk arbeid? Er rollen som selvstendig tjenesteutøver likevel bare et arrangement for å skjule at man er arbeidstaker med deltidsjobb og/eller midlertidig ansettelse? Det enkle svaret er at det må bedømmes etter en konkret helhetsvurdering basert på de ovennevnte kriteriene. Det er derimot ikke like enkelt å utføre en slik bedømmelse i de enkelte tilfellene.

#### **8.5.4 Nærmere om bemanningsselskapers og vikarbyråers formidling av selvstendige tjenesteutøvere m.m.**

De problemstillingene som er behandlet ovenfor, har gjerne en side til den rollen vikarbyråer og andre former for bemanningsselskaper spiller. «Beholdningen» av flygende personell som disse formidler, vil kunne bestå både av personell som er ansatte i bemanningsselskapet og derved både reelt og formelt være arbeidstakere. Men det er også mange eksempler på at beholdningen består av selvstendige tjenesteutøvere som benytter bemanningsselskapet som oppdragsformidler.

Ricardo-rapporten oppsummerer sine undersøkelser<sup>144</sup>:

##### *«10.1 Alternative employment arrangements and their implications on working conditions*

*The results of our surveys of aircrew suggest that the majority of aircrew hold direct employment contracts with the air carrier (82% of pilots and 80% of cabin crew responding to our surveys) but around one fifth of aircrew (18% of pilots and 20% of cabin crew) are employed via alternative atypical employment practices. Our analysis found that between 9% and 19% of cabin crew (depending on the source used- surveys of air carriers and cabin crew respectively) and around 8% of pilots (similar figure reported in both surveys of air carriers and pilots) are employed via an intermediary manning agency<sup>147</sup>.*

---

<sup>144</sup> Kapittel 10.1 side 206

*This includes temporary work agencies with whom aircrew have an employment contract but are providing services to the user undertakings (air carriers), working there temporarily under their supervision and direction. These agencies are therefore the employer and have to uphold the associated responsibilities.*

*In addition, 9% of pilots that responded to the survey identified themselves as self-employed – the large majority of which (around 90%) had a contract 148<sup>145</sup> via an intermediary agency and only a small share directly with an air carrier. This form of employment is very rare among cabin crew.*

...

*In relation to these employment practices (temporary work agencies, other intermediaries and self-employment), our analysis reveals that:*

*They tend to be more prevalent amongst low-cost carriers for those responding to our survey: amongst all aircrew who had an employment contract via an intermediary manning agency, 97% of cabin crew and 69% of pilots responding to our survey work for low-cost air carriers. In the case of self-employed pilots (with a contract directly with the air carrier or via an intermediary manning agency), 74% of pilots indicated that their contract was with a low-cost air carrier.*

*They tend to be more common among younger aircrew that are just entering the job market with limited experience: a higher share of cabin crew in the younger cohorts have a contract with an intermediary manning agency compared to those in the older cohorts. Such a difference is not apparent for pilots with an employment contract via an intermediary manning agency but self-employed pilots are also found to be younger (highest proportion of self-employed pilots are under 30 years old). »*

Her minner vi om at arbeidstakere som av bemanningsselskaper og vikarbyråer sendes til et flyselskap for å arbeide i et annet land på for et bestemt tidsrom, kan komme inn utsendingsreglene ved direktivets artikkel 1 nr. 3 punkt c) og aml. § 1-7 andre ledd punkt c); «i egenskap av å være vikarbyrå eller annen virksomhet som stiller arbeidstakere til rådighet, sender arbeidstakere til en virksomhet i Norge». Bestemmelsen gjelder for arbeidstakere og ikke selvstendige tjenesteutøvere, og oppgaven blir å foreta den rettslige bedømmelsen som vi har gjennomgått ovenfor. Vi behandler denne bestemmelsen nærmere senere.

I tillegg nevner vi at vi et annet sted i utredningen skriver om bruk av *wet leasing* over landegrensene (et flyselskap inngår avtale med et annet om å leie fly og (en del av) flybesetningen). Ikke sjelden benytter utleierne ulike arrangementer for besetningen, slik som innleie eller direkte avtale med selvstendige tjenesteutøvere.

VOW-rapporten sammenfatter og konkluderer<sup>146</sup> slik (understreket av oss):

*«247. In practice, there seems to be a substantive problem with bogus self-employment in the EU aviation industry. Even if only 9% of the pilots are self-employed, their numbers are rising and if the authorities do not interfere, we could end up with an industry of precarious workers who fall outside the scope of the protection of employment law. The fact that many temporary employment agencies and wet leasing companies are declaring their aircrew as self-employed also means that there is no level-playing field for companies who qualify their aircrew as employees and therefore bear the social costs for these employees.*

---

<sup>145</sup> Note 148: Assumed to be a commercial contract or for the provision of services

<sup>146</sup> Side 79

*By allowing such a practice of bogus self-employment to exist, companies who rightfully declare their aircrew as employees are currently being pushed out of the market.*

*248. In conclusion, the Posting of Workers Directive is still applicable to bogus self-employed aircrew, but first the national authorities or courts will have to deal with the qualification issue of the labour relation between air carrier (or intermediaries) and aircrew. At the moment, the EU and the national authorities seem to underestimate this problem. The lack of control is allowing air carriers to use false self-employed aircrew which not only fall outside the scope of the posting rules, but also outside the scope of employment law in general. »*

Siden virkeområdet for utsendingsreglene er basert på medlemslandenes arbeidstakerbegrep, er det en oppgave for Luftfartstilsynet og andre aktører å kontrollere om selvstendige tjenesteutøvere representerer forsøk på å unngå kjernen av rettigheter som skal komme de utsendte til Norge til gode i kraft av utsendingsreglene – og skattemyndigheter og trygdemyndigheter må foreta tilsvarende undersøkelser i den utstrekning deres regler gjelder arbeidstakere til forskjell fra selvstendig næringsdrivende.

#### **8.6 Begrenset tidsrom – hjemmebase og sekundærbase – vilkår om aktivitet og tilknytning**

Vilkåret i direktivets art. 2 nr. 1 om at utsendingen må være for et «*begrenset tidsrom*» er inntatt i aml. § 1-7 første ledd og utsendingsforskriftens § 2 første ledd.

Vilkåret om at utsendingen skal være tidsbegrenset, knytter an til hvor arbeidstakerne arbeider i utgangspunktet og hvor de sendes ut til å arbeide i et begrenset tidsrom. Flygende personell mønstrer på og av flyvningene som knytter seg til de basene flyselskapet benytter for sitt ruteopplegg. Dette bringer oss over til definisjonen av de ulike kategorier av base i de sammenhenger basetilhørigheten har betydning. De fleste tilfellene gjelder overføring til *base i et annet land* for et *begrenset tidsrom*.

At det må være utsending for et begrenset tidsrom, er et ufravikelig vilkår for anvendelsen av reglene. Det er *utsendingen av den enkelte arbeidstaker* som må være tidsbegrenset, og ikke arbeidsgivers tjenesteutøvelse i vertslandet; den kan være tidsubestemt eller permanent. Et utenlandsk flyselskap som uten noen fastsatt tidsbegrensning etablerer seg i Norge med rutenett som helt eller delvis går innenlands, kan komme inn under virkeområdet for utsendingsreglene fordi det ikke er tjenesteutøvelsen som må være tidsbegrenset, men *den enkelt arbeidstakers deltakelse i tjenesteutøvelsen*.

Flygninger fra hjemmebasen til et eller flere andre land og retur til hjemmebasen anses ikke for tidsbegrenset utsending. Dette er et tema med flere variasjoner. VOW-rapporten med henvisninger til Ricardo-rapporten uttaler om dette<sup>147</sup>:

*«5.c When there is no temporary assignment, but operation of flights from-to the home base*

*249. Most aircrew which operate on standard flights will be excluded from the application of the posting rules. A simple flight schedule from home base A to location B in another Member State and back to A does not fall under the scope of the Directive as the employment legislation of the home base will continue to be applicable during the flight and even during the time which the aircrew spends in location B. However, one could argue that an aircrew who flies to another member state, at first sight, can fall under*

---

<sup>147</sup> Kap. 4.5 side 79-80

*the definition of art. 2 of the Posting of Workers Directive: “a worker who, for a limited period, carries out his work in the territory of a Member State other than the State in which he normally works”. The Ricardo Study states that there is not a temporary assignment when there is a displacement which starts and finishes at the employee’s home base, in which case it is arguable that the applicable legal law is the one in which the home base is located. 111<sup>148</sup>*

*250. This exclusion is also based on the abovementioned definition of art. 2 of the Posting of Workers Directive, according to which a posted worker needs to carry out a work in a member state of a “limited period of time”. Unfortunately, the Directive has not clarified what a “limited period of time” means. But the flights from-and-to-the-home-base do not seem to fit in the concept of a “temporary assignment”, as the aircrew worker is in this case actually not on a temporary assignment but just continuing to do his or her regular work under normal circumstances. »*

Det er ikke satt noe minstetid eller maksimumstid for anvendelsen av direktivet og de norske reglene som gjennomfører det. I punkt 14 i fortalen til utsendingsdirektivet er det uttalt at tjenesteyteren «*bør overholde en grunnstamme av klart definerte verneregler, uten hensyn til varigheten av arbeidstakerens utsending.*» Det må fremgå av avtale eller andre omstendigheter at intensjonen med den enkelte utsendte arbeidstaker at utsendingen til et annet land skal være *tidsbegrenset*. Det må være fastsatt eller forutsatt at det skal være for et begrenset tidsrom. En slik forutsetning *kan* være at arbeidstakeren skal vende tilbake til det landet der arbeidstakeren sist arbeidet før utsendingen, enten ved en forutgående utsending eller i egenskap av det landet der arbeidstakerens arbeidsforhold etter de alminnelige lovvalgsregler er regulert. Ofte vil dette være det stedet «*hvor* eller subsidiært *hvorfra* arbeidstakeren ved oppfyldelsen af aftalen sædvanligvis utfører sit arbejde»<sup>149</sup> om lovvalget, og tilsvarende «*det sted hvor arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid*» om jurisdiksjonen (domstolskompetansen)<sup>150</sup>. Dette vil også oftest samsvare med «*hjemmebasen*».

Flybesetning som flys passivt inn til arbeidsgivers eller konsernets baser i Norge, kan bli omfattet av utsendingsreglene selv om de skal benyttes for svært korte tidsrom, også kortere enn 3 måneder som en del flyselskaper benytter som lengste tidsrom med den virkning at de unngår registreringsplikten og vilkårene for opphold for EØS-borgere.<sup>151</sup> Dette kommer vi nærmere tilbake til.

Spørsmålet om det er en *grense oppad* for varigheten av utsendinger i relasjon til vilkåret om at utsendingene må være for et begrenset tidsrom, må ses i sammenheng med at utsendingsdirektivet har sitt rettslige grunnlag i EU-traktatens bestemmelser om fri utveksling av tjenester over landegrensene.<sup>152</sup> Tjenester over landegrensene i traktatens forstand kan være svært langvarige uten

---

<sup>148</sup> Note 111: Ricardo Study 2019, 133.

<sup>149</sup> Om lovvalg: Romaforordning I artikkel 8 nr. 2 og Cordela-Moss’ lovforslag § 8 andre ledd. Det kan imidlertid ligge annerledes an, idet et av de andre alternativene for lovvalg kan være oppfylt.

<sup>150</sup> Luganokonvensjonen artikkel 19 nr. 2 a), jfr. tvisteloven § 4-8

<sup>151</sup> Jfr. utlendingsloven (lov nr 35/2008) § 117 om registreringsplikt for EØS-borger som skal oppholde seg i Norge i mer enn 3 måneder og Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften), FOR-2009-10-15-1286, § 19-13 om «Oppholdsrett i mer enn tre måneder – tilstrekkelige midler» og § 19-22 om «Registreringsbevis for EØS-borgere».

<sup>152</sup> Traktat om Den europeiske unions virkemåte, TEUV, artikkel 56 flg.

at de nødvendigvis skifter karakter til å bli *etableringer*<sup>153</sup> i det medlemslandet der tjenestene utøves. Dette er bedømt slik av EU-domstolen<sup>154</sup>:

*«30 Begrebet »tjenesteydelse« i traktatens forstand kan altså dække over tjenesteydelser af meget forskellig art, herunder tjenesteydelser, der udføres over et længere tidsrum, endog flere år, hvis det f.eks. drejer sig om ydelser, der leveres i forbindelse med et større byggeprojekt. Ligeledes kan ydelser, som en erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, leverer mere eller mindre hyppigt eller regelmæssigt, endog over et længere tidsrum, til personer med hjemsted i en eller flere andre medlemsstater, f.eks. rådgivning eller informationsvirksomhed mod vederlag, udgøre tjenesteydelser i traktatens forstand.*

*31 Der findes faktisk ikke nogen bestemmelse i traktaten, der gør det muligt teoretisk at fastslå en bestemt varighed eller hyppighed, hvorefter udførelsen af en ydelse eller en bestemt slags ydelse i en anden medlemsstat ikke længere kan betragtes som en tjenesteydelse i traktatens forstand.*

*32 Det følger heraf, at den blotte omstændighed, at en erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, leverer identiske eller lignende ydelser mere eller mindre hyppigt eller regelmæssigt i en anden medlemsstat uden at råde over faciliteter, der giver ham mulighed for dér på stabil og vedvarende måde at udøve en erhvervsvirksomhed og for fra disse at henvende sig til bl.a. statsborgerne i denne medlemsstat, ikke er tilstrækkelig til at anse ham for at være etableret i nævnte medlemsstat.»*

Direktivets formål er å sikre forsvarlig konkurranse og rettighetene til de utsendte arbeidstakerne som deltar i sin arbeidsgivers grenseoverskridende tjenesteutøvelse, slik vi har redegjort for tidligere. Det følger av dette at også utsendingene knytter seg til grenseoverskridende *tjenesteutøvelse i traktatens forstand* og kan ha lang varighet, selv om de ikke er permanente. Dette kan i sin tur gi urimelige resultater i lys av at de utsendte arbeidstakerne bare har krav på en kjerne av vertslandets rettigheter, og ikke samtlige rettigheter som er alternativet. Dette har vært kritisert, slik det kommer til uttrykk her<sup>155</sup>:

*«This situation has attracted some criticism and it has been argued that a specific time-frame could have been laid down as in the case of Regulation (EEC) No 1408/71. 43<sup>156</sup>.*

*However, this criticism does not take account of the fact that the posting of workers within the meaning of Directive 96/71/EC is a way of exercising the freedom to provide services, as set out in Articles 49 and 50 of the Treaty.*

*In fact, if the definition of a posted worker set out in the Directive were to diverge from the general definition of the provision of services set out in the Treaty, this would not only make the legal situation more complicated, but would be likely to reduce the level of protection provided to those working on a temporary basis in another Member State. »*

---

<sup>153</sup> TEUV artikkel 49 flg. om etableringsrett

<sup>154</sup> EU-domstolens dom av 11.12.2003 I sak C-215/01, Schnitzer

<sup>155</sup> Commission Staff Working Document [2006] - Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, {COM(2006) 159 final}, kapittel 4.4 side 14-15

<sup>156</sup> Note 43: It should be reminded that Directive 96/71/EC does not apply to social security. This matter is regulated by Regulation (EEC) No. 1408/71. – Dette er Trygdeforordningen av 1971 som er opphevet, se nå Forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen, FOR-2012-06-22-585.



Med henvisning til den foran siterte Schnitzer-dommen ble det konkludert slik i evalueringen:

*«The same principles must therefore be observed when determining the temporary nature of an activity within the meaning of Directive 96/71/EC 47<sup>157</sup>.»*

Kritikken har ført til at endringsdirektivet, som nå er under behandling av ASD, har nye bestemmelser for utsending som varer i 12, respektive 18 måneder. Når utsendingene varere lenger enn dette, utvides det settet av rettigheter i vertslandet som får anvendelse på de utsendte arbeidstakerne (i den utstrekning deres rettigheter ellers er dårligere). Endringsdirektivets fortale gir denne bakgrunnen for endringen:

*«(9) Udstationering er af midlertidig karakter. Udstationerede arbejdstagere vender sædvanligvis tilbage til den medlemsstat, hvorfra de er udstationeret, efter udførelsen af det arbejde, der var årsag til deres udstationering. I lyset af den lange varighed af visse udstationeringer og i erkendelse af forbindelsen mellem værtsmedlemsstatens arbejdsmarked og de arbejdstagere, der er udstationeret i sådanne lange perioder, bør værtsmedlemsstater, hvor udstationering varer over 12 måneder, imidlertid sikre, at virksomheder, der udstationerer arbejdstagere på deres område, skal sikre disse arbejdstagere et supplerende sæt arbejds- og ansættelsesvilkår, som obligatorisk finder anvendelse på arbejdstagere i den medlemsstat, hvor arbejdet udføres. Den nævnte periode bør forlænges, hvis tjenesteyderen fremsender en begrundet meddelelse.»*

Fristen forlenges til 18 måneder etter en begrunnet meddelelse. Dette går vi ikke nærmere inn på her. Vi redegjør nærmere for dette ved behandlingen av kjernen av rettigheter som direktivet omfatter, jfr. artikkel 3 og utsendingsforskriftens § 3.

Forutsetningene om tidsbegrensing kan endre seg underveis i løpet av utsendingen. En utsending som opprinnelig var ment å være tidsbegrenset, kan vise seg å bli endret til en permanent eller i hvert fall tidsubestemt utsending. I så fall endres regelanvendelsen slik at utsendingsreglene ikke lenger kan anvendes, men vertslandets rett kan komme til anvendelse på arbeidsforholdet i kraft av de alminnelige lovvalgsreglene.

Når det gjelder luftfartssektoren og flypersonell, må langvarige utsendingssituasjoner bedømmes i lys av denne virksomhetens spesielle karakter.

For flygende personell kan en utsending som opprinnelig er forutsatt å være tidsbegrenset, utvikle seg til fast tilhørighet til den midlertidige basen i vertslandet, med det resultat at denne skifter status for vedkommende fra (tidsbegrenset) *sekundærbase* til ny (tidsubestemt) *hjemmebase*.

Vi vil gå nærmere inn på *basebegrepene* i det følgende.

Begreper som benyttes for arbeidssted o.l. skal tolkes innen det regelverket de benyttes i, som f.eks. regler om arbeids- og hviletid, trygdetilhørighet o.l. Begrepene *base* og *hjemmebase* brukes ikke i lovvalgsreglene, jurisdiksjonsreglene eller utsendingsreglene. I denne relasjonen er de hjelpebegreper der vi i rettslig sammenheng i stedet skal bruke de begrepene og kriteriene som den aktuelle reguleringen benytter. Et typisk – og for denne utredningen et nærliggende - eksempel er utsendingsdirektivet som ifølge artikkel 2 nr. 1 har denne definisjonen av utsendt arbeidstaker,

---

<sup>157</sup> Note 47: Notwithstanding the case law of the Court regarding Articles 49 ff. of the EC Treaty, Hungary and Greece has opted to establish maximum posting periods.

understreket her: «... en arbeidstaker som i et begrenset tidsrom utfører arbeid på territoriet til en annen medlemsstat enn den stat der vedkommende til vanlig arbeider». Dette samsvarer godt med kriteriet for lovvalg etter Roma I-forordningens artikkel 8 nr. 2: «hvori eller subsidiært hvorfra arbeidstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde», og tilsvarende Luganokonvensjonen<sup>158</sup> artikkel 19 nr. 2 a); «hvor arbeidstakeren til vanlig utfører sitt arbeid». Så er da også utsendingsdirektivet direkte knyttet an til lovvalgsreglene i Roma I-forordningens forløper Roma I-konvensjonen, se nærmere direktivets fortale punkt 7 – 11 og artikkel 3 nr. 1 om anvendelse av vertslandets rettigheter i hht listen, «uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet».

Basebegrepet benyttes derimot i andre regelverk. *Hjemmebase* er definert i EU-bestemmelsene om bl.a. arbeids- og hviletid for flygende personell i sivil luftfart. Det vises til Kommisjonsforordning 965/2012 ORO.FTL.105 (understreket her):<sup>159</sup>

*«Ved denne subpart fastlægges de krav, som et luftfartsforetagende og dets besætningsmedlemmer skal opfylde i forbindelse med besætningsmedlemmers flyve- og tjenestetidsbegrænsninger samt hvilebestemmelser.*

*ORO.FTL.105 Definitioner*

*I denne subpart forstås ved:*

...

*14) »hjemmebase«: en for besætningsmedlemmet af luftfartsforetagendet angiven lokalitet, hvor besætningsmedlemmet normalt påbegynder og afslutter en tjenesteperiode eller en række af tjenesteperioder, og hvor luftfartsforetagendet under normale omstændigheder ikke er ansvarligt for indkvartering af det pågældende besætningsmedlem.»*

Luftfartstilsynet har, opprinnelig basert på forløperen til forannevnte kommisjonsforordning,<sup>160</sup> benyttet en tilnærmet identisk definisjon i Luftfartstilsynets *Forskrift om arbeidstid med mer for besetningsmedlemmer i sivile luftfartøyer (BSL D 2-4), FOR-2004-12-30-1817*, (sist endret ved FOR-2016-07-01-871), og som i § 3 inneholder definisjoner, deriblant av *base* og *hjemmebase*, understreket her:

*«§ 3. Definisjoner*

*(1) I denne forskriften menes med:*

...

*Base:*

---

<sup>158</sup> Og Brussel I-forordningen om jurisdiksjon

<sup>159</sup> SUBPART FTL FLYVE- OG TJENESTETIDSBEGRÆNSNINGER SAMT HVILEBESTEMMELSER AFSNIT 1 Generelt  
ORO.FTL.100 Anvendelsesområde

<sup>160</sup> Kommisjonsforordning 3922/91. Se nærmere VOW-rapportens kap. 1, underkapittel 2 med overskriften "Social security: The Home base and its limits", side 10 flg.

*Sted/luftfartsanlegg der besetningsmedlemmet starter og avslutter arbeidet. Hjemmebasen er den basen der besetningsmedlemmet normalt starter og avslutter arbeidet, og der luftfartsforetaket ikke har ansvar for innkvartering.»*

Definisjonen er i denne forskriften benyttet til klargjøring av forskriftens bestemmelser om lengste arbeidstid, minste hviletid m.m. Luftfartstilsynet kommenterer basedefinisjonen i sin *veiledning*:

*«Basen er det stedet/luftfartsanlegget der besetningsmedlemmet starter og avslutter arbeidet, det vil si det som i arbeidslivet generelt kalles «arbeidsstedet/kontoret/jobben». I arbeidsavtalen fastsettes det hvilken base som er besetningsmedlemmets hjemmebase, dvs. den basen han eller hun normalt jobber ut ifra. Skillet mellom «på base» og «utenfor base» er viktig i forhold til beregning av beredskapstjeneste, mens begrepet «hjemmebase» får betydning med tanke på hvor/fra hvilket utgangspunkt besetningsmedlemmet har rett til å få avvirket fridager.»*

Nå vi skriver *tilnærmet* lik definisjon, skyldes det at Luftfartstilsynet i definisjonen av hjemmebase ikke har tatt med forbeholdet om at flyselskapet «... *under normale omstendigheter*» ikke er ansvarlig for innkvarteringen.

Forskriften inneholder, som det fremgår, definisjonen av *to basebegreper*. Utsendt flygende personell vil normalt ha hjemmebase som personellet hører hjemme ved i den forstand at de selv bekoster sin «innkvartering». Dette vil normalt være der de har eller er ansvarlig for å skaffe seg fast bopel. Base som ikke er hjemmebase etter denne definisjonen, kan enten ligge et annet sted i samme land eller i et annet land. Ved utsending til et annet land enn der hjemmebasen ligger, og der de skal betjene et rutenett med start og slutt, tjenestegjør de ved en base som kommer inn under definisjonen av base, men ikke definisjonen av hjemmebase.

Denne andre typen base blir gjerne betegnet *sekundærbase*. Denne betegnelsen er ikke et rettslig begrep siden den ikke benyttes i noe regelverk. Det kan imidlertid være nyttig som et beskrivende uttrykk for arbeidssted *hvor eller hvorfra*<sup>161</sup> flygende personell arbeider. Hjemmebase er derimot et rettslig begrep ved at det benyttes i et regelverk slik arbeidstidsforskriften er et eksempel på. Det benyttes som foran nevnt ikke i utsendingsdirektivet eller i lovvalgs- og jurisdiksjonsreglene om individuelle arbeidsavtaler. Vi har imidlertid også påvist at *hjemmebasen* definert slik, gir en «*vesentlig indikasjon på hvor eller hvorfra*»<sup>162</sup> det flygende personellet arbeider. Derfor vil endring av arbeidstakerens tilhørighet ved en operativ base fra å være sekundærbase for vedkommende til å bli ny hjemmebase, innebære i seg selv at en eventuell anvendelse av utsendingsdirektivet opphører til fordel for *endret lovvalg* fra det landet der den tidligere hjemmebasen lå, til det landet der den nye ligger. (Dette forutsetter naturligvis at også de øvrige vilkårene for et slikt lovvalg er oppfylt). Vi føyer til at en slik endring av hjemmebase vil kunne konstateres på grunnlag av en helhetsvurdering der arbeidsgivers betaling innkvarteringen på det nye stedet, «*under normale omstendigheter*» vil være tilfellet og et vilkår for at basen kan defineres som hjemmebase. Men forbeholdet viser at dette ikke er en nødvendig betingelse. Det er her Luftfartstilsynets definisjon skiller seg ut og gir inntrykk av dette er en nødvendig betingelse i den forstand at uten slik dekning, er det av den grunn ikke en hjemmebase. Dette er en forenkling vi advarer mot. Det skal uansett foretas en *helhetsvurdering*.

---

<sup>161</sup> Jfr. Roma I-forordningen om lovvalg, art. 8 nr. 2. Se også Brussel I-forordningen om jurisdiksjon art. 19 nr. 2 a) om det sted hvor arbeidstakeren *vanligvis utfører sitt arbeid*. Temaet er behandlet samlet i et eget kapittel i utredningen.

<sup>162</sup> EU-domstolens forenede saker C-168/16 and C-169/16, Nogueira m.fl. mot Crewlink og Ryanair, avsnitt 77, se nærmere nedenfor.

Gjennomgangen viser at arbeidssted og tilhørighet til ulike kategorier baser er begreper som skal anvendes i tilknytning til de respektive reglene hvor de benyttes. EU-domstolens tolkningsuttalelse i den nettopp nevnte dommen er et klart eksempel på viktigheten av det<sup>163</sup>. Dommen er omtalt flere steder i denne utredningen, men vi tar den med her for sammenhengens skyld. Saken gjaldt bl.a. spørsmålet om hjemmehedefinisjonen i bestemmelsene om arbeidstid og hviletid er identisk med arbeidsstedsbegrepet i Brüssel I-forordningens artikkel 19 (jurisdiksjon for tvister om individuelle arbeidsavtaler, tilsvarende Roma I-forordningens artikkel 8 nr. 2 om lovvalg for individuelle arbeidsavtaler). Domstolen var klar på at begrepene ikke er identiske, men at hjemmehedefinisjonen kan være en vesentlig indikasjon på arbeidsstedet:

*«77 Henset til det ovenstående skal de rejste spørgsmål besvares med, at Bruxelles I-forordningens artikel 19, nr. 2), litra a)<sup>164</sup>, skal fortolkes således, at når en sag anlægges af en arbejdstager, der er ansat som medlem af kabinpersonalet hos eller stillet til rådighed for et luftfartsselskab, med henblik på at afgøre den påkendende rets kompetence, kan begrebet »det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde«, ikke sidestilles med begrebet »hjemmehedefinisjonen« som omhandlet i bilag III til forordning nr. 3922/91<sup>165</sup>. Begrebet »hjemmehedefinisjonen« udgør ikke desto mindre en væsentlig indikation med henblik på at fastlægge »det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde.«*

Sekundærbase for utsendte arbeidstakere og endring til ny hjemmehedefinisjonen er omtalt flere steder i VOW-rapporten, bl.a. dette<sup>166</sup>:

*«• Secondary base: Unlike the home base, the secondary base is not a legal concept. The secondary base is the identifiable location from where the aircrew is de facto working from for a limited period of time during the posting. In a posting situation, the aircrew should be working from the secondary base in another Member State than the home base. An aircrew cannot be posted to a new home base, as he/she cannot be posted to his/her habitual place of work, because this is the place he normally works from. In case the new base is a new home base, we are not talking about a posting situation, but about a change of home base, which could bring along a chance of applicable employment legislation and social security legislation. To be clear, our concept of secondary base is linked to the aircrew worker and not to the air carrier. Therefore, it should not be confused with operational bases, secondary establishments or secondary hubs of air carriers, which should be distinguished from their main hubs. »*

Rapporten følger opp:

*«226. In other words, in case of a posting of workers, the aircrew temporarily leaves the home base (= habitual place of work) to work from a secondary base in another Member State. If the new location becomes the habitual place of work, there is a new home base and there is no longer any posting situation.»*

Grensedragningen for anvendelse av direktivet med hensyn til flypersonnellets forhold til hjemmehedefinisjonen og sekundærbase m.v. blir utdypet og drøftet i rapporten her<sup>167</sup>:

---

<sup>163</sup> Forenede saker C-168/16 og C-169/16, Sandra Nogueira m fl mot Crewlink Ireland Ltd, og Miguel José. Dommen er omtalt i kapitlet om lovvalg; jfr. «Ryanair og Crewlink for EU-domstolen»

<sup>164</sup> Tilsvarende Luganokkonvensjonen som gjelder for Norge ...

<sup>165</sup> Denne er avløst av den forannevnte Kommissjonsforordning 965/2012 ORO.FTL.105

<sup>166</sup> Kapittel 4.2, side 73

<sup>167</sup> Kapittel 6.6 side 84 fig.

«266. The problem is mostly that there is a grey zone between a temporary assignment to another Member State and a series of flights, in which case the aircrew eventually returns to the home base. Possibly a week or multiple weeks might pass before the aircrew worker returns to his/her home base. As said before, the Posting of Workers Directive does not define “a limited period of time” and therefore it can be difficult to identify whether it is a posting or just a series of flights without an assignment to a secondary base. Of course, when the series of constantly changing flights is long and the aircrew is barely in his or her “home base” anymore, one could wonder if the aircrew really does have a home base where he/she returns to and if he or she is not a highly mobile worker, in which case the posting rules would not apply. It is only a posting if the worker is assigned to a secondary base located in another Member State, if not, either the aircrew has no consistent home base (highly mobile worker) or the series of flights should be considered as an operation of flights from-to the home base. In neither of these cases, the Posting of Worker Directive is applicable.

267. Furthermore, a real temporary assignment should constitute a certain fixed period of time during which the work of the aircrew will take place from a secondary base. This time period, in principle, cannot be too short, as it would just be considered a series of flights from-to the home base. But it also cannot be too long, as it would not be considered as “temporary” anymore. It is difficult to put an exact amount of time on the minimum or maximum 117<sup>168</sup> duration of a posting. One has to take the context into consideration. 118<sup>169</sup> According to the case law of the CJEU, one can look to the frequency, the periodicity, the continuity of the services. 119<sup>170</sup> If during one week the base is effectively changed from the home base A to secondary base airport B in another Member State and basically all the flights during this week are seen as flight from-to this airport B in the other Member State, one can consider this as a posting even if it only lasted one week. However if the Airport B is merely the place where the aircrew starts and ends the week, while flying to and staying in a collection of other locations and Member States, it can be questioned whether this is a true posting, as the aircrew has no real link with the new location (Airport B) and there is no effective assignment to a secondary base. In any case, if the temporary assignment takes a longer but limited period of time (multiple weeks, months), the chances get higher that it is a real posting as a real assignment to a secondary base might become evident. 120<sup>171</sup>»

## 8.7 Utenlandsk virksomhet – ikke bare utsending fra andre EØS-land

Etter direktivets art. 1 nr. 1 om anvendelsesområdet gjelder det når «foretak som er etablert i en medlemsstat» sender ut arbeidstakere «i forbindelse med tjenesteyting over landegrensene ... til en medlemsstats territorium.» Direktivet bestemmer i art. 1 nr. 4 at foretak «etablert i en ikke-medlemsstat, skal ikke gis gunstigere behandling enn foretak etablert i en medlemsstat».

De norske gjennomføringsreglene omfatter ikke bare utsending fra andre EØS-land; de favner videre. Aml. § 1-7 andre ledd og utsendingsforskriftens § 1 innleder med å bruke uttrykket «utenlandsk virksomhet». Dette er en videreføring av bestemmelsen i aml. 1977 kap. XII B. I forarbeidene til gjennomføringen av direktivet i aml. 1977, uttalte departementet<sup>172</sup>:

---

<sup>168</sup> Note 117: Except in light of the social security, where the maximum of a posting is principle 24 months.

<sup>169</sup> Note 118: [Henvielse til en nederlandskspråklig kilde]

<sup>170</sup> Note 119: CJEU 30 November 1955, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, Gebhard, §27 ; CJEU 13 February 2003, C-131/01, ECLI:EU:C:2003:96, §22

<sup>171</sup> Note 120: With two remarks: first, if the assignment takes too long, it is also no posting cause it is not temporary and second, if the assignment takes long but there is no clear de facto home base during the assignment, the worker is most probably a mobile worker and not a posted worker.

<sup>172</sup> Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) kap. 7, Merknader til lovforslaget

*«Reglane gjeld for «utanlandsk verksemd». I dette uttrykket ligg det at reglane ikkje er avgrensa til verksemdar innanfor EØS-området, men gjeld for alle utanlandske verksemdar som sender ut arbeidstakarar til Noreg. Uttrykket er brukt for å oppfylle vilkåret i direktivet om at verksemdar som er etablerte utanfor EØS-området, ikkje skal få ei gunstigare behandling enn verksemdar innanfor EØS-området. Når verksemdar også utanfor EØS-området er omfatta, vil det for arbeidstakarar frå desse landa bli eit tospora system, ved at også reglane om opphalds- og arbeidsløyve etter utlendingslovgivinga gjeld.*

*Omgrepet verksemd må forståast på same måten som etter arbeidsmiljølova, slik omgrepet er blitt fastlagt gjennom teori og gjennom retts- og forvaltningspraksis. I tvilstilfelle vil det vere naturleg også å ta omsyn til kva innhald omgrepet har i EF-retten. Etter konkurransereglane i EF-traktaten omfattar omgrepet verksemd alle fysiske eller juridiske personar som utfører aktivitetar av økonomisk eller kommersiell karakter. Det vil seie at det skal leggjast ei vid tolking av omgrepet til grunn. Formålet med reglane må også vurderast i denne samanheng.»*

Utenlandske virksomheter som opererer i Norge, kan organisere virksomheten i Norge som en «norsk avdeling av utenlandsk foretak», NUF. Et NUF er ikke selvstendig rettssubjekt og har ikke partsevne etter tvisteloven, jfr. bl.a. Høyesteretts ankeutvalg kjennelse i Rt-2014-1055. Et selskap som opererer gjennom et NUF, er i relasjon til utsendingsreglene like fullt å regne som et utenlandsk selskap som sender sine arbeidstakere hit. Vi kommer tilbake til betydningen av NUF i relasjon til aml. § 1-7 andre ledd punkt b) om arbeidstaker som sendes «til et forretningssted eller virksomhet i Norge som inngår i konsernet».

## **8.8 Tjenesteyting**

Både direktivets norske versjon og de norske gjennomføringsbestemmelsene i aml. § 1-7 andre ledd og utsendingsforskriften § 1 buker uttrykket *tjenesteyting*. Også dette er en videreføring fra aml. 1977.

Den samme proposisjonen kommenterer dette slik:

*«Utsendinga skal skje i samband med tenesteyting. Omgrepet «tenesteyting» omfattar i denne samanheng alle typar arbeidsoppdrag og er ikkje avgrensa til ei tradisjonell forståing av uttrykket. Uttrykket er definert i EØS-avtalen artikkel 37. I denne artikkelen heiter det m.a. at ein skal forstå teneste som ei teneste ein vanlegvis yter mot betaling i den utstrekning tenesta ikkje kjem inn under reglane som gjeld for det frie varebytet og den frie rørsleevna for kapital og personar.»*

Det er ingen tvil om at flyselskapenes transportvirksomhet for passasjerer og gods kommer inn under tjenesteytingsbegrepet.

## **8.9 Arbeidsgiver under utsendingsperioden**

Direktivets art. 1 nr. 3 inneholder tre alternative vilkår for anvendelse av direktivet. Vi skal nedenfor gjennomgå hvert av dem. Felles for dem er at det opprettholdes et ansettelsesforhold med den opprinnelige arbeidsgiveren i hele utsendingsperioden. Det er likevel noen varianter av dette vilkåret. Etter art. 1 nr. 3 punkt a) må arbeidsforholdet opprettholdes «mellom utsendingsforetaket og arbeidstakeren i utsendingsperioden». Etter punkt b) kan utsendingen skje «til et forretningssted eller til et foretak som eies av gruppen, forutsatt at det foreligger et arbeidsforhold mellom utsendingsforetaket og arbeidstakeren i utsendingsperioden». Og etter punkt c) om utleie av arbeidstakere, må det foreligge «et arbeidsforhold mellom vikarbyrået eller foretaket som stiller en arbeidstaker til rådighet, og arbeidstakeren i utsendingsperioden».

Dette vilkåret er ikke tatt med i aml. § 1-7, men i utsendingsforskriftens § 1 om virkeområdet, der det er gitt en bestemmelse for alle de tre alternative virkeområdene er bestemt at forskriften gjelder

hvis «det foreligger et arbeidsforhold mellom den utenlandske virksomheten og den utsendte arbeidstakeren i utsendingsperioden».

### 8.10 De tre alternative utsendingssituasjonene

Direktivets art. 1 nr. 3 og aml. § 1-7 andre ledd oppstiller tre alternative vilkår for at utsendingsreglene kan komme til anvendelse. Vi tar utgangspunkt i lovens ordlyd som er lagt tett opp til den norske oversettelsen av direktivet. På noen punkter er det nødvendig å se på andre språkversjoner i tillegg.

Det er et felles vilkår for alle tre alternativene at det er en utsending av arbeidstakere til et annet medlemslands territorium. VOW-rapporten uttrykker det slik at det må være en utstasjoneringsaktivitet; en «posting activity»<sup>173</sup>. Det rapporten uttrykker her, omfatter alle tre typetilfellene (første kulepunkt gjelder punkt a), standardutsending, andre kulepunkt gjelder punkt b), konsernintern utsending, og det tredje kulepunktet gjelder punkt c), bemanningsselskaps eller vikarbyråers utsendinger:

*«5.a When there is no posting activity*

*239. This instance is not explicitly mentioned by the Ricardo Study, but it is important to keep the scope of the Directive in mind, which in art. 1.3 limits its application to:*

*undertakings that post workers to the territory of a Member State on their account and under their direction, under a contract concluded between the undertaking making the posting and the party for whom the services are intended, operating in that Member State, provided there is an employment relationship between the undertaking making the posting and the worker during the period of posting (standard posting); or*

*post workers to an establishment or to an undertaking owned by the group in the territory of a Member State, provided there is an employment relationship between the undertaking making the posting and the worker during the period of posting (intragroup posting); or*

*being a temporary employment undertaking or placement agency, hire out a worker to a user undertaking established or operating in the territory of a Member State, provided there is an employment relationship between the temporary employment undertaking or placement agency and the worker during the period of posting (temporary agency posting).*

*240. Therefore, if there is just the air carrier as an employer who is flying its aircrew to other locations, without any link to other parties or to establishments of the company or undertakings owned by the group in the territory of a Member State, the Directive is simply not applicable. Most standard flights will therefore not fall under the scope of the posting rules (however, see part. 3.1). ...»*

EU-domstolen har også understreket at det må stilles krav til aktiviteten i vertslandet for at det skal komme inn under direktivet, understreket her<sup>174</sup>:

*«30 Ifølge artikel 2, stk. 1, i nævnte direktiv forstås ved en udstationeret arbejdstager enhver arbejdstager, der i en bestemt periode udfører arbejde på en anden medlemsstats område end den, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde.*

---

<sup>173</sup> Kapittel 4.5 side 77

<sup>174</sup> Dom av 19.12.2019 i sak C-16/18, Dobersberger

31 I så henseende kan en arbeidstager ikke betraktes som udstationeret på en medlemsstats område i henhold til direktiv 96/71, hvis udførelsen af vedkommendes arbejde ikke er tilstrækkeligt knyttet til dette område. Denne fortolkning følger af opbygningen af direktiv 96/71 og navnlig af dets artikel 3, stk. 2, sammenholdt med 15. betragtning hertil, som fastsætter, at direktivets bestemmelser om mindsteløn og det mindste antal betalte feriedage pr. år ikke finder anvendelse, hvis der er tale om meget begrænsede ydelser på det område, hvortil de pågældende arbeidstagere udstationeres.

32 I øvrigt er det den samme logik, der ligger bag de fakultative undtagelser i artikel 3, stk. 3 og 4, i direktiv 96/71.»

### 8.10.1 Punkt a): Standardutsending - avtale med tjenestemottaker i Norge – rutflygning og wet leasing

Dette alternativet er det mest alminnelige av de tre typetilfellene sammenlignet med de to andre som har mer preg av å være spesialtilfeller. Det betegnes gjerne «standard posting» i utenlandske kilder<sup>175</sup>.

Kriteriene for anvendelse av utsendingsreglene er formulert slik i aml. § 1-7 andre ledd:

«(2) Utsending av arbeidstaker anses å foreligge når en utenlandsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting:

*etter avtale med en mottaker av tjenesteytelser i Norge, sender en arbeidstaker til Norge for egen regning og risiko og under egen ledelse.»*

#### 8.10.1.1 Rutenett og kabotasje

Flyvirksomhet med utgangspunkt i et ruteopplegg i Norge, det være seg mellom to eller flere flyplasser i Norge og eventuelt også i utlandet med retur til utgangspunktet, vil ikke oppfylle vilkåret om avtale med en mottaker av tjenesteytelsen her.

En slik betraktning ble gitt av departementet i merknaden til den tilsvarende bestemmelsen ved gjennomføringen av utsendingsdirektivet i aml. 1977<sup>176</sup>. Merknaden har også andre poenger:

*«Første leddet bokstav a føreset at det blir inngått ein avtale mellom ei utanlandsk verksemd og ein tenestemottakar i Noreg. Føresetnaden om avtale med tenestemottakaren inneber at t.d. handelsreisande eller buss- og trailersjåførar normalt ikkje vil bli omfatta. Det same gjeld for journalistar som arbeider for ein utanlandsk arbeidsgivar. I kravet om at arbeidstakaren skal vere under leiing av den utanlandske verksemda, ligg at arbeidsgivaransvaret skal liggje på den utanlandske verksemda. Sjølv om det kan by på praktiske vanskar å utøve dagleg kontroll, er det likevel den utanlandske arbeidsgivaren som har det overordna ansvaret. Det er ikkje eit vilkår etter denne føreseigna at arbeidstakarane blir sende ut til ei norsk verksemd.»*

---

<sup>175</sup> Se f.eks. VOW-rapportens kapittel 1, underkapittel 5, avsnitt 64, side 28. De to andre typetilfellene betegnes samme sted som hhv «intra-group posting», eller 'konsern-intern utsending' (punkt b) og «interim agency posting», eller noe slikt som 'bemanningsselskapsutsending' eller 'vikarbyrå-utsending' (punkt c).

<sup>176</sup> Ot prp nr 13 (1999-2000) side 28



Dette samsvarer godt med VOW-rapporten (sitert også foran)<sup>177</sup>:

*«240. Therefore, if there is just the air carrier as an employer who is flying its aircrew to other locations, without any link to other parties or to establishments of the company or undertakings owned by the group in the territory of a Member State, the Directive is simply not applicable. Most standard flights will therefore not fall under the scope of the posting rules .. »*

Rapporten viser her til denne uttalelsen<sup>178</sup>:

*«International rail, road or air transport is not excluded as such from the scope of the Directive.*

*However, in a statement included in the minutes of a Council meeting 36<sup>179</sup>, the Council and the Commission pointed out that Article 1(3)(a) of the Directive 37<sup>180</sup> presupposes*

*the transnational provision of services by an undertaking on its own account and under its direction, under a contract concluded between the undertaking providing the services and the party for whom the services are intended and posting as a part of such provision of services.*

*Accordingly, where the aforementioned conditions are not met, workers who are normally employed in the territory of two or more Member States and who form part of the mobile staff of an undertaking engaged in operating professionally on its own account international passenger or goods transport services by rail, road, air or water do not fall within the scope of Article 1(3)(a).*

*This situation is justified by the fact that it would be difficult to manage the practical consequences of applying different national laws to the existing relationship between the international transport undertaking (operating on its own account or on behalf for hire or reward) and its mobile staff, depending on the country to which the passengers/goods were being transported. On the other hand, "cabotage transport operations", in which the various parts of the journey take place within the borders of the same Member State, fall within the scope of Article 1(3)(a) of the Directive 38.<sup>181</sup> »*

At kabotasje innen veitransport blir nevnt som et eksempel på at direktivet får anvendelse, må ha tilsvarende betydning for kabotasje innen luftfartssektoren, jfr. den niende av «Luftfartens ni friheter» som er gjengitt tidligere i vår utredning.

VOW-rapporten utvikler dette videre<sup>182</sup>:

*«252. The situation becomes more complicated if the flight assignment stretches over multiple days and different locations. By example the aircrew workers fly from home base A to location B in another member*

---

<sup>177</sup> Kapittel 4.5, side 77

<sup>178</sup> Commission Staff Working Document - Commission's services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services

<sup>179</sup> Note 36: Council document No 10048/96 SOC 264 CODEC 550, statement No 3.

<sup>180</sup> Note 37 gjengir innholdet i direktivets artikkel 1 nr. 3 a) uten kommentarer

<sup>181</sup> Note 38: See, for example, the definition of "cabotage transport operations" set out in Article 1 of Regulation (EC) No 12/98 of 11 December 1997 laying down the conditions under which non-resident carriers may operate national road passenger transport services within a Member State, OJ L 4 of 8.1.1998, p. 10 and Regulation 3118/93 of 25 October 1993 laying down the conditions under which non-resident carriers may operate national road haulage services within a Member State, OJ L 279 of 12.11.1993, p. 1.

<sup>182</sup> Kap. 4.5 side 80

state, then to location C in another member state, where they stay for one night in a hotel. The next day they fly to location D in yet another Member State and then back to home base A. It is not immediately clear if this series of flights falls under the "operation of flights from-to the home base" as it is not a simple go-and-return flight. Furthermore, the series of flights can become more complicated and longer with different stayovers and locations, which would mean that the aircrew would only return to their home base after several days or even a week. Yet, if we use the same evaluation criteria, the application of the Posting of Workers Directive seems just as or even more problematic than is the case for a simple flight from and to the home base as this would also mean that the applicable (hard core) labour conditions would constantly change, in a way which is damaging the feasibility, legal certainty and the fight against social dumping even more. It is hard to imagine what good would come from applying five or ten different hard-core labour conditions over a period of several days. »

Dobersberger-dommen ble avsagt etter at VOW-rapporten var avgitt, men rapporten referer generaladvokatens utredning og forslag til dom. Etter Dobersberger-dommen, har EU-domstolen tatt stilling til anvendelsen av utsendingsdirektivet på internasjonal veitransport på grunnlag av kontrakt mellom tjenesteutøver og tjenestemottaker i et annet land (i dommen betegnet charterkontrakt).<sup>183</sup> Den utvikler de samme betraktningene for lastebilsjåførere som frakter gods over landegrensene, bl.a. i form av kabotasje, jfr. luftfartens niende frihet. Først gir domstolen eksempler som faller utenfor direktivet:

«49 En arbejdstager, som udfører meget begrænsede ydelser på den medlemsstats område, hvortil vedkommende udstationeres, kan derimod ikke anses for at være »udstationeret« som omhandlet i direktiv 96/71 (jf. i denne retning dom af 19.12.2019, Dobersberger, C-16/18, EU:C:2019:1110, præmis 31). Dette gælder for en chauffør, som i forbindelse med vejgodstransport kun er i transit på en medlemsstats område. Det samme gælder for en chauffør, der udelukkende udfører transport over grænserne fra en transportvirksomheds etableringsmedlemsstat til en anden medlemsstats område eller omvendt.»

Deretter gir domstolen en beskrivelse av hva som skal til for å komme inn under direktivet, der vilkåret om tilstrekkelig tilknytning til vertslandet – eller vertslandene – blir utviklet nærmere (understrekt her):

«51 ... er en arbejdstager, som er udstationeret på en medlemsstats område i disse bestemmelsers forstand, når udførelsen af vedkommendes arbejde i den omhandlede begrænsede periode har tilstrækkelig tilknytning til dette område. Hvorvidt der foreligger en sådan tilknytning, afgøres som led i en samlet vurdering af forhold som arten af de aktiviteter, som den pågældende arbejdstager har udført på det nævnte område, intensiteten af forbindelsen mellem denne arbejdstagers aktiviteter og hver medlemsstats område, hvorpå vedkommende virker, samt den andel, som disse aktiviteter udgør af den samlede transporttjeneste.

52 Den omstændighed, at en international lastbilchauffør, som en virksomhed med hjemsted i en medlemsstat har stillet til rådighed for en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat, modtager instrukser i forbindelse med sine opgaver, begynder eller afslutter opgaverne ved den anden virksomheds hjemsted, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at fastslå, at denne chauffør er bleoet udstationeret på denne anden medlemsstats område som omhandlet i direktiv 96/71, når den nævnte chaufførs udførelse af arbejdet ikke på grundlag af andre forhold har tilstrækkelig tilknytning til dette område.»

Domstolen oppsummerer og vektlegger kabotasje:

---

<sup>183</sup> Dom 1.12.2020 i sak C-815/18, Van den Bosch

«65 Det andet spørgsmål, litra c), skal følgelig besvares med, at artikel 1, stk. 1 og 3, og artikel 2, stk. 1, i direktiv 96/71 skal fortolkes således, at en arbeidstager, som er beskæftiget som chauffør i vejtransportsektoren, og som i forbindelse med en charterkontrakt mellem den virksomhed, som beskæftiger vedkommende, og som har hjemsted i en medlemsstat, og en virksomhed i en anden medlemsstat, udfører cabotagekørsel i en anden medlemsstat end den medlemsstat, hvor den pågældende sædvanligvis arbejder, i princippet skal anses for at være udstationeret på den medlemsstats område, hvor denne transport udføres. Cabotagekørselsens varighed er uden betydning for vurderingen af, hvorvidt der foreligger en sådan udstationering, med forbehold af en eventuel anvendelse af dette direktivs artikel 3, stk. 3.»

### 8.10.1.2 Leie av fly med besetning – wet leasing

Det finnes også andre former for organisering av flyvirksomhet. Når et norskbasert flyselskap leier inn besetninger fra andre flyselskaper, kan vilkåret om avtale med en tjenestemottaker i Norge være oppfylt. (Vi tenker ikke her på utleiefirmaer/bemanningsforetak som er særskilt regulert i det tredje vilkåret og som vi behandler nedenfor.)

En slik leie av besetningsmedlemmer fra andre flyselskaper, skjer ofte sammen med leie av fly fra samme flyselskap, såkalt *wet leasing*. Slik innleie kan etter omstendighetene oppfylle vilkåret i punkt a) om «*avtale med en mottaker av tjenesteytelse i Norge*», men det er ikke nødvendigvis slik. Aml. § 1-7 andre ledd punkt a) setter også som vilkår at utsendingen skjer for tjenesteutøverens «*egen regning og risiko og under egen ledelse*». Dette må bedømmes konkret, basert på leieavtaleforholdet mellom de to virksomhetene.

Wet leasing blir vurdert i relasjon til den aktuelle direktivbestemmelsen i VOW-rapporten. Wet leasing kan komme inn under punkt a) under de forannevnte forutsetningene og i tillegg under disse forutsetningene:

1. Det må ikke være en permanent eller tidsbestemt utsending. Dette vilkåret vil normalt være oppfylt ved denne typen utleie, men det er viktig å huske at det også her er spørsmål om tidsbegrensningen for den enkelte arbeidstaker og ikke for leieavtalen som sådan.
2. Flypersonellet må være tilknyttet en base i et annet land enn det landet arbeidsforholdet hører hjemme i forut for utsendingen. Den nye basen må følgelig være den enkeltes sekundærbase, ikke hjemmebase.
3. Utsendingen må etter direktivets og lovens vilkår være for tjenesteutøverens «egen regning og risiko og under egen ledelse». Det er ikke helt klart hva som ligger i dette vilkåret. Vi antar at det er en forutsetning at arbeidsgiver beholder sin styringsrett som arbeidsgiver<sup>184</sup> over besetningen når de gjør tjeneste på grunnlag av leasingkontrakten. I dette ligger vel også en forutsetning om at utleieren skal bære alle personalkostnader og være forpliktet til å sørge for flybesetning i samsvar med kontrakten til enhver tid. Om det personellet som er tenkt satt inn i operasjonen ikke kan stille eller ikke er disponibelt, av ulike grunner, vil det normalt påhvile utleieren å sette inn annet mannskap. - Det må undersøkes konkret i hvert tilfelle om leasing-avtalen og utøvelsen av leieforholdet oppfyller vilkårene. - På den annen side vil det flyselskapet som leier inn flyet med besetning bestemme alt som har med

---

<sup>184</sup> Om styringsrettens innhold, se bl.a. Høyesteretts dommer i Rt. 2000 s. 1602 (se s. 1609), Nøkk, og Rt. 2001 s. 418 (se s. 427), Kårstø.

utførelsen av oppdraget å gjøre mht ruter, baser, tider osv. Vi antar at dette som utgangspunkt ikke vil være til hinder for at vilkåret om «egen ledelse» for utleieryen kan anses oppfylt.

VOW-rapporten gir denne beskrivelsen av wet leasing i relasjon til vilkåret for utsending etter punkt a) (med vår understrekning)<sup>185</sup>:

«6.b Wet leasing

270. *The method of wet leasing, in which an air carrier leases an airplane and (a part of the) aircrew to another air carrier does make the legal construction more complicated for everyone to see whether there is a situation of posting of workers or not. However, if we look at the conditions for a posting situation, a wet leasing context can perfectly be qualified as a situation of a posting of aircrew provided in the framework of a services agreement between the employer of the aircrew (the air carrier making the posting) and the party for whom the services are intended (the air carrier who is paying the employer to provide the air crew and the plane for his use). As stated in the Ricardo Study, in order to determine if the Posting of Workers Directive is applicable to a particular wet lease agreement, it should be analysed if there is a temporary posting to a different Member State. If the analysis shows that there is no temporary posting but a permanent one or if the aircrew is just providing services for several different countries while not being assigned to a secondary base, the Posting of Workers Directive would not be applicable.<sup>186</sup>*

271. *Therefore, an aircrew worker who is not assigned to a secondary base but who is, by example, hired for the first time to be employed in his home base in a wet leasing situation, is not a posted worker. In this case, the place where the wet lease contract is executed, is the place where the aircrew worker usually carries out his work according to art. 8 of the Rome I regulation, and therefore the legislation of that home base shall in principle apply, without any application of the Posting of Workers Directive as there is no temporary assignment in another Member State. »*

Ved at wet leasing-tilfellene normalt kommer inn under utsendingsdirektivet, vil graden av sosial dumping være noe redusert på dette området. Kjernen av rettigheter i vertslandet vil komme til anvendelse, for det dette er verd. Vi kommer tilbake til innholdet i disse. Ved at besetningen forlater sine hjemmebaser for et begrenset tidsrom, men beholder hjemmebasetilhørigheten i det landet de sendes ut fra, vil den delen av personalkostnadene som skyldes «social security» etc., fortsatt kunne høre til hjemmebaselandet. Hvis dette er et «lavkostland» med lavt nivå på skatter, trygdeavgifter m.v., vil lave personalkostnader fortsatt kunne være et virkningsfullt konkurransefortrinn. Ved våre samtaler med representanter for norske flyselskaper har vi fått et klart bilde av at det ikke bare er lavere nivåer på lønns- og arbeidsvilkår, men også lavere nivåer på de sosiale personalkostnadene som utgjør et konkurransefortrinn som kan karakteriseres som sosial dumping. Det er den samlede pakken av personalkostnader som gjør dette. Utsendingsreglene avhjelper dette bare et stykke på vei. Og som vi kommer tilbake til, er det en vesentlig mangel for Norges vedkommende at «norsk lønn» ikke inngår i det knippet av rettigheter som utsendt flypersonell har krav på.

I tillegg til det vi trekker fram her, som ikke bare gjelder wet leasing-tilfellene, kommer det forholdet inn at en del av personellet ikke alltid er ansatt som arbeidstakere i det utleiende flyselskapet, men selvstendige tjenesteutøvere. Direktivet og utsendingsreglene gjelder bare for arbeidstakere, og det er her som ellers viktig å føre tilsyn med at ikke det ufravikelige arbeidstakerbegrepet blir forsøkt omgått. Dette viser hvor viktig tilsyn og sanksjoner er, også med wet leasing-tilfellene. - Vi

---

<sup>185</sup> Kap. IV 6 side 85

<sup>186</sup> Note 121: Ricardo Study 2019, 131-132

behandler tilsyn, sanksjoner og mulighetene for å legge bedre til rette for minstelønnsforskrifter for flypersonell, andre steder i utredningen.

### 8.10.2 Punkt b): Konsernintern utsending

Aml. § 1-7 andre ledd punkt b) lyder slik, inkludert innledningen:

«(2) *Utsending av arbeidstaker anses å foreligge når en utenlandsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting:*

..

*sender en arbeidstaker til et forretningssted eller virksomhet i Norge som inngår i konsernet»*

Her kreves det ikke at det er inngått «avtale med en mottaker av tjenesteytelser i Norge», som i punkt a). Her er det tilstrekkelig at den utsendende arbeidsgiveren sender ut arbeidstakerne i forbindelse med tjenesteyting i Norge, og at utsendingen er «*til forretningssted eller virksomhet i Norge som inngår i konsernet*».

Da utsendingsdirektivet ble innarbeidet i aml. 1977, uttalte departementet om denne bestemmelsen<sup>187</sup>:

*«Første leddet bokstav b tek sikte på ein situasjon der ei utanlandsk verksemd er etablert i Noreg, t.d. i form av eit dotterselskap. Direktivet inneheld ingen føresegner om kva som skal reknast som eit konsern. Det må derfor avgjerast på bakgrunn av nasjonal rett, men formålet med direktivet tilseier at det må leggjast ei vid forståing til grunn.»*

Den norske oversettelsen av direktivet bruker uttrykket «gruppen» og ikke konsernet. Dette er sannsynligvis en språklig påvirkning fra engelsk, idet den engelske versjonen av denne bestemmelsen i direktivet er «group». Hele bestemmelsen har denne ordlyden i den engelske språkversjonen:

«b) *post workers to an establishment or to an undertaking owned by the group in the territory of a Member State, provided there is an employment relationship between the undertaking making the posting and the worker during the period of posting. »*

I den danske og den svenske versjonen benyttes uttrykket «konsern», og det er dette som også er benyttet ved den norske gjennomføringen av direktivet i arbeidsmiljøloven.

Hvis virkeområdet er bestemt ved nasjonal retts definisjon av «group» / «konsern», vil det være definisjonen i aksjeloven<sup>188</sup> § 1-3 som i Norge bestemmer det ytre virkeområdet for dette utsendingsalternativet. Det kreves bl.a. en eierandel for morselskapet på over 50 prosent for at et mor- og datterselskap skal danne eller inngå i et konsern.

Den norske språkversjonen av utsendingsdirektivet og den tilsvarende lovbestemmelsen må kommenteres også på et annet punkt:

Det er bare utsending etter denne bestemmelsen hvis utsendingen skjer «til et forretningssted eller virksomhet» som inngår i konsernet.

---

<sup>187</sup> Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) kap. 7, side 28

<sup>188</sup> Lov nr. 44/1997. Se også allmennaksjeloven (ASA), lov nr. 45/1997 § 1-3.

Den norske språkversjonen av direktivet bruker også uttrykket «forretningssted»:

«... til et forretningssted eller til et foretak som eies av gruppen ...».

Et forretningssted er et *sted* der et foretak har etablert virksomhet, mens «*virksomhet*», respektive «*foretak*», er den *enheten* som er etablert. Å sidestille disse kan tyde på at bestemmelsen skal favne vidt og ikke være gjenstand for skarpe, avgrensede tolkninger.

Kan det sies at en norsk avdeling av utenlandsk foretak (NUF) drives på et «forretningssted»? Eller omfattes det av det andre alternativet; «virksomhet» (lovbestemmelsen) eller et «foretak» (direktivet)?

Den engelske versjonen av direktivet er «.. to an establishment or to an undertaking owned by the group..».

Den svenske språkversjonen er «... på en arbetsplats eller i ett företag som tillhör koncernen».

Den danske versjonen ser på dette punkt ut til å ha vært modellen for den norske: «... udstationerer en arbejdstager på et forretningssted eller i en virksomhed, der tilhører koncernen...».

Uansett valg av begreper, synes meningen med å bruke to alternative uttrykk som nevnt å være at bestemmelsen skal favne vidt; det sentrale er at arbeidstakerne sendes ut til et annet medlemsland i forbindelse med en tjenesteutøvelse i konsernets regi.

Et NUF er ikke selvstendig rettssubjekt og har ikke partsevne etter tvisteloven, jfr. bl.a. Høyesteretts ankeutvalg kjennelse i Rt-2014-1055.<sup>189</sup> Vi vil her se nærmere på dette for luftfartssektoren og begynner med et praktisk eksempel:

Et flyselskap som er etablert i et annet medlemsland starter ruteflygning i Norge i regi av sin norske avdeling av foretaket, og selskapet registreres i Norge som NUF.<sup>190</sup> Vi forutsetter i dette eksempelet at det ikke er noe annet selskap i konsernet som er etablert i Norge. Er vilkåret i punkt b) oppfylt i et slikt tilfelle?

Direktivet setter ikke noe ubetinget vilkår om at det skal være et konsernselskap i vertslandet, dette er bare ett av de alternativene som omfattes. Det kreves som nevnt heller ikke at det er inngått avtale mellom utsenderen og en tjenestemottaker i vertslandet (jfr. punkt a).) Formålet tilsier at vilkårene tolkes vidt. Eksempelet fanges ikke opp av a) eller c). Hvis heller ikke b) kommer til anvendelse, vil utsendingsreglene ikke få anvendelse på et slikt typetilfelle som i eksempelet.

---

<sup>189</sup> Ankeutvalget uttaler: «(11) Det følger av Høyesteretts dom i Rt-2008-1730 at norske filialer av utenlandsk foretak som utgangspunkt ikke har partsevne. Dette er også lagt til grunn i senere praksis, se ankeutvalgets kjennelser i Rt-2009-372, HR-2013-2525-U og HR-2014-1874-U.» Lovtolknigen gjelder tvisteloven § 2-1 første ledd c.

<sup>190</sup> Som eksempel nevnes Wizz Air Hungary Airlines Limited med sin adresse i Budapest som i Enhetsregisteret står registrert med org.nummer 998 611 652 som Norskregistrert utenlandsk foretak. Det er dette selskapet med dette org.nummeret som utførte sin ruteflygning i Norge i tidsrommet november 2020 – juli 2021. Selskapet (uten angivelse av NUF, korrekt nok, men med org.nummeret for NUF'et) er den saksøkende parten i boikottsøksmålet ved Agder tingrett mot Agder fylkeskommune (tingrettens sak nr. 21-027104TVI-TAGD/TKRI).

Det første av de ulike språkversjonenes alternativ er løs i kantene: «establishment», «arbetsplats», «forretningssted». Eksempelen kommer språklig trygt innenfor en formålsorientert, vid tolkning av disse uttrykkene.

Vår konklusjon er at det beskrevne eksempelet omfattes av direktivets artikkel 1 nr. 3 punkt b), jfr. aml. § 1-7 andre ledd punkt b).

Det samme gjelder selvsagt hvis det ikke er tjenesteutøvelse i regi av utsenderens avdeling i Norge; NUF, men i regi av et selskap i konsernet. Dette følger direkte av ordlyden til det andre alternativet; «undertaking», «företag», «virksomhet», «foretak» som inngår i konsernet.

### 8.10.3 Punkt c): Utsending fra virkarbyrå og bemanningsforetak

Aml. § 1-7 andre ledd punkt c) lyder slik, inkludert innledningen:

*«2) Utsending av arbeidstaker anses å foreligge når en utenlandsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting:*

*...*

*i egenskap av å være vikarbyrå eller annen virksomhet som stiller arbeidstakere til rådighet, sender arbeidstakere til en virksomhet i Norge.»*

Forutsetningen i utsendingsforskriften § 1 første ledd om at det må foreligge «et arbeidsforhold mellom den utenlandske virksomheten og den utsendte arbeidstakeren i utsendingsperioden», gjelder her tilsvarende den som stiller arbeidstakeren til disposisjon. Dette er i direktivet presisert i selve bestemmelsen: «... forutsatt at det foreligger et arbeidsforhold mellom vikarbyrået eller foretaket som stiller en arbeidstaker til rådighet, og arbeidstakeren i utsendingsperioden.»

Vikarbyråer og andre bemanningsselskaper benytter i en viss grad selvstendige tjenesteutøvere som de har formidlingsavtaler med. Dette gjør at omgåelsesproblemet med bl.a. «bogus self-employment» er særlig relevant i tilknytning til denne varianten av utsendinger. Vi viser til behandlingen foran av dette temaet.

Fortalen til *utsendingsdirektivet* har denne uttalelsen om vikarbyråer:

*«19) Med forbehold for andre bestemmelser i fellesskapsretten innebærer dette direktiv ikke en forpliktelse til å anerkjenne vikarbyråer juridisk, og det hindrer heller ikke at medlemsstatene anvender sin lovgivning om utleie av arbeidstakere og vikarbyråer til foretak som ikke er etablert på deres territorium, men som driver virksomhet der i forbindelse med tjenesteyting.»*

Vikarbyrådirektivet ble trukket inn ved utarbeidelsen av *endringsdirektivet*. I fortalen ble dette forklart slik:

*«(12) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF [note] 6<sup>191</sup> inneholder prinsippet om, at de grunnleggende arbeids- og ansættelsesvilkår for vikaransatte mindst bør være de samme som dem, der ville finde anvendelse for sådanne arbejdstagere, hvis de var ansat af brugervirksomheden til at udføre det samme arbejde. Dette princip bør også finde anvendelse for vikaransatte, der er udstationeret på en anden medlemsstats område. Når dette princip finder anvendelse, bør brugervirksomheden oplyse vikarbureauet*

---

<sup>191</sup> Vikarbyrådirektivet; Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde (EUT L 327 af 5.12.2008, s. 9).

om, hvilke arbeidsvilkår og lønforhold der er gældende for dets arbeidstagere. Medlemsstaterne kan på visse betingelser fravige princippet om likebehandling og ligeløn i henhold til artikkel 5, stk. 2 og 3, i direktiv 2008/104/EF. Når en sådan fravigelse finder anvendelse, har vikarbureauet ikke behov for opplysningene om brukervirksomhedens arbeidsbetingelser, og opplysningskravet bør derfor ikke finde anvendelse.

(13) Erfaringen viser, at arbeidstagere, som et vikarbureau eller en virksomhet, der stiller arbeidstagere til rådighet, har udstationeret i en brukervirksomhet, til tider sendes til en annen medlemsstats område i forbindelse med udveksling av tjenesteydelser over grensene. Disse arbeidstagere bør sikres beskyttelse. Medlemsstaterne bør sikre, at brukervirksomheten opplyser vikarbureauet eller den virksomhet, der stiller arbeidstagere til rådighet, om de udstationerede arbeidstagere, som midlertidigt arbeider på området for en annen medlemsstat end den, på hvis område de normalt arbeider for vikarbureauet eller den virksomhet, der stiller arbeidstagere til rådighet, for at gjøre det mulig for arbeidsgiveren i passende omfang at anvende de arbeids- og ansættelsesvilkår, der er mest favorable for den udstationerede arbeidstager.»

Som tidligere nevnt er endringsdirektivet under behandling i ASD og er foreløpig ikke gjennomført i norsk rett.

## **8.11 Hvilke norske rettigheter må arbeidsgiver respektere?**

### **8.11.1 Traktatens og EØS-avtalens betydning**

En plikt for utenlandske virksomheter til å sikre de utsendte arbeidstakerne bedre minsterettigheter til sine arbeidstakere i vertslandet enn de allerede har, er i utgangspunktet å betrakte som restriksjoner i de traktatfestede rettighetene til etablering og tjenesteutøvelse over landegrensene innen EØS-området<sup>192</sup>. Utsendingsdirektivet slik det gjennomføres i medlemslandene, representerer derfor begrensninger i disse frihetene. Dette gjelder selv om utsendingsdirektivet åpner for «at det anvendes arbeids- og ansættelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne.<sup>193</sup>». Vertslandene må derfor begrense seg til å pålegge tjenesteutøverne de pliktene som følger av direktivet når det dreier seg om utsending og ikke om fullt lovvalg etter lovvalgsreglene.<sup>194</sup>

### **8.11.2 Rettighetene**

De rettighetene i vertslandet som de utsendte arbeidstakerne i så fall skal være sikret, er listet opp i utsendingsdirektivets artikkel 3 nr. 1 og i utsendingsforskriftens § 3 første og andre ledd. Bestemmelsene kommer imidlertid bare til anvendelse hvis utsendt arbeidstaker ikke er omfattet av gunstigere arbeids- og ansættelsesvilkår ved avtale eller etter det lands rett som ellers gjelder for arbeidsforholdet, jfr. direktivets artikkel 3 nr. 7 og forskriftens § 3 tredje ledd.

---

<sup>192</sup> Traktaten om den Europeiske unions virkemåte, TEUV, artikkel 56 første ledd: «Restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innenfor Unionen for medlemsstaters statsborgere som er etablert i en annen medlemsstat enn mottakeren av tjenesten, er forbudt innenfor rammen av de følgende bestemmelser.»

<sup>193</sup> Artikkel 3 nr. 7, se også artikkel 3 nr. 10

<sup>194</sup> Dette er en kompleks problemstilling. Vi viser til bl.a. Catherine Barnard, «EU Employment Law», Oxford University Press, 4. utgave 2012, side 239 om bl.a. forholdet mellom direktivet og (i) EU-Traktatens art. 56 om fri tjenesteutøvelse over landegrensene, og (ii) lovvalgsreglene i Roma I-forordningen. Videre viser vi til Marie Nesvik, «Beskyttelse av arbeidstakeren i internasjonal privatrett», UiO 2018, kap. 10.2.5 side 340-357. Og endelig viser vi til Andreas van den Heuvel, «Minstelønn – Forpliktelser, begrensninger og løsninger», Gyldendal 2019, Del III, bl.a. kapittel 9.4, side 171 flg., og kapittel 10, side 183 flg. (De to sistnevnte bøkene er basert på deres PhD-avhandlinger).



Minsterrettighetene gjelder en del av arbeidsmiljølovens bestemmelser, ferieloven i sin helhet, arbeidsmarkedsloven § 27<sup>195</sup> og en del av bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven. I tillegg omfatter listen eventuell minstelønn som må være fastsatt på en av de måter direktivet gir anvisning på.

Forskriftens § 3 første ledd inneholder listen. Bestemmelsen lyder slik:

*«Uansett hvilket lands rett som for øvrig regulerer arbeidsforholdet, kommer følgende bestemmelser om arbeids- og ansettelsesvilkår til anvendelse for utsendt arbeidstaker:*

- a) *lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) kapittel 10, 11, 13 og § 3-1, § 3-2, § 3-5, § 4-1 til § 4-5, § 5-1, § 5-2, § 6-1 til § 6-3, § 6-5, § 12-1 til § 12-9, § 14-5, § 14-6, § 14-8, § 14-12 til § 14-14, § 14-15 femte ledd og § 15-9*
- b) *lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)*
- c) *lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) § [27]*
- d) *lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) kapittel 5, 6 og § 6 – § 8, § 9 første ledd, § 9 andre ledd, § 11, § 13 første til tredje ledd, § 13 sjette ledd og § 14.»*

I tillegg gjelder eventuelle *minstelønnsbestemmelser* i den utstrekning det måtte være fastsatt i vertslandet på en av de måter direktivet tillater. Vi behandler dette nærmere nedenfor.

En endring av reglene som er på trappene i Norge på grunnlag av *endringsdirektivet*<sup>196</sup>, vil – riktignok i beskjeden grad - redusere forskjellen mellom full anvendelse av norsk rett etter de alminnelige lovvalsreglene og utsending når utsendingen varer 12 måneder, med mulighet for forlengelse til 18 måneder. Endringen er formulert slik i endringsdirektivet:

*«1a. Når en udstationerings faktiske varighed overstiger 12 måneder, sikrer medlemsstaterne, at virksomheder som omhandlet i artikel 1, stk. 1, uanset hvilken ret der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på grundlag af et princip om ligebehandling skal sikre de arbejdstagere, der er udstationeret på deres område, i tillæg til de arbejds- og ansættelsesvilkår, der er omhandlet i nærværende artikels stk. 1, alle de relevante arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, hvor arbejdet udføres, er fastsat:*

*– ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller*

*– ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel eller anden anvendelse i overensstemmelse med stk. 8.*

*Dette stykkes første afsnit finder ikke anvendelse på følgende områder:*

---

<sup>195</sup> Lov nr. 76/2004, Arbeidsmarkedsloven. (I Lovdatas utgave av forskriften står det feilaktig § 7; det er på det rene at dette er en skrivefeil for § 27).

<sup>196</sup> Endringsdirektivet er under behandling av ASD med sikte på gjennomføring i norsk rett. Det er omtalt mange steder i utredningen her. - Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2018/957 af 28. juni 2018 om ændring af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (EØS-relevant tekst)

a) procedurer, formaliteter og betingelser i forbindelse med inngåelse og opphævelse af ansættelseskontrakter, herunder konkurrenceklausuler

b) erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger»

### 8.11.3 Arbeidsmiljølovens bestemmelser som får anvendelse

Listen over bestemmelser i arbeidsmiljøloven som får anvendelse på utsendte arbeidstakere fra et annet EØS-land til Norge, kommenteres nærmere i det følgende. Vi følger rekkefølgen i forskriften og begynner med de hele kapitlene.

- Aml. kapittel 10, Arbeidstid.

Som vi har redegjort for tidligere, er innholdet i arbeidstidskapitlet i det vesentlige unntatt for luftfarten, og erstattet med Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter for sivil luftfart mv., FOR-2018-12-20-2182 som bestemmer:

«§ 3.Arbeidstid

*Arbeidsmiljøloven kapittel 10, med unntak av § 10-2 første og fjerde ledd, gjelder ikke for besetningsmedlemmer. Samferdselsdepartementet eller den det bemyndiger, kan fastsette bestemmelser om arbeidstid.»*

De to bestemmelsene som uansett gjelder for flypersonell, er disse:

«§ 10-2.Arbeidstidsordninger

*(2) Arbeidstaker som regelmessig arbeider om natten har rett til fritak fra den arbeidstidsordning som gjelder for arbeidstakergruppen, dersom vedkommende av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det og fritaket kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten.*

*(4) Arbeidstaker som har fylt 62 år eller som av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for det, har rett til å få redusert sin arbeidstid dersom arbeidstidsreduksjonen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten. Når avtalt periode med redusert arbeidstid er over, har arbeidstaker rett til å gå tilbake til tidligere arbeidstid. Under ellers like forhold har arbeidstaker med redusert arbeidstid fortrinnsrett til å øke sin arbeidstid når stilling blir ledig i virksomheten, forutsatt at stillingen helt eller i det vesentlige er tillagt de samme arbeidsoppgavene. Fortrinnsrett etter §§ 14-2 og 14-3 går foran fortrinnsrett etter bestemmelsen her.»*

Luftfartstilsynet har, som vi også tidligere har beskrevet, gitt bestemmelser om arbeidstid i Forskrift om arbeidstid med mer for besetningsmedlemmer i sivile luftfartøyer (BSL D 2-4), FOR-2004-12-30-1817, (sist endret ved FOR-2016-07-01-871). Forskriftens formål er å bidra til et godt arbeidsmiljø for besetningsmedlemmer i luftfartøyer og ivareta den enkeltes sikkerhet og helse, jfr. § 1. Virkeområdet er gitt i neste paragraf:

«§ 2.Virkeområde

*Forskriften gjelder for arbeid som utføres av besetningsmedlemmer som tjenestegjør hos norske luftfartsforetak som driver ervervsmessig luftfart.*

*Forskriftens § 4 og § 5 gjelder likevel ikke luftfartsvirksomhet som omfattes av arbeids- og hviletidsreglene i forordning (EU) nr. 965/2012 vedlegg (annex) III, kapittel FTL, gjennomført i forskrift 7. august 2013 nr. 956 om luftfartsoperasjoner.»*

De bestemmelsene som ikke gjelder, §§ 4 og 5, omhandler årlig arbeidstid og beregning av arbeidstid.

Vi går ikke nærmere inn på arbeidstidsregimet da det i det vesentlige er underlagt en felles, internasjonal regulering som henvisningen i forskriftens § 2 andre ledd gir anvisning på. Dette innebærer at det ikke ligger noen konkurransefortrinn av betydning på dette området mellom konkurrenter i EØS-området.

- Aml. kapittel 11, Kapittel 11. Arbeid av barn og ungdom.

Kapitlet gjelder arbeid av barn og ungdom under 18 år og har ikke praktisk interesse for vårt tema.

- Aml. kapittel 13. Vern mot diskriminering

Dette kapitlet er i det vesentlige en gjennomføring av EU-direktiver som derved gjelder for alle medlemslandene. Dette innebærer at arbeidstakere som sendes til Norge fra andre EØS-land, allerede har samme rettigheter og vern som etter norsk rett. Dette kapitlet har derfor liten eller ingen betydning som konkurranseparameter og behandles ikke nærmere her.

- *Diverse arbeidsmiljøbestemmelser* i kapittel 4, Krav til arbeidsmiljøet, kapittel 5, Kapittel 5. Registrerings- og meldeplikt, produsentkrav mv, og kapittel 6, Verneombud. Vi går ikke nærmere inn på disse.
- Aml. kapittel 12, Rett til permisjon

Her gjelder bestemmelsene i § 12-1 - § 12-9 om svangerskapskontroll, svangerskapspermisjon, omsorgspermisjon, fødselspermisjon, foreldrepermisjon, bestemmelser om delvis permisjon og varslingsplikt, ammefri, samt barns- og barnepassers sykdom. Vi viser til bestemmelsene og kommenterer dem ikke nærmere her, men det bør nevnes at disse rettighetene ligger på et høyt nivå i europeisk målestokk.

- Aml. kapittel 14. Ansettelse mv.

Av dette kapitlet gjelder kravene om skriftlig arbeidsavtale som i det vesentlige bygger på et direktiv som gjelder alle EØS-landene.<sup>197</sup> Videre omfatter listen de norske innleiebestemmelsene i aml. § 14-12, § 14-13 og § 14-14. Dernest omfatter listen §§ 14-12 a – c som gjennomfører vikarbyrådirektivet<sup>198</sup> og derfor allerede er tilsvarende gjort gjeldende for arbeidstakere som sendes fra et annet EØS-land til Norge. – Listen omfatter videre § 14-15 femte ledd som bestemmer at «ved utbetalingen eller straks etter denne skal arbeidstaker ha skriftlig oppgave over beregningsmåten for lønn, beregningsgrunnlaget for feriepenger og trekk som er foretatt».

---

<sup>197</sup> § 14-5, § 14-6 og § 14-8, jfr. Rådskdirektiv 91/533/EØF

<sup>198</sup> Europaparlaments- og rådskdirektiv 2008/104/EF av 19. november 2008 om vikararbeid. [Vikarbyrådirektivet]

- Aml. § 15-9, Oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon

Dette er den eneste av bestemmelsene i stillingsvernskapittelet som er gjort gjeldende for utsendte arbeidstakere i Norge. Dette innebærer at det er en ikke uvesentlig forskjell mellom utsendte arbeidstakers rettigheter og de rettighetene som følger av at norsk rett skal anvendes i kraft av de alminnelige lovvalgsreglene. Det må antas at det har en viss betydning for utenlandske arbeidsgivere å unngå de norske stillingsvernet med bl.a. ugyldighetsvirkning som hovedregel og retten til å fortsette i stillingen under forhandlinger og søksmål. Oppsigelsessakene mot Ryanair og Crewlink<sup>199</sup> der selskapene gjorde store anstrengelser for å unngå norsk rett og norsk jurisdiksjon illustrerer dette.

#### 8.11.4 Andre lover

- *Ferieloven* (lov 29. april 1988 nr. 21) gjelder i sin helhet.

Ferieloven har som utgangspunkt et høyere rettighetsnivå enn det som følger av arbeidstidsdirektivets artikkel 7 om minst 4 uker betalt ferie. Men det er spørsmål om den norske opptjeningsmodellen som innebærer at arbeidstakerne ikke har krav på kompensasjon før i kalenderåret etter første opptjeningsår, oppfyller direktivets krav<sup>200</sup>. Vi går ikke inn på dette her.

- Arbeidsmarkedsloven § 27<sup>201</sup>

Bestemmelsen har i sin helhet dette innholdet:

*«§ 27. Utleie av arbeidstakere*

*Virksomheter som leier ut arbeidstakere må oppfylle følgende betingelser:*

1. *Virksomhet som har leiet ut en arbeidstaker, kan ikke begrense arbeidstakerens mulighet til å ta arbeid hos innleier etter at ansettelsesforholdet hos utleier er avsluttet.*
2. *Virksomheten kan ikke leie ut en arbeidstaker til en av arbeidstakerens tidligere arbeidsgivere før det har gått seks måneder siden arbeidstakeren sluttet hos denne.*
3. *Virksomheten kan ikke kreve betaling av arbeidstakeren for utleietjenester.*

*Departementet kan i forskrift fastsette nærmere vilkår for melding, rapportering, tilsyn, organisering og drift av utleievirksomheten. Departementet kan i forskrift fastsette vilkår for innleie av arbeidstaker fra utleievirksomhet og for tilsyn med slik innleie.*

*Departementet kan i forskrift fastsette særlige regler for virksomheter som driver utleie av sjøfolk.»*

---

<sup>199</sup> Sakene er behandlet av oss i kapitlet om lovvalg og jurisdiksjon

<sup>200</sup> Se Lars Holos kommentar til ferieloven i Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata, og Ferieloven, Lovkommentar, Universitetsforlaget, av Julie Piil Lorentzen og Ragnhild J. Nakling. Se også klagesak for ESA, som begynte med ESAs brev av 13.12.2019 til Arbeids- og sosialdepartementet, ref. Case No: 84481, og ASDs saksnummer 19/4123.

<sup>201</sup> Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester. I Lovdata er det skrevet at det er § 7 som skal gjelde ved utsending, men dette er feilskrift.

- Likestillings- og diskrimineringsloven<sup>202</sup> med et utvalg bestemmelser. Vi nøyer oss med å vise til bestemmelsene med forarbeider. Spesielt viser vi til Prop. L (2016-2017) kapittel 5, Internasjonalt vern mot diskriminering, og kapittel 6, EU-regler om diskriminering der det fremgår i hvilken utstrekning diskrimineringsvernet og forbudene mot forskjellsbehandling i bl.a. arbeidsforhold som også tilkommer arbeidstakere i andre EØS-land.

#### 8.11.5 Minstelønn og allmenngjøring av tariffavtalebestemmelser

Utsendingsforskriftens § 3 andre ledd viser til den norske måten å fastsette *minstelønn* på:

*«Hvis arbeidsforholdet for en utsendt arbeidstaker faller inn under anvendelsesområdet for et vedtak etter lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v., skal de bestemmelser som er allmenngjort og som gjelder lønn eller arbeids- og ansettelsesvilkår etter første ledd gjelde for arbeidsforholdet.»*

Tariffnemndas vedtak om minstelønn er *forskrifter*, og det er da denne bestemmelsen i direktivet som danner grunnlaget for utsendingsforskriftens bestemmelse som er sitert ovenfor, understreket her:

*«Artikkel 3*

*Arbeids- og ansettelsesvilkår*

*1. Medlemsstatene skal påse at foretakene nevnt i artikkel 1 nr. 1, uansett hvilken lovgivning som gjelder for arbeidsforholdet, på områdene nedenfor sikrer arbeidstakere som er utsendt til deres territorium, de arbeids- og ansettelsesvilkår som i medlemsstaten der arbeidet utføres, er fastsatt*

*- ved lov eller forskrift og/eller ...»*

Utsendingsdirektivet har en annen hjemmel for minstelønn, og den gjelder følgende:

*«...er fastsatt*

*- ...*

*- ved tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet i henhold til nr. 8, i den utstrekning de angår virksomhet som er nevnt i vedlegget.»*

Henvisningen til «nr. 8» gjelder samme paragraf nr. 8 som i første ledd bestemmer:

*«8. Med «tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som er erklært å ha allmenn gyldighet» menes tariffavtaler eller voldgiftskjennelser som må overholdes av alle foretak i det aktuelle geografiske område og innenfor det aktuelle yrke eller den aktuelle næring.»*

Dette er ikke aktuelt for Norges vedkommende. Vi har ikke et rettsgrunnlag for en slik *egentlig* allmenngjøring av tariffavtaler. Og vedlegget som det er vist til i sitatet ovenfor gjelder «alt byggearbeid i forbindelse med oppføring, reparasjon, vedlikehold, ombygging eller riving av bygninger, særlig følgende arbeid ...». Dette innebærer at den bestemmelsen også av den grunn er uaktuell for *luftfartsvirksomhet* i Norge.

---

<sup>202</sup> Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering

Når det gjelder minstelønn, følger det altså av utsendingsforskriften at eventuelle norske minstelønnsbestemmelser fastsatt i forskrift av Tariffnemnda i medhold av allmenngjøringsloven<sup>203</sup>, også må respekteres av den utenlandske arbeidsgiveren ved utsending til Norge. Slike forskrifter må bygge på *landsomfattende tariffavtaler* inngått mellom *store organisasjoner*<sup>204</sup> og kan bare *kreves* av de organisasjonene som er parter i tariffavtalen. Dette er ikke et instrument for myndighetene<sup>205</sup>. Tariffavtaler for flygende personell i Norge er inngått bedriftsvis og fyller ikke lovens vilkår om å være landsomfattende. Arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene har hittil ikke inngått slike landsomfattende tariffavtaler med minstelønnsbestemmelser for flygende personell som loven krever. Det har derfor ikke vært aktuelt med noen behandling i Tariffnemnda for denne sektoren.

Sammenlignet med norsk lovvalg etter de alminnelige lovvalgsreglene gir utsendingsreglene færre minsterettigheter for arbeidstakerne siden utsendingsreglene bare gjelder en kjerne av minsterettigheter. Flyselskaper fra lavkostland med egne arbeidstakere vil fortsatt ha visse konkurransefortrinn ved midlertidig utsending som kommer inn under utsendingsreglene, sammenlignet med fullt norsk lovvalg. Men det konkurransefortrinnet som består av lavere lønnskostnader enn de som norske flyselskapene har, vil gjelde både ved utsending og fullt lovvalg siden vi ikke har minstelønnsforskrift for luftfartsbransjen som ville vært gjeldende både etter utsendingsreglene og ved fullt norsk lovvalg. Dette skyldes at det som nevnt hittil ikke er gitt forskrifter om minstelønn i medhold av allmenngjøringsloven for flygende personell.

### 8.12 Nærmere om allmenngjøringslovens vilkår

Allmenngjøringsloven § 5 inneholder vilkårene for allmenngjøringsforskrift og viser til de begrensninger som følger av utsendingsreglene:

*«§ 5. Vedtak om allmenngjøring av tariffavtaler mv.*

*Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje, med de begrensninger som følger av eller i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7.*

*Tariffnemnda kan treffe slikt vedtak dersom det er dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.»*

Den neste paragrafen gjelder vedtakets innhold:

*«§ 6. Vedtakets innhold*

---

<sup>203</sup> Lov nr. 58/1993, Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven)

<sup>204</sup> Her siktes det til organisasjoner med «innstillingsrett» mht forslag til medlemmer av Arbeidsretten etter arbeidstvistloven (lov nr. 9/2012) § 39: «Arbeidsgiverforening som omfatter minst 100 arbeidsgivere som til sammen sysselsetter minst 10 000 arbeidstakere, samt fagforening som har minst 10 000 arbeidstakere som medlemmer, kan hver for seg fremsette forslag til to dommere med varadommere.»

<sup>205</sup> Et unntak er at Tariffnemnda «kan av eget tiltak treffe vedtak om allmenngjøring dersom allmenne hensyn krever slik regulering». Dette gjelder imidlertid bare bestemmelser som har sitt grunnlag i landsomfattende tariffavtale. Regjeringen eller andre myndighetsorganer kan ikke kreve at Tariffnemnda utsteder en slik forskrift, og vi har i Norge ikke tradisjon ellers for at myndighetene på annen måte innfører minstelønn.

*Vedtak om allmenngjøring etter § 5 kan bare gjelde de deler av tariffavtalen som regulerer de enkelte arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår. I særlige tilfeller kan Tariffnemnda fastsette andre lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av tariffavtalen.*

*Dersom Tariffnemnda finner det nødvendig å fastsette lønns- og arbeidsvilkår på områder som også er regulert i annen lovgivning, skal dette begrunnes særskilt.*

*I tillegg til de opplysninger som er nevnt i forvaltningsloven § 38 første ledd bokstavene a og b, skal nemndas vedtak inneholde:*

- a) en nærmere angivelse av de tariffavtalebestemmelser som allmenngjøres og de bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår som fastsettes i medhold av første eller andre ledd foran,*
- b) bestemmelser om tidspunktet for vedtakets ikrafttreden.*

*De lønns- og arbeidsvilkår som er fastsatt i Tariffnemndas vedtak, skal gjelde som ufravikelige minstevilkår i arbeidsforholdet mellom en arbeidstaker som omfattes av vedtaket og dennes arbeidsgiver.»*

Som vi har påpekt tidligere, er det i flybransjen ikke inngått noen «landsomfattende» tariffavtaler hittil. Tariffavtalene<sup>206</sup> er inngått med hver enkelt arbeidsgiver (direkteavtale) eller med arbeidsgiverforening, men fortsatt med et virkeområde som er begrenset til selskapet.

Som nevnt foran, ligger det også en begrensning i bestemmelsen om hvem som kan fremsette krav om allmenngjøringsforskrift:

*«§ 4. Krav om allmenngjøring av tariffavtaler mv.*

*For at Tariffnemnda skal ta et krav om allmenngjøring av en tariffavtale til behandling, er det et vilkår at kravet er fremsatt av en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon som er part i avtalen og har innstillingsrett etter arbeidstvistloven § 39 første ledd. Bare slike organisasjoner kan kreve at nemnda realitetsbehandler et krav om allmenngjøring.*

*Organisasjon som nevnt i første ledd, må fremlegge dokumentasjon som gir grunn til å tro at lovens vilkår for å treffe vedtak om allmenngjøring er oppfylt, jf. § 5.*

*Tariffnemnda kan av eget tiltak treffe vedtak om allmenngjøring dersom allmenne hensyn krever slik regulering.»*

Hvis Norge skal kunne motvirke sosial dumping i form av lavere lønnsnivå enn det som gjelder i de norske flyselskapene, må det inngås landsomfattende tariffavtaler av organisasjoner med den foreskrevne medlemsmassen. Dette er hittil ikke gjort.

Med landsomfattende tariffavtaler menes avtale som gjelder en bransje eller del av en bransje. Vi viser til denne beskrivelsen<sup>207</sup>:

*«Det inngås forskjellige tariffavtaler i arbeidslivet. Det vanlige mønsteret i LO-NHO-området er at to parter inngår en hovedavtale som inneholder mer varige og overordnede forhold mellom partene. Hovedavtalen er inngått mellom LO med samtlige forbund og avdelinger, og NHO med samtlige*

---

<sup>206</sup> Tariffavtale er i arbeidstvistloven (lov nr. 9/2012) § 1 definert slik i § 1 e: «tariffavtale: en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold»

<sup>207</sup> Stein Evju i «Det kollektive arbeidslivet», Universitetsforlaget 2003 side 48-49

landsforeninger, lokale foreninger og enkeltbedrifter. Under hovedavtalen sorterer så en landsdekkende tariffavtale om lønns- og arbeidsvilkår; tariffavtalen er gjerne avgrenset mot andre tariffavtaler i næringsmessig forstand, eller den dekker bare visse yrkesgrupper. Tariffavtalen er inngått mellom LO og et enkelt forbund på den ene siden, og NHO og en eller flere landsforeninger på den andre siden.

Under tariffavtalen kan det så inngås lokale tariffavtaler eller særavtaler ved den enkelte bedrift som dekkes av tariffavtalen. ... De lokale avtalene inngås av de lokale partene, altså virksomheten og det lokale leddet av arbeidstakerorganisasjonen.»

De tariffavtalene som er inngått i Norge for flypersonell er ikke minstelønnsavtaler, men normallønnsavtaler som innebærer at arbeidstakernes individuelle lønn følger direkte av tariffavtalen. Nivåene kan variere fra bedrift til bedrift siden avtalene forhandles og inngås bedriftsvis.

### 8.13 Lønnsdannelse i Norge

Vi finner det hensiktsmessig å gjengi denne beskrivelsen av lønnsdannelsen i Norge<sup>208</sup>:

#### «3.3.4 Lønnsdannelse

Lønn må kunne sies å være det viktigste temaet i tariffavtalene. Noe av viktigheten skyldes at det ikke finnes lovgivning om lønnsnivå i Norge, i motsetning til mange andre vestlige land hvor lovbestemt minimumslønn spiller en rolle. Måten lønnen reguleres på i tariffavtaler, varierer imidlertid mye. Noen avtaler har uttømmende reguleringer om lønn, slik at den enkelte arbeidstaker i prinsippet kan lese sitt eget lønnsnivå ut av avtalen. Andre avtaler regulerer minstelønnsnivået i bransjen eller yrket, andre avtaler igjen begrenser seg til å gi regler for hvordan lønnsdannelsen skal foregå på den enkelte bedrift eller virksomhet. ...

Privat sektor, arbeideravtaler

...

Når det gjelder lønnsdannelsen i arbeideravtaler, kan vi som hovedprinsipp skille mellom normallønnsavtaler og minstelønnsavtaler. En vanlig presisering av normallønnsavtalene er at de regulerer lønnsfastsettelsen sentralt og på en uttømmende måte. Avtalebestemmelsene omhandler hva som skal utbetales per time, uke eller måned, og lønnssetningene er ofte gradert etter det arbeidet som utføres, den utdanning eller opplæring arbeidstakeren har, og den tjenestetiden i bedriften, yrket eller bransjen som arbeidstakeren har. Ved normallønnsbegrepet forutsettes det altså at det ikke er lokale forhandlinger om lønn på den enkelte bedrift.

Minstelønnsavtaler fastsetter det minste som skal betales en kategori arbeidstakere. Utover det kan det gis lokale tillegg, basert på de i avtalen fastsatte kriterier. ...

Privat sektor, funksjonæravtaler

Historisk har distinksjonen mellom normallønns- og minstelønnsavtaler vært viktigst for arbeideravtalene mellom LO og NHO. Går en til funksjonærsjiktet, finner en også en tredje avtaleform, nemlig tariffavtaler uten lønnssetninger. I slike avtaler er lønnsbestemmelsene begrenset til en omtale av den

---

<sup>208</sup> Stein Evju, ss. Side 69-70 og 77-78



*lokale prosedyren for lønnsfastsettelse, og denne prosedyren involverer den lokale arbeidstakerparten i større eller mindre grad. ...»*

Vi vil i det følgende gå inn på reformmuligheter på dette området. Allmenngjøringslovens vilkår for å kreve allmenngjøringsforskrift er et nasjonalt anliggende. Det er ingen EØS-rettslige begrensninger på hvilke typer tariffavtaler eller hvilke tariffavtaleparter som skal gjelde. Det eneste forbeholdet her er visse krav til klarhet og innsyn, og forskriften må være bindende også for norske virksomheter og arbeidstakere.

#### **8.14 Endring av utsendingsdirektivets lønnsbestemmelse: Fra minstelønn til lønn**

Før vi går inn på de reformmuligheter som ligger i endringer av disse vilkårene i allmenngjøringsloven, vil vi peke på den utviklingen som er skjedd i form av *endringsdirektivet* som er under behandling av ASD for innarbeiding i norsk rett.

Utsendingsdirektivets lønnsrettighet for utsendte arbeidstakere, som ikke har høyere lønn fra før, er uttrykt slik i artikkel 3 nr. 1:

*«c) minstelønn, herunder overtidsbetaling; dette gjelder ikke for supplerende yrkesbaserte pensjonsordninger»*

*Fortalen til endringsdirektivet gir stor oppmerksomhet til lønnsproblematikken. Vi gjengir et utdrag og understreker endringen fra minstelønn til bruttolønn og krav om klarhet og innsyn som er en forutsetning som det er viktig å sikre når det er tariffavtalebestemmelser som gjøres allment bindende:*

*«(16) På et virkelig integreret og konkurrencepræget indre marked konkurrerer virksomheder på grundlag af faktorer såsom produktivitet, effektivitet og arbejdsstyrkens uddannelses- og kvalifikationsniveau samt deres varers og tjenesteydelsers kvalitet og graden af innovation heraf.*

*(17) Det henhører under medlemsstaternes kompetence at fastsætte regler om aflønning i overensstemmelse med national ret og/eller praksis. Lønfastsættelse er alene et anliggende for medlemsstaterne og arbejdsmarkedets parter. Det skal navnlig sikres, at nationale lønfastsættelsessystemer eller de involverede parter frihed ikke undermineres.*

*(18) Ved sammenligning af den løn, der udbetales til en udstationeret arbejdstager, og den løn, der er i overensstemmelse med national ret og/eller praksis i værtsmedlemsstaten, bør bruttolønnen tages i betragtning. Det er den samlede bruttoløn, der bør sammenlignes, og ikke aflønningens enkelte bestanddele, som gøres obligatoriske som fastsat i dette direktiv. For at sikre gennemsigtighed og hjælpe de kompetente myndigheder og organer, når de gennemfører inspektioner og kontroller, er det ikke desto mindre nødvendigt, at de bestanddele, hvoraf aflønningen består, kan identificeres i tilstrækkeligt omfang i henhold til national ret og/eller praksis i den medlemsstat, hvorfra arbejdstageren blev udstationeret. Medmindre ydelser, der specifikt vedrører udstationeringen, vedrører udgifter, der reelt er afholdt i forbindelse med udstationeringen, såsom udgifter til rejse, kost og logi, bør de betragtes som en del af aflønningen og bør derfor tages i betragtning med henblik på sammenligning af den samlede bruttoløn.*

*(20) I betragtning af relevansen af ydelser, der specifikt vedrører udstationeringen, bør usikkerhed med hensyn til, hvilke bestanddele af sådanne ydelser, der er afsat til godtgørelse af udgifter, som er afholdt i forbindelse med udstationeringen, undgås. Hele ydelsen bør betragtes som værende betalt som godtgørelse af udgifter, medmindre de arbejds- og ansættelsesvilkår, der stammer fra de love, administrative bestemmelser, kollektive aftaler, voldgiftskendelser eller kontraktmæssige aftaler, som finder anvendelse på ansættelsesforholdet, angiver, hvilke bestanddele af ydelserne, der er afsat til*

godtgørelse af udgifter, som er afholdt i forbindelse med udstationeringen, og hvilke, der er en del af aflønningen.

(21) Aflønningens bestanddele og andre arbejds- og ansættelsesvilkår i medfør af national ret eller kollektive aftaler som omhandlet i dette direktiv bør være klare og gennemsigtige for alle virksomheder og udstationerede arbeidstagere. Eftersom gennemsigtighed og adgang til oplysninger har afgørende betydning for juridisk sikkerhed og retshåndhævelse, er det for så vidt angår artikel 5 i direktiv 2014/67/EU berettiget at udvide medlemsstaternes forpligtelse til at offentliggøre oplysningerne om arbejds- og ansættelsesvilkår på det centrale officielle nationale websted til de bestanddele af aflønning, der er obligatoriske, og til det supplerende sæt arbejds- og ansættelsesvilkår, der finder anvendelse for udstationeringer, som overstiger 12 eller, hvor det er relevant, 18 måneder, i medfør af dette direktiv. Hver medlemsstat bør sikre, at oplysningerne givet på det centrale officielle nationale websted er nøjagtige, og at de ajourføres regelmæssigt. Sanktioner pålagt en virksomhed på grund af manglende overholdelse af de arbejds- og ansættelsesvilkår, som udstationerede arbeidstagere skal sikres, bør stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen, og sanktionen bør fastsættes under hensyntagen til navnlig om oplysningerne på det centrale officielle nationale websted om arbejds- og ansættelsesvilkår er angivet i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 2014/67/EU, idet arbejdsmarkedets parter autonomi respekteres»

I tråd med det som uttrykkes i fortalen, er «minstelønn» blitt erstattet med «aflønning» i den danske språkversjonen som i ASDs høringsnotat er foreslått uttrykt med «godtgjørelse» i stedet for f.eks. bare «lønn» slik den svenske språkversjonen bruker.<sup>209</sup> Uansett ordvalg er det viktig å få fram den realitetsendringen som ligger i det nye lønnsbegrepet; det skal ikke lenger bare være minstelønnsbestemmelser, men bruttolønningen som er gjort bindende for andre enn tariffavtalens parter.

Når det gjelder endringsdirektivets lønnsbegrep og endringen fra minstelønn til lønn, viser vi til fremstillingen som gis av Andreas van den Heuvel i hans bok om minstelønn, kapittel 13, «Fra 'minimum rates of pay' til 'remuneration'».<sup>210</sup>

### 8.15 Reformtanker om allmenngjøringsloven

Vi vil her gi et kort sammendrag av Andreas van den Heuvels drøftelser av en mulig reform av allmenngjøringsloven for å legge forholdene bedre til rette for allmenngjøringsforskrifter.<sup>211</sup> Tariffavtalene innen luftfartssektoren er, som nevnt foran, bedriftsvise og ikke landsdekkende, og de inneholder ikke bransjestandarder som kunne gi grunnlag for å konstatere hva som er representative lønnsnivåer for flypersonell.

Van den Heuvel drøfter bl.a. disse vilkårene:

#### a) Dokumentasjonskravet

---

<sup>209</sup> Slik NHO i sin høringsuttalelse har argumentert godt for, jfr. brev av 30.10.2020 til ASD. Den engelske språkversjonen endrer det opprinnelige direktivets uttrykk «minimum rate of pay» til «remuneration», og den tyske fra «mindestlohnsätze» til «entlohnung».

<sup>210</sup> Side 262 flg. i Andreas van den Heuvel, «Minstelønn – Forpliktelser, Begrensninger og løsninger», Gyldendal 2019. Boken er iflg. forordet «en så godt som ubearbeidet versjon» av hans PhD-avhandling ved UiO i 2018.

<sup>211</sup> Bokens kapittel 21, «Ekstensjon av tariffavtalte vilkår», side 385 flg.

Allmenngjøringslovens § 4 andre ledd lyder:

*«Organisasjon som nevnt i første ledd, må fremlegge dokumentasjon som gir grunn til å tro at lovens vilkår for å treffe vedtak om allmenngjøring er oppfylt, jf. § 5.»*

Van den Heuvel viser til dette kravet<sup>212</sup> og ser grunner til å fjerne det. Han skriver på side 403:

*«Hensynet til konkurranselighet og kollektiv selvregulering tilsier at allmenngjøring bør være en mulighet selv om det bare er norske arbeidstakere som får dårligere vilkår.*

...

*En annen grunn til å endre allmenngjøringsloven handler om hvilke lønns- og arbeidsvilkår som gjøres allment gjeldende. I norsk sammenheng er det ofte enighet om at minstelønn bør allmenngjøres. Uenigheten handler ofte om allmenngjøring av andre vilkår enn lønn. En mulig løsning kan derfor være å ha ulike betingelser for allmenngjøring av minstelønnssetninger og allmenngjøring av andre vilkår.»*

b) *Endring av vilkåret om at tariffavtalens parter må ha «innstillingsrett»*

Et vilkår for å kunne kreve allmenngjøringsforskrift basert på tariffavtaler, er at avtalen er landsomfattende og inngått av organisasjoner av en viss størrelse, fagforeninger med minst 10 000 medlemmer og arbeidsgiverorganisasjoner med minst 100 medlemsbedrifter med til sammen minst 10 000 ansatte<sup>213</sup>. Van den Heuvel argumenter for å endre dette vilkåret slik at flere organisasjoner og tariffavtaler inkluderes og sammenfatter sin argumentasjon slik<sup>214</sup>:

*«Det er ut fra dette grunner til å endre kravet om innstillingsrett i allmenngjøringsloven. Dette kravet er ikke dekkende for å fange opp hvilke organisasjoner som er representative i bransjen allmenngjøringsvedtaket skal gjelde for. Etersom allmenngjøring involverer noen parter og holder andre utenfor, er det særlig viktig at reglene om hvem som kan kreve allmenngjøring, er velfunderte. Unntaket i § 4 tredje ledd om at Tariffnemnda av eget tiltak kan treffe vedtak om allmenngjøring dersom allmenne hensyn tilsier det, endrer ikke dette.*

*Et alternativ kan være at tariffparter som organiserer en viss andel av arbeidstakerne/virksomhetene i bransjen, kan kreve allmenngjøring. Slik sikres det at den avtalen som har overveiende betydning for reguleringen av lønns- og arbeidsvilkår i en bransje, og derfor er den representative tariffavtalen, også er den som kan gjøres allment gjeldende.»*

c) *Vilkåret om at tariffavtalen må være landsdekkende*

Vi føyer til at det er i forlengelsen av van den Heuvels argumentasjon er grunner til å ta vilkåret om at tariffavtalene må være *landsomfattende* opp til vurdering. Som han er inne på i argumentasjonen foran, kan det i de enkelte bransjer være grunnlag for Tariffnemnda til å bygge på normene i tariffavtaler som er representative for bransjen på et bredere grunnlag, uavhengig av om de er gitt i landsdekkende tariffavtaler.

---

<sup>212</sup> Kapittel 21.3, «Betingelser for dokumentasjonskravet. Alternativer til dokumentasjonskravet», side 393 flg. særlig kapittel 21.4.3, «Grunner til å endre dokumentasjonskravet?» side 402 flg.

<sup>213</sup> Arbeidstvistloven § 39. Se Ot.prp. nr. 26 (1992-1993) om begrunnelsen for lovens vilkår.

<sup>214</sup> Side 407

Vi avslutter med å peke på at det i tilfelle kan være gode grunner til å vurdere en eventuell endring av allmenngjøringsloven i sammenheng med gjennomføringen av endringsdirektivet som ASD for tiden arbeider med.

## 8.16 Pay to fly

Begrepet «pay to fly» har ikke et klart innhold. Det typiske ved pay to fly er at piloter mottar redusert eller ingen betaling for arbeid mens de opparbeider seg flytimer de trenger for å sikre seg formelle kvalifikasjoner. Begrepet dekker også tilfeller hvor piloter betaler for å opparbeide seg flytimer. Pay to fly er behandlet i NOU 2019:22 punkt 6.4.2 hvor det gis en nærmere beskrivelse:

*På et helt overordnet nivå kan man si at en pilot som trenger flytimer på flytyper i kommersiell transport under en pay-to-fly-ordning kjøper kvalifiserende tjenester. Det ytes med andre ord en kvalifiserende tjeneste til eleven mot et vederlag. I et vanlig arbeidsforhold er rollene normalt motsatt; den ansatte yter en tjeneste til arbeidsgiveren, og mottar til gjengjeld betaling i form av lønn. En del av de arrangementene som løselig omtales som pay-to-fly ser ut til å være hybrider av kvalifiserings- og arbeidsavtaler, og blandingsforholdet av ytelse og motytelse ser ut til å variere.*

*Det må trekkes et klart skille mellom pay-to-fly og såkalte 'bonding'-avtaler. Bonding innebærer typisk at en pilot binder seg til å jobbe for et flyselskap i en viss tid, typisk tre år, for på den måten å opparbeide seg flytimer mot en avtalt lønn. Slike bindinger er ikke pay-to-fly.*

*I den andre enden av skalaen har man de klare pay-to-fly-tilfellene der en pilot betaler kontant for å opparbeide seg flytimer. Betalingen kan skje til en tredjepart som del av en større pakkeløsning, men realiteten er at piloten ikke mottar betaling for det arbeidet som utføres.*

*I mellom disse ytterpunktene kan man tenke seg mange grader av underkompensasjon fra flyselskapet til piloten som betaling fra piloten for at han opparbeider seg flytimer – eventuelt også som kompensasjon for at flyselskapet pådrar seg kostnader det ellers ikke ville ha hatt.*

Det foreligger ikke noen generelle arbeidsrettslige regler som forbyr pay to fly. Som påpekt i ovennevnte utredningen forbyr ikke norsk rett arbeidsforhold hvor arbeidstakeren arbeider uten å få betalt for det, eller for et sterkt begrenset vederlag. Der det imidlertid foreligger tariffavtale med minstelønn eller, som i norsk luftfart, normallønnsavtaler, vil det ikke kunne avtales pay to fly-ordninger. Tilsvarende vil være tilfelle ved en eventuell allmenngjøring.

En del av kritikken mot pay to fly er at slike ordninger vil kunne utgjøre en risiko for flysikkerheten<sup>215</sup>. Det faller imidlertid utenfor vårt mandat å ta stilling til om luftfartsregulatoriske regler innebærer begrensninger på adgangen til å kunne avtale pay to fly-ordninger.

## 9 NÆRMERE OM HÅNDHEVING OG TILSYN MED UTSENDINGSREGLENE

### 9.1 Tilsyn med utsendingsreglene

Det følger av utsendingsdirektivet artikkel 3, sammenholdt med artikkel 5, at medlemstatene har en plikt til å sørge for at utsendingsvirksomheten etterlever nasjonale regler om lønns- og arbeidsvilkår som utledes av direktivet. Ansvaret for dette ble presisert og forsterket gjennom håndhevingsdirektivet.

---

<sup>215</sup> Dette er fremhevet i den såkalte Ghent-rapporten: Y. Jorens, D. Gillis, L. Valcke & J. De Coninck, 'Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector', European Social Dialogue, European Commission, 2015.

Det er Luftfartstilsynet som fører tilsyn med arbeidsmiljøloven § 1-7 og utsendingsforskriften, jf. arbeidsmiljøloven § 18-1 sammenholdt med 2018-forskriften. Videre kan Luftfartstilsynet gi pålegg og fatte enkeltvedtak som er nødvendig for å sikre etterlevelse, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6 samt fatte vedtak om overtredelsesgebyr, jf. arbeidsmiljøloven § 18-10.<sup>216</sup> Luftfartstilsynets tilsynskompetanse er som nevnt begrenset til flygende personell.

Det er videre innført enkelte regler som skal legge til rette for myndighetenes tilsyn og kontroll med at utsendingsreglene etterleves, som i stor grad bygger på håndhevingsdirektivet artikkel 9 nr. 1. Bestemmelsen gir anvisning på hvilke administrative krav og kontrollmekanismer EØS-statene kan iverksette nasjonalt for å kontrollere og håndheve reglene om lønns- og arbeidsvilkår som følger av utsendingsdirektivet. Bestemmelsen gir en oversikt over konkrete tiltak som EØS-landene kan ta i bruk. Det er lagt til grunn at disse tiltakene ligger innenfor det EU-retten for øvrig tillater.<sup>217</sup>

Listen over tillatte tiltak opplistet i håndhevingsdirektivet artikkel 9 nr. 1 er som følger:

*Medlemsstatene kan innføre bare de administrative krav og kontrolltiltak som er nødvendige for å sikre effektiv overvåking av overholdelsen av pliktene fastsatt i dette direktiv og i direktiv 96/71/EF, forutsatt at kravene og tiltakene er begrunnede og forholdsmessige i samsvar med unionsretten.*

*For disse formål kan medlemsstatene særlig innføre følgende tiltak:*

a) *En plikt for en tjenesteyter som er etablert i en annen medlemsstat, til å avgi en enkel erklæring til ansvarlige nasjonale vedkommende myndigheter senest når tjenesteytingen starter, på det eller de offisielle språkene i vertsstaten eller på et annet språk som vertsstaten har godtatt, med de relevante opplysninger som er nødvendige for å kunne utføre faktiske kontroller på arbeidsplassen, herunder*

- i) *tjenesteyterens identitet,*
- ii) *forventet antall klart identifiserbare utsendte arbeidstakere,*
- iii) *personene omhandlet i bokstav e) og f),*
- iv) *forventet varighet av utsendingen og planlagt start- og sluttdato,*
- v) *arbeidsplassens adresse(r) og*
- vi) *arten av tjenestene som begrunner utsendingen.*

b) *En plikt til å ha eller gjøre tilgjengelig og/eller oppbevare i papirform eller elektronisk kopier av ansettelsesavtalen eller et tilsvarende dokument i henhold til rådsdirektiv 91/533/EØF1, herunder, ved behov eller når det er relevant, tilleggsopplysningene omhandlet i artikkel 4 i nevnte direktiv, lønns slipper, timelister med angivelse av den daglige arbeidstidens start- og sluttid og varighet samt dokumentasjon på utbetalt lønn eller kopier av tilsvarende dokumenter, i utsendingsperioden og på et tilgjengelig og tydelig angitt sted på dens territorium, f.eks. på arbeidsplassen eller byggeplassen eller, for mobile arbeidstakere i transportsektoren, på det lokale kontoret eller i kjøretøyet som tjenesten utføres med.*

---

<sup>216</sup> Luftfartstilsynet er likevel ikke tilsynsmyndighet for diskrimineringsreglene i utsendingsforskriften § 3 første ledd bokstav d, som håndheves av Diskrimineringsnemnda, jf. diskrimineringsombudsloven § 11.

<sup>217</sup> Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett, Arbeids- og sosialdepartementet 13. januar 2016

- c) *En plikt til innen rimelig tid å levere dokumentene omhandlet i bokstav b) etter utsendingens slutt på anmodning fra myndighetene i vertsstaten.*
- d) *En plikt til å sørge for en oversettelse av dokumentene omhandlet i bokstav b) på det eller de offisielle språkene i vertsstaten, eller på et annet språk som vertsstaten har godtatt.*
- e) *En plikt til å utpeke en person som skal samarbeide med vedkommende myndigheter i vertsstaten der tjenesteytingen finner sted, og ved behov sende og motta dokumenter og/eller kunngjøringer.*
- f) *En plikt til om nødvendig å utpeke en kontaktperson som skal fungere som en representant, og som de berørte partene i arbeidslivet kan henvende seg til for å forsøke å få tjenesteyteren til å innlede kollektive forhandlinger i vertsstaten i samsvar med nasjonal lovgivning og/eller praksis, i perioden tjenestene ytes. Personen kan være en annen enn personen omhandlet i bokstav e), og trenger ikke være til stede i vertsstaten, men skal stå til rådighet ved en rimelig og begrunnet anmodning*

I medhold av håndhevingsdirektivet artikkel 9 nr. 2 kan andre tiltak enn de som er opplistet i artikkel 9 nr. 1 innføres dersom det oppstår situasjoner eller ny utvikling som gjør at eksisterende krav og kontrollmekanismer viser seg å ikke være tilstrekkelige eller virkningsfulle nok til å sikre effektiv kontroll med etterlevelsen av regelverket. Slike tiltak må i så fall være begrunnet og proporsjonale. Det er videre lagt til grunn at dette innebærer at for andre tiltak enn dem som følger av den uttømmende listen i artikkel 9 nr. 1, skal det undersøkes om tiltaket er forenelig med Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 56 (som tilsvarende EØS-avtalen artikkel 36). Etter artikkel 56 (artikkel 36) er enhver hindring på tjenestefriheten forbudt. På grunnlag av fast rettspraksis er det likevel sikker rett at det kan gjøres unntak fra dette forbudet for tiltak som forfølger et tvingende allment hensyn, og som er proporsjonalt.<sup>218</sup>

Norge har tatt i bruk enkelte av de tiltakene som er opplistet i håndhevingsdirektive artikkel 9 nr. 1. I forbindelse med gjennomføringen av håndhevingsdirektivet ble det blant annet innført et krav for utenlandske virksomheter som sender arbeidstakere til Norge om at arbeidsavtaler, oversikt over arbeidstiden og lønsslipp skal være tilgjengelig på arbeidsplassen i Norge, se utsendingsforskriften § 4. Dokumentene skal være tilgjengelig på norsk, dansk, svensk eller engelsk. Denne plikten kan luftfartstilsynet håndheve gjennom pålegg, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6. Bestemmelsen er en implementering av håndhevingsdirektivet art. 9. nr. 1 bokstav b, c og d.

I motsetning til de fleste andre EØS-land har Norge ikke innført en registreringsordninger for utsendte arbeidstakere, som omtalt i artikkel 9 nr. 1 bokstav a.<sup>219</sup> Registreringsordningen innebærer at utsendingsvirksomheten må melde fra til myndighetene i vertslandet og gi nærmere opplysninger om oppdraget som skal utføres. Hovedformålet med disse ordningene er å få bedre oversikt over virksomheter og arbeidstakere som er på midlertidige oppdrag i landet, og gjennom det effektivisere tilsyn og kontroll med etterlevelsen av regelverket i vertslandet.

En lignende ordning finnes imidlertid på skatteområdet. Etter skatteforvaltningsloven § 7-6 skal næringsdrivende og offentlig organ som gir person bosatt i utlandet eller selskap hjemmehørende i utlandet et oppdrag i riket eller på kontinentalsokkelen, gi opplysninger til skattemyndighetene om

<sup>218</sup> Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett, Arbeids- og sosialdepartementet 13. januar 2016, side 24.

<sup>219</sup> En oversikt over land med slike registreringsordninger er inntatt i THE APPLICATION OF THE EU POSTING RULES TO AIRCREW, av Dr. Gautier Busschaert and Dr. Pieter Pecinovskiy, 12 December 2019» s. 47 flg.

oppdraget og eventuelle underoppdrag. Oppdragstakeren har plikt til å gi opplysninger til skattemyndighetene om egne arbeidstakere som benyttes til å utføre oppdraget. Det nærmere innholdet i opplysningsplikten for oppdragsgiver og oppdragstaker er gitt i skatteforvaltningsforskriften § 7-6.

Formålet med reglene er å ivareta behovet for skattekontroll. I skatteforvaltningsloven § 3-3 om taushetsplikt er det gitt hjemmel for at skattemyndighetene skal kunne dele opplysninger, inkludert taushetsbelagte opplysninger, med andre offentlige myndigheter for å bekjempe arbeidslivskriminalitet. Bestemmelsen innebærer at Luftfartstilsynet, på visse vilkår, kan få tilgang til opplysninger om utenlandske tjenesteytere, som skattemyndighetene har fått i medhold av skatteforvaltningsloven § 7-6. Vi er ikke kjent med om denne muligheten benyttes.

Det fremgår av høringsnotat av 6. juli 2020 om gjennomføring av Direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet (endringdirektivet) at Arbeids- og sosialdepartementet vurderer om muligheten til å etablere en registreringsordning skal tas i bruk.

Norge har heller ikke benyttet seg av muligheten til å kreve en representant som skal representere den utenlandske tjenesteyteren overfor tilsynsmyndighetene, jf. artikkel 9 nr. 1 bokstav e eller stilt krav om at tjenesteyteren utpeker en representant som skal stå til rådighet for partene i arbeidslivet ved et eventuelt krav om å innlede kollektive forhandlinger jf. artikkel 9 nr. 1 bokstav f. Spørsmålet om å kreve representant fra utenlandske tjenesteytere var reist i forbindelse med høringen om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett og det var ulikt syn på dette i høringsuttalelsene.

## 9.2 Håndheving av utsendingsreglene

Håndhevingsdirektivet har bestemmelser som har som formål å sikre utsendte arbeidstakere mulighet til å forsvare og hevde sine rettigheter etter utsendingsdirektivet og håndhevingsdirektivet. Håndhevingsdirektivet artikkel 11 har regler som skal sikre utsendte arbeidstakere en effektiv adgang til å klage på sin arbeidsgiver, gå til søksmål og å kreve tilbakebetaling for urettmessig trekk i lønn. Artikkelen bygger på utsendingsdirektivet artikkel 5 og 6 og utfyller disse. Vi gjengir artikkel 11 i sin helhet:

### *Artikkel 11*

#### *Forsvar av rettigheter – enklere klageadgang – etterbetalinger*

1. Med henblikk på håndheving av pliktene i henhold til direktiv 96/71/EF, særlig artikkel 6, og dette direktiv, skal medlemsstatene sikre at det finnes effektive ordninger som utsendte arbeidstakere kan benytte for å inngi klager mot arbeidsgiverne direkte, og at de har rett til å innlede rettergang eller forvaltningssak, også i den medlemsstaten på hvis territorium arbeidstakerne er eller var utsendt, dersom arbeidstakerne anser at de er påført tap eller skade som følge av manglende anvendelse av gjeldende regler, selv etter at ansettelsesforholdet da mangelen skal ha oppstått, har opphørt.

2. Nr. 1 får anvendelse uten at det berører domsmyndigheten til domstolene i medlemsstatene, som fastsatt særlig i de relevante EU-rettsaktene og/eller internasjonale konvensjoner.

3. Medlemsstatene skal sikre at fagforeninger og andre tredjeparter, som foreninger, organisasjoner og andre juridiske personer som i samsvar med kriteriene fastsatt i nasjonal lovgivning har en rettmessig interesse av å sikre at dette direktiv og direktiv 96/71/EF overholdes, kan tre inn på vegne av eller til støtte for de utsendte arbeidstakerne eller deres arbeidsgiver og med deres godkjenning, i enhver rettergang og/eller forvaltningssak som har som mål å gjennomføre dette direktiv og direktiv 96/71/EF og/eller sikre at forpliktelsene i henhold til dette direktiv og direktiv 96/71/EF håndheves.

4. Nr. 1 og 3 får anvendelse uten å berøre

- a) nasjonale regler om foreldelsesfrister eller tidsfrister for lignende saker, forutsatt at de ikke anses for å gjøre det nærmest umulig eller overdrevent vanskelig å utøve disse rettighetene,
- b) annen myndighet og andre kollektive rettigheter for parter i arbeidslivet og representanter for arbeidstakere og arbeidsgivere, i henhold til nasjonal lovgivning og/eller praksis,
- c) nasjonale rettergangsregler for representasjon og forsvar ved domstolen.

5. Utsendte arbeidstakere som innleder rettergang eller forvaltningssak i henhold til nr. 1, skal være beskyttet mot ugunstig behandling fra arbeidsgiverens side.

6. Medlemsstatene skal sikre at arbeidsgiveren til den utsendte arbeidstakeren er ansvarlig for eventuelle rettigheter som tilkommer den utsendte arbeidstaker som følge av avtaleforholdet mellom arbeidsgiveren og den utsendte arbeidstakeren.

Medlemsstatene skal særlig sikre at det finnes nødvendige ordninger for å sikre at utsendte arbeidstakere kan motta

- a) eventuell utestående nettogodtgjøring som skulle ha vært utbetalt i henhold til de gjeldende arbeids- og ansettelsesvilkårene omhandlet i artikkel 3 i direktiv 96/71/EF,
- b) eventuell etterbetaling eller tilbakebetaling av skatt eller trygde- og pensjonspremier som urettmessig er tilbakeholdt fra lønnen deres,
- c) en tilbakebetaling av urimelige kostnader i forhold til nettogodtgjøringen eller kvaliteten på innkvarteringen, som er tilbakeholdt eller trukket fra lønnen for innkvartering som stilles til rådighet av arbeidsgiveren,
- d) når det er relevant, arbeidsgiverens innbetalinger til fond eller institusjoner som i fellesskap forvaltes av partene i arbeidslivet, som urettmessig er tilbakeholdt fra lønnen deres.

Dette nummer får også anvendelse når de utsendte arbeidstakerne har vendt tilbake fra medlemsstaten de de var utsendt til.

Artikkel 11 nr. 1 skal sikre at det finnes effektive mekanismer som gjør det mulig for utsendte arbeidstakere å klage på arbeidsgiveren og å innlede rettslige eller administrative prosesser for å følge sine krav. Denne retten skal også gjelde i det landet arbeidstakeren er eller har vært utsendt til, og selv om arbeidsforholdet har opphørt.

Det var ikke nødvendig å gjøre endringer i norsk rett som følge av denne bestemmelsen. I høringsnotatet om gjennomføring av håndhevingsdirektivet skriver Arbeids- og sosialdepartementet følgende om dette:

«Det følger av utsendingsforskriften § 4 at utsendte arbeidstakere til Norge kan reise søksmål mot sin arbeidsgiver her i landet, også etter at utsendingen er avsluttet. En utsendt arbeidstaker i Norge kan dermed gå til søksmål mot arbeidsgiver med påstand for eksempel om at arbeidsgiver blir pålagt å utbetale et utestående lønnskrav som følger av allmenngjøringsforskrifter.

Når det gjelder utsendte arbeidstakeres adgang til å håndheve sine rettigheter utenom domstolene, legger departementet til grunn at muligheten til å kontakte eller tipse Arbeidstilsynet om forhold i strid med



*reglene er tilstrekkelig til å ivareta direktivets krav på dette punktet. Muligheten til å tipse Arbeidstilsynet står i prinsippet åpen for alle, og kan benyttes også av for eksempel fagforeninger eller andre organisasjoner en utsendt arbeidstaker søker støtte hos.*

*Departementet legger derfor til grunn at det ikke er nødvendig å foreta noen endringer i dagens regler for å gjennomføre hovedprinsippet i håndhevingsdirektivet artikkel 11 om tilgang til rettslige og administrative midler, jf. artikkel 11 nr. 1.»<sup>220</sup>*

Artikkel 11. nr. 3 innebærer at medlemstatene skal sikre at fagforeninger og andre tredjeparter, som for eksempel foreninger, organisasjoner m.m. som i henhold til nasjonal rett har en legitim interesse i at håndhevingsdirektivet og utsendingsdirektivet blir etterlevd, kan tre inn i enhver rettslig eller administrativ sak på vegne av, eller til støtte for, utsendte arbeidstakere eller deres arbeidsgiver. Det er en forutsetning at slik inntreden har som formål å sikre at håndhevingsdirektivet og utsendingsdirektivet blir korrekt anvendt og/eller hevde rettighetene etter direktivene. Eventuell inntreden skal bare kunne skje med arbeidstakers eller arbeidsgivers samtykke.

Også her la Arbeids- og sosialdepartementet til grunn at det ikke var nødvendig å gjøre endringer i norsk rett. Vi gjengir departementets vurdering:

*«Med hensyn til kravet i nr. 3 om at fagforeninger eller andre tredjeparter skal kunne representere utsendt arbeidstaker, enten på vegne av eller til støtte for arbeidstaker viser departementet til at fagforeninger har en ikke ubetydelig adgang til å ta ut representative fastsettelsessøksmål etter tvisteloven. Videre viser departementet til dagens regler om partshjelp, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b. Departementet legger til grunn at rettstilstanden innebærer at hvis utfallet av en sak vil kunne berøre organisasjonen eller dens medlemmer, og den interessen som ivaretas naturlig omfattes av organisasjonens formål og virkefelt er vilkårene for partshjelp oppfylt. Departementet legger til grunn at dagens regler er tilstrekkelige for å ivareta direktivets krav om representasjon.*

*Som et tilleggsmoment viser departementet til at ved diskrimineringsaker gjør både arbeidsmiljøloven § 13-10 og likestillingsloven § 29 unntak fra hovedregelen i forvaltningsloven § 12 om at en part må være medlem av den organisasjonen vedkommende eventuelt ønsker å benytte som fullmektig. Bestemmelsene åpner for at en organisasjon som helt eller delvis har til formål å arbeide mot diskriminering etter de respektive lovene kan brukes som fullmektig.»*

Departementet peker på at fagforeninger har en ikke ubetydelig adgang til å ta ut representativt fastsettelsessøksmål etter tvisteloven, samt muligheten for å tre inn som partshjelp. Vi viser her til vår gjennomgang i punkt 4.2.

Artikkel 11 nr. 5 bestemmer at utsendte arbeidstakere som går til søksmål mot eller innleder administrativ klage mot arbeidsgiver skal beskyttes mot ugunstig handling fra arbeidsgiverens side. Bestemmelsen er implementert i utsendingsforskriften § 10 etter mønster fra den daværende regelen i arbeidsmiljøloven om forbud mot gjengjeldelse ved varsling. Vi går ikke nærmere inn på denne.

Artikkel 11 nr. 6 skal sikre at arbeidsgiver er ansvarlig for de rettighetene arbeidstaker har som en følge av avtaleforholdet og at det finnes mekanismer som muliggjør at utsendte arbeidstakere kan håndheve kravene oppstilt i bokstav a til d. På bakgrunn av artikkel 11 nr. 6 annet ledd bokstav c) ble det innført en ny bestemmelsen i utsendingsforskriften § 11 om at vederlag for innkvartering

---

<sup>220</sup> Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett, Arbeids- og sosialdepartementet 13. januar 2016, side 40.

stilt til disposisjon av arbeidsgiver skal stå i et rimelig forhold til arbeidstakers netto lønn og kvaliteten på innkvarteringen. For øvrig var det ikke nødvendig med ytterligere endringer i norsk rett. Departementet pekte på at den klare hovedregelen i norsk rett er at arbeidsgiver er ansvarlig for de rettighetene arbeidstaker har som følge av avtaleforholdet og at kravene nærmere opplistet er anerkjente krav som en utsendt arbeidstaker kan fremme ved søksmål mot arbeidsgiver.<sup>221</sup>

### 9.3 Særlig om endringsdirektivet og håndheving av utsendingsreglene

Med endringsdirektivet ble artikkel 5 i utsendingsdirektivet erstattet av en mer omfattende bestemmelse om tilsyn, kontroll og håndheving. Bestemmelsen er som følger:

*«Artikkel 5*

*Overvåkning, kontroll og håndhævelse*

*Den medlemsstat, på hvis område arbeidstageren er udstationeret, og den medlemsstat, hvorfra arbeidstageren er udstationeret, er ansvarlige for overvågingen, kontrollen og håndhævelsen af forpligtelserne i dette direktiv og direktiv 2014/67/EU og træffer passende foranstaltninger i tilfælde af manglende overholdelse af nærværende direktiv.*

*Medlemsstaterne fastsætter regler om sanktioner, der skal anvendes i tilfælde af overtrædelser af de nationale regler, der er vedtaget i medfør af dette direktiv, og træffer alle nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de gennemføres. Sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelserne og have afskrækkende virkning.*

*Medlemsstaterne sørger navnlig for, at arbeidstagere og/eller arbejdstagerrepræsentanter råder over egnede procedurer med henblik på gennemførelse af forpligtelserne i dette direktiv.*

*Når en medlemsstat efter en samlet bedømmelse i henhold til artikel 4 i direktiv 2014/67/EU fastslår, at en virksomhed uretmæssigt eller svingagtigt har givet indtryk af, at en arbejdstagers situation falder ind under nærværende direktivs anvendelsesområde, sikrer den pågældende medlemsstat, at arbejdstageren drager fordel af relevant ret og praksis.*

*Medlemsstaterne sikrer, at denne artikel ikke fører til, at den pågældende arbejdstager underlægges mindre gunstige vilkår end dem, der gælder for udstationerede arbejdstagere.»*

Selv om bestemmelsen er mer omfattende enn tidligere, er det lagt til grunn at de fleste av reglene i ny artikkel 5 stadfester det som allerede følger av håndhevingsdirektivet, uten å bringe inn vesentlige nye forpliktelser for statene.<sup>222</sup> Departementet har derfor ikke foreslått noen særskilt regulering eller endringer på dette punktet.

Det er likevel nyttig å ha med seg departementets vurdering av omgåelsestilfellene omhandlet i ny artikkel 5 fjerde og femte ledd, da dette sier noe om tilsynsmyndighetenes kontroll med og vurdering av om utsendelsesreglene kommer til anvendelse.

Artikkel 5 fjerde ledd gir anvisning på hvordan myndighetene i medlemsstatene skal forholde seg til forsøk på omgåelse av reglene som beskytter arbeidstakerne, ved at virksomheter feilaktig gir

---

<sup>221</sup> Høring om gjennomføring av håndhevingsdirektivet i norsk rett, Arbeids- og sosialdepartementet 13. januar 2016, side 43.

<sup>222</sup> Høringsnotat om gjennomføring av Direktiv (EU) 2018/957 om endringer i utsendingsdirektivet, Arbeids- og sosialdepartementet, 6. juli 2020, pkt. 12.2.1

inntrykk av at en situasjon faller innenfor direktivets virkeområder. Videre står det i femte ledd at medlemsstatene skal sikre at denne artikkel ikke fører til at arbeidstakeren får mindre gunstige vilkår enn dem som gjelder for utsendte arbeidstakere.

Departementet skriver følgende om artikkel 5 fjerde og femte ledd:

*«Det er ikke uten videre opplagt hvilke plikter denne bestemmelsen legger på statene. Sett i norsk kontekst legger departementet til grunn at artikkel 5 skal forstås slik at dersom tilsynsmyndighetene, etter å ha vurdert kriteriene som følger av utsendingsforskriften § 2, avdekker at en situasjon ikke dreier seg om reell utsending, plikter myndighetene å sørge for at arbeidstakeren omfattes av relevant rett og praksis. Hva som er relevant rett og praksis på kommer an på den konkrete situasjonen. Etter departementets vurdering er det imidlertid mest nærliggende at den situasjonen man har hatt til hensikt å regulere her, er grensen mellom utsending og etablering i vertslandet. Det vil si hvor en arbeidsgiver feilaktig (enten uaktsom eller forsettlig) har gitt inntrykk av at arbeidstakeren er utsendt og dermed bare underlagt deler av vertslandets rett, mens realiteten er at arbeidsforholdet har slik tilknytning til vertslandet (ref. kriteriene i utsendingsforskriften § 2, jf. håndhevingsdirektivet artikkel 4), at alle vertslandets regler kommer til anvendelse. Med andre ord slik at arbeidsforholdet kategoriseres innenfor retten til fri bevegelse for arbeidstaker, og ikke friheten til å yte tjenester. I en slik situasjon skal altså myndighetene sørge for at arbeidstakeren får de rettigheter som følger av norsk arbeidsrettslig regulering i sin helhet.*

*Presiseringen i femte ledd, om at bestemmelsen ikke må føre til at arbeidstakeren får mindre gunstige vilkår enn det som gjelder for utsendte arbeidstakere, må forstås slik at vertslandets rett likevel ikke skal gjelde fullt ut dersom det vil føre til mindre gunstige arbeids- og ansettelsesvilkår for arbeidstakeren (typisk dersom etableringslandets rett ville stille arbeidstakeren bedre).»<sup>223</sup>*

Departementet vurderer at artikkel 5 fjerde og femte ledd i prinsippet tilsvarer hvordan myndighetene i dag praktiserer grensedragningen mellom utsending av arbeidstakere, og etablering i det norske arbeidsmarkedet og vurderer derfor det slik at det ikke er nødvendig med særskilt regulering for å gjennomføre direktivet på dette punktet:

*«Slik departementet forstår denne den nye bestemmelsen i artikkel 5 fjerde og femte ledd om omgørelser, tilsvarer den i prinsippet hvordan myndighetene i dag praktiserer grensedragningen mellom utsending av arbeidstakere, og etablering i det norske arbeidsmarkedet. Departementet vurderer det derfor slik at det ikke er nødvendig med særskilt regulering for å gjennomføre direktivet på dette punktet.»<sup>224</sup>*

## 10 NORSKE MYNDIGHETERS HANDLINGSROM – SAMMENFATNING

### 10.1 Innledning

Utredningen beskriver retten til fri tjenesteutøvelse med egne arbeidstakere over landegrensene innen EØS-området generelt<sup>225</sup>, og innen luftfarten spesielt.<sup>226</sup> Nasjonale tiltak som stiller krav til

---

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> Ibid, punkt 12.3

<sup>225</sup> Traktaten om Den Europeiske Unions Virkemåte (TEUV), Avdeling IV, Fri bevegelse for personer, tjenester og kapital, kapittel 1, Arbeidstakere, artikkel 45 flg., og kapittel 3, Tjenester, artikkel 56 flg), og EØS-avtalens hoveddel, Del III, Fri bevegelse for personer, tjenester og kapital, Kapittel 1. Arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, artikkel 28 flg., og Kapittel 3. Tjenester, artikkel 36 flg.

<sup>226</sup> Vi viser til fremstillingen om bl.a. liberaliseringen av luftfarten internasjonalt og luftfartens friheter, se også NOU 2019:22 kap. 3.4 side 23 flg.

tjenesteutøvere fra andre land, er som utgangspunkt restriksjoner som kan komme i konflikt med retten til fri bevegelighet og tjenesteutøvelse.

Utsendingsdirektivet, håndhevingsdirektivet og direktivet om endring av utsendingsdirektivet er behandlet i et eget kapittel i utredningen. Dette er et regelsett som gir de landene som tjenesteutøvere kommer til, vertslandet, en rett og plikt til å sørge for at de utsendte arbeidstakerne får nytte godt av et knippe rettigheter som gjelder for arbeidstakere i vertslandet. Et viktig formål med disse direktivene er å sikre utsendte arbeidstakere fra land med lavere rettighetsnivå, det samme rettighetsnivået som vertslandets arbeidstakere har. Formålet med dette er å motvirke sosial dumping. Disse direktivene inngår i det arbeidet som utføres i regi av EU for å heve nivået på arbeidstakernes rettigheter innen hele EU, med planer og tiltak spesifikt også for Luftfartssektoren.

Den norske regjeringen og de berørte organisasjonene på arbeidsgiver- og arbeidstakersiden er aktive deltakere i dette arbeidet. Når det gjelder kontroll og tilsyn med at gjeldende regler blir etterlevet, har vi i utredningen på flere steder vist til det ansvaret Luftfartstilsynet har. Gjennom håndhevingsdirektivet er samarbeidet og informasjonsutvekslingen m.v. mellom myndighetene i de enkelte medlemslandene når det gjelder etterlevelsen av utsendingsdirektivet blitt styrket.

Vi vil i det følgende gi en kortfattet beskrivelse av hvilket handlingsrom norske myndigheter har for å iverksette tiltak på egen hånd.

## **10.2 Når kommer norsk rett fullt ut til anvendelse?**

Det som gir den beste beskyttelsen mot sosial dumping fra utenlandske tjenesteutøvere, er at norsk rett kommer til anvendelse fullt ut. Dette vil bidra til like konkurransevilkår og at ikke sosial dumping blir benyttet som konkurransemiddel. Det gir samtidig de utsendte arbeidstakerne rettigheter på nivå med det som gjelder for arbeidstakere her i landet.

For at norsk rett skal få anvendelse fullt ut, må vilkårene i de norske lovvalgsreglene være oppfylt. Norske regler om lovvalg er ulovfestede, men Justisdepartementet behandler for tiden forslag til lovregulering. Gjeldende norske lovvalgsregler er allerede, gjennom Høyesteretts praksis, i det vesentlige samordnet med de som gjelder i EU. Dette gjelder generelt, og det gjelder også spesielt for lovvalget for individuelle arbeidsavtaler. Arbeidsgiver og arbeidstaker kan avtale hvilket lands lover og domstoler som skal anvendes for deres arbeidsforhold, men de kan ikke gjennom slike avtaler frata arbeidstakerne deres ufriable, ulovfestede rettigheter. Hovedprinsippet er at loven og domstolene i det landet der arbeidet utføres, skal anvendes, hvis ikke arbeidsforholdet har nærmere tilknytning til et annet land.

Norge er ikke bundet av noen internasjonal konvensjon el.a. som legger bånd på utformingen av en lov om lovvalg. Dette stiller seg forskjellig fra jurisdiksjonen, der vi er bundet av – og har gjennomført i tvisteloven – Luganokonvensjonen. I Høyesteretts praksis, så vel som i EU-domstolens praksis, er det lagt vekt på å tolke og anvende reglene om lovvalg og reglene om jurisdiksjon på en slik måte at det landet som har domstolskompetansen også skal anvende dette landets rett.

Selv om lovvalgsreglene er nasjonale for Norges vedkommende, er det på denne bakgrunn lite som tyder på at Norge vil se seg tjent med å utforme en lovvalgslov som bryter med den rettsstilstanden vi har i dag.

Det er også lite sannsynlig at en norsk lov om lovvalg for individuelle arbeidsforhold vil inneholde bransjespesifikke særregler.

For flypersonell på internasjonale ruter kan det være vanskelig å bedømme i hvilket land de arbeider eller arbeider *fra*. Basetilhørighet er i mange typetilfeller det avgjørende kriteriet, men også andre momenter i det aktuelle saksforholdet kan bli tillagt vekt ved den helhetsvurderingen som skal foretas av hvor eller hvorfra personellet arbeider og om det er andre momenter som tilsier at arbeidsforholdet har nærmere tilknytning til et annet land.

Basetilhørigheten er i tillegg et forhold som kan variere mye i internasjonal luftfart. I utredningen har vi gjennomgått og beskrevet ulike baser; først og fremst *hjemmebase* og *sekundærbase*. Flypersonell kan ha tilknytning til både hjemmebase og sekundærbase på samme tid. Og sekundærbasen kan for mobilt personell variere over kortere eller lengre tid.

Norske domstoler har allerede behandlet saker om lovvalg og jurisdiksjon for flypersonell i individuelle arbeidsforhold med internasjonalt preg. I utredningens lovvalgskapittel har vi vist til bl.a. to saker der Ryanair ble saksøkt av arbeidstakere på Rygge. I begge sakene ble var arbeidstakerne utenlandske og hadde inngått arbeidsavtaler som pekte ut irsk rett og irske domstoler. Høyesterett ga arbeidstakerne medhold i at sakene skulle behandles etter norsk rett ved norske domstoler. EU-domstolens tolkningsuttalelser og premissene i Høyesteretts og lagmannsrettens avgjørelser i de sakene vi har presentert, gir god veiledning for bedømmelsen av fremtidige saker med varierende faktagrunnlag. Vi er av den oppfatning at det nå har utviklet seg en relativt høy grad av forutsigbarhet.

Jurisdiksjonsreglene i internasjonale, individuelle arbeidsrettstvister er internasjonalt harmonisert gjennom Luganokonvensjonen som er gjort til norsk lov gjennom tvisteloven § 4-8, og Brussel I-forordningen som gjelder for EU-landene. De avgjørende kriteriene i saker om individuelle arbeidsforhold er søkt harmonisert med lovvalgsreglene. Arbeidet i Justisdepartementets regi for å lovregulere norsk lovvalgsrett vil etter all sannsynlighet lede til en opprettholdelse av gjeldende domstolsskapt lovvalgsrett i Norge. Og denne har i økende grad allerede nærmet seg en harmonisering med Roma I-forordningen som gjelder for EU-landene. Dette er blitt ansett som en ønsket og formålstjenlig utvikling.

Det er ikke grunn til å regne med at det i arbeidet med å utarbeide en lovvalgslov vil bli ansett hensiktsmessig å ta inn presiserende regler for en spesifikk bransje som luftfarten. For norske myndigheter bør det derimot være en prioritert oppgave å styrke tilsyn og kontroll med at individuelle arbeidsforhold for flypersonell med utenlandske arbeidsgivere i Norge, virkelig får de rettighetene og den beskyttelsen som norsk rett tilsier og at de kan føre sine saker mot arbeidsgiver for norske domstoler. Her ligger ansvaret i første rekke på Luftfartstilsynet. Allerede når et utenlandsk flyselskap etablerer base i Norge med egne ansatte ved basen, må Luftfartstilsynet være aktivt med å klarlegge disse spørsmålene.

I en av Ryanair-sakene på Rygge hadde den ansatte en arbeidsavtale som ga Ryanair adgang til å bestemme forflytning av arbeidstakeren til en annen base i et annet land. Dette var ikke tilstrekkelig til å gi stasjoneringen et tidsbegrenset preg, og norsk rett ble anvendt fullt ut. Alternativet hadde vært å anse arbeidstakeren utsendt til Norge for et begrenset tidsrom. Dette kunne i så fall ha medført at reglene om utsending av arbeidstakere hadde fått anvendelse. Etter disse reglene er det et begrenset antall norske rettigheter som skal anvendes hvis de er gunstigere for arbeidstakerne enn de som ellers gjelder i deres arbeidsforhold.

Utenom Luftfartstilsynets oppfølging, er det opp til de enkelte arbeidstakerne og deres eventuelle fagforeninger å sørge for at de får sine norske rettigheter. Om de ikke gjør det, vil det ikke bare gå ut over dem selv, men også tillate at deres arbeidsgiver får det konkurransefortrinnet det kan være

å anvende lov og domstoler i henhold til arbeidsavtalens bestemmelser om dette. Her blir det et spørsmål om norske fagforeninger skal kunne føre slike saker for domstolene uten at vedkommende arbeidstakere er medlemmer av foreningen. Dette er et spørsmål om utformingen av norske prosessregler. Disse kan utformes fritt av norsk lovgiver.

### **10.3 Rettighetene til utenlandske arbeidstakere som sendes til Norge for et begrenset tidsrom**

Vi har i utredningen gjennomgått reglene om rettighetene til arbeidstakere som er underlagt et annet lands lov og jurisdiksjon, og som sendes til Norge av sin arbeidsgiver for å arbeide her for et begrenset tidsrom. I kraft av EUs utsendingsregler plikter vertslandet å sikre disse arbeidstakerne en kjerne av de rettigheter som gjelder for vertslandets arbeidstakere når disse rettighetene er gunstigere enn dem de har i sitt arbeidsforhold.

I utredningen har vi søkt å vise vanskelighetene ved å avgjøre om utsendingsreglene kommer til anvendelse for flygende personell som er ansatt i utenlandske flyselskaper eller bemanningsselskaper. Særtrekk ved internasjonal luftfart er preget av uklar basetilhørighet, bruk av mobile arbeidstakere, bruk av kontrakter med selvstendige tjenesteutøvere m.v. Slike trekk kan i mange tilfelle gjøre det vanskelig for tilsynsmyndighetene å få tilstrekkelig informasjon til å utføre tilsyn og kontroll, og det være lite forutsigbart hva domstolene vil komme til ved behandling av søksmål fra arbeidstakerne.

Også ved utsending til Norge i henhold til utsendingsreglene, er det viktig at Luftfartstilsynet fører et aktivt tilsyn så tidlig som mulig i utsendingsperioden. Noen utenlandske flyselskaper benytter mobilt flypersonell som sendes til andre land eller tilbake til hjemmebaselandet før det er gått 3 måneder for å unngå gjeldende registreringsplikt og de vilkårene som kan settes for opphold i Norge. Utsendingsreglene gjelder fra første dag, og det samme gjelder norsk rett når lovvalsreglene tilsier at de kommer inn under norsk rett fullt ut.

### **10.4 Norsk lønn**

På ett viktig punkt hjelper det ikke at norsk rett kommer til anvendelse fullt ut og bare i den begrensede graden som utsendingsreglene tilsier. Det gjelder lønnen. For at utenlandske flyselskaper eller bemanningsselskaper skal bli bundet av et norsk lønnsnivå eller norsk minstelønn for flypersonell, må det etableres et rettslig grunnlag for dette. Allmenngjøringsloven gir fagforeninger og arbeidsgiverorganisasjoner av en viss størrelse rett til å kreve at minstelønnsbestemmelser i deres landsomfattende tariffavtaler skal gjøres bindende for alt tilsvarende personell. Problemet er at de norske fagorganisasjonene og arbeidsgiverorganisasjonene ikke har inngått slike landsomfattende tariffavtaler. Innen luftfarten i Norge er tariffavtalene inngått for det enkelte flyselskapet. I mangel av slike landsomfattende tariffavtaler, kan heller ikke Tariffnemnda selv av eget tiltak utstede forskrifter med minstelønnsbestemmelser for flypersonell.

I Norge er det ikke tradisjon for at myndighetene selv vedtar minstelønnsbestemmelser. Det ville dessuten vært vanskelig å se noen rimelig grunn til at myndighetene skulle treffe vedtak om dette for flypersonale når fagorganisasjonene og arbeidsgiverorganisasjonene ikke selv benytter den muligheten de har til å sørge for dette ved å inngå landsomfattende tariffavtaler med lønnsbestemmelser som kan gjøres allment bindende for alt flypersonell gjennom forskrift av Tariffnemnda.

På bakgrunn av særtrekk ved luftfarten og den tariffavtalestrukturen som er utviklet her, har vi i utredningen pekt på mulige reformtiltak med det formål å legge forholdene bedre til rette for organisasjonene til å kunne benytte allmenngjøringsloven til å få fastsatt norske lønnsbestemmelser

som et viktig virkemiddel til å motvirke sosial dumping i form av dårlige lønns- og arbeidsvilkår. Vi har i denne sammenheng pekt på at det kan være grunn til å se nærmere på dette i tilknytning til det arbeidet som nå utføres av Arbeids- og sosialdepartementet med å gjennomføre direktivet om endring av utsendingsdirektivet i norsk rett. Endringsdirektivet har bl.a. til formål å styrke vertslandets muligheter til å motarbeide sosial dumping ved å fastsette *lønn* og ikke bare i form av *minstelønn*. Denne endringen kan i seg selv være egnet til å legge forholdene bedre til rette for organisasjonene til å inngå tariffavtaler Tariffnemnda kan benytte som grunnlag for å fastsette effektive lønnsbestemmelser som et effektivt virkemiddel mot lavlønnskonkurranse.

Vi peker her også på betydningen dette vil ha for adgangen til å fastsette krav til lønns- og arbeidsvilkår ved kjøp av flyruter. I tjenestefrihetsreglene ligger det blant annet at krav om lønns- og arbeidsvilkår ved slike anskaffelser må være tilstrekkelig presise og tilgjengelige. Vi viser her til den diskusjon som har vært om forholdet mellom forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og EØS-rettslige begrensninger, EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) sak mot Norge knyttet til forskriften og bakgrunnen for at § 5 i forskriften ble endret, slik at den ikke lenger åpnet for å stille krav om at lønns- og arbeidsvilkår ikke skulle være dårligere enn det som ellers var normalt for vedkommende sted og yrke.<sup>227</sup>

### 10.5 Behov for nærmere avklaring

I behandlingen av utsendingsreglene har vi pekt på en uklarhet ved utsendingsdirektivet. Dette gjelder betydningen av artikkel 3 nr. 7 som bestemmer:

*«7. Nr. 1-6 skal ikke være til hinder for at det anvendes arbeids- og ansettelsesvilkår som er gunstigere for arbeidstakerne.»*

I tillegg er det et visst handlingsrom ved anvendelsen av samme artikkel, nr. 10 første strekpunkt:

*«10. Dette direktiv er ikke til hinder for at medlemsstatene i henhold til traktaten på grunnlag av likebehandling kan pålegge nasjonale foretak og andre staters foretak arbeids- og ansettelsesvilkår på andre områder enn dem som er nevnt i nr. 1 første ledd, når det dreier seg om bestemmelser om offentlig orden,...»*

Vi har konstatert at rettskildene for tolkningen og anvendelsen av disse bestemmelsene gir et uklart bilde av hvor langt nasjonal handlefrihet strekker seg.

Vi viser her bl.a. til motsetningen mellom EFTA-domstolens tolkningsuttalelse<sup>228</sup> og Høyesteretts direktivtolkning i «Verftssaken»<sup>229</sup>. I norsk juridisk litteratur<sup>230</sup> er det kommet kritikk mot Høyesteretts direktivforståelse, og i utenlandsk litteratur<sup>231</sup> er det uttalt at den norske tolkningen avviker fra den som er uttrykt av EU-domstolen.

---

<sup>227</sup> Det finnes omfattende juridisk teori om temaet. Se blant annet nærmere om dette i Maren Folkestad, «Lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter», *Arbeidsrett* 2018/2

<sup>228</sup> EFTA-domstolens dom av 23.1.2012 i sak E-2/11, STX

<sup>229</sup> Høyesteretts dom av 5.3.2013, Rt-2013-258, STX

<sup>230</sup> Se for eksempel. Marie Nesvik, «Beskyttelse av arbeidstakeren i internasjonal privatrett», *UiO* 2018, kap. 10.2.5.3, side 348 flg., se særlig s. 352 flg.

<sup>231</sup> Catherine Barnard, bl.a. i boken «EU Employment Law», 4. utgave, Oxford University Press, som kommenterer EFTA-domstolens dom på side 233 note 254 (boken er utgitt før Høyesteretts dom)

Det kan det være behov for å utrede nærmere for å få klarlagt spørsmålet om rekkevidden og den rettslige betydningen av Høyesteretts tolkning og lovanvendelse.