

Kan tariffavtaler holde utenforstående utenfor?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 593
Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 16.293 ord

23.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Om oppgaven	1
1.2	Rettskildebildet	2
1.3	Videre fremstilling.....	3
<u>2</u>	<u>TARIFFAVTALER</u>	<u>4</u>
2.1	Hva er en tariffavtale?	4
2.2	Hvem er bundet av en tariffavtale?	7
2.3	Fagforening og arbeidsgiverforening.....	8
2.4	Arbeidsgiver og arbeidstaker	10
2.5	Utenforstående	13
<u>3</u>	<u>UFRAVIKELIGHETSPRINSIPPET.....</u>	<u>14</u>
3.1	Innledning	14
3.2	Den lovfestede delen av ufravikelighetsprinsippet	14
3.3	Den ulovfestede delen av ufravikelighetsprinsippet	15
3.3.1	Generelt om tariffbundne arbeidsgiveres forhold til utenforstående arbeidstakere	16
3.3.2	En nærmere undersøkelse av ufravikelighetsprinsippet innhold og dets begrunnelse	23
3.3.3	Ufravikelighetsprinsippet og avtalefrihet	28
3.3.4	Fagforeningers stilling overfor utenforstående arbeidsgivere.....	34
3.4	Oppsummering	36

<u>4</u>	<u>AVTALER SOM HENVISER TIL TARIFFAVTALER.....</u>	<u>37</u>
<u>5</u>	<u>KONKURRERENDE TARIFFAVTALER.....</u>	<u>41</u>
<u>6</u>	<u>DISKRIMINERING</u>	<u>44</u>
6.1	Diskriminering etter aml. § 13-1	46
6.1.1	Direkte og indirekte diskriminering.....	46
6.1.2	Verner aml. § 13-1 den negative organisasjonsfriheten?	47
6.1.3	Når foreligger det diskriminering?.....	49
6.2	Forskjellsbehandling etter aml. § 13-2 fjerde ledd	51
6.3	Hvordan de to bestemmelsene forholder seg til hverandre	53
6.4	Oppsummering	57
<u>7</u>	<u>OPPSUMMERING.....</u>	<u>58</u>
<u>8</u>	<u>REGISTRE.....</u>	<u>60</u>
8.1	Litteraturliste	60
8.2	Lover	62
8.3	Rettspraksis.....	62
8.4	Forarbeider	63

1 Innledning

1.1 Om oppgaven

I Norge er om lag 55 prosent av arbeidstakerne organisert i en fagforening.¹ På arbeidsgiversiden er i praksis alle arbeidsgivere i offentlig sektor organisert, mens organisasjonsgraden for arbeidsgivere i privat sektor er på 59 prosent.² Dette innebærer at det er et betydelig antall arbeidstakere og –givere som ikke er organiserte.

En tariffavtale vil regulere bestemte forhold mellom en arbeidsgiver (evt. arbeidsgiverorganisasjon) på den ene side og en fagorganisasjon på den annen side, se punkt 2.1. Hvordan er de utenforståendes stilling til tariffavtalen mellom de organiserte partene? Kan tariffavtaler holde utenforstående utenfor? Spørsmålet lyder kanskje paradoksalt, men det er like fullt relevant.

For det første har det gjennom rettspraksis utviklet seg det såkalte *ufravikelighetsprinsippet*. Kjernen av dette prinsippet er at arbeidstakerparten i tariffavtalen kan kreve at den tariffbundne arbeidsgiver anvender tariffavtalens bestemmelser også overfor utenforstående arbeidstakere, se punkt 3.2.³

For det andre er det et spørsmål om det vil være forbudt å holde utenforstående utenfor tariffavtalen på grunn av arbeidsmiljølovens kapittel 13 sitt forbud mot diskriminering. En tariffavtale vil gi rettigheter til de arbeidstakerne som er organisert i den fagorganisasjon

¹ Nergaard og Stokke (2006).

² NOU nr. 5 (2004) s. 58.

³ Ertzaas (2004) s. 293-294.

som er part i tariffavtalen. Vil det da være diskriminerende ikke å gi de samme rettighetene til de utenforstående?

1.2 Rettskildebildet

Ved drøftelsen av den såkalte organisasjonsfriheten vil de to konvensjonene FN-konvensjon av 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) være relevante, se punkt 6.1.2. Som det fremgår av menneskerettsloven (mnskrl.) av 21. mai 1999 nr. 30 § 2, gjelder begge disse som norsk lov. Og da visse deler av arbeidstakernes rettigheter er gjort til menneskerettigheter, er Grundloven av 17. mai 1814 § 110c – som bestemmer at det påligger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene – av relevans.

Rettspraksis fra Høyesterett blir tradisjonelt regnet som en svært tungtveiende rettskilde, og er relevant som rettskilde i forskjellige sammenhenger også i løsningen av denne oppgavens problemstilling.

Den lovfestede delen av ufriavikelighetsprinsippet er hjemlet i arbeidstvistloven (arbtvl.) av 5. mai 1927 § 3 nr. 3 og tjenestetvistloven (tjtvil.) av 18. juli 1958 nr. 2 § 13. Den ulovfestede delen av ufriavikelighetsprinsippet er utviklet gjennom rettspraksis fra Arbeidsretten, slik at en rekke dommer fra Arbeidsretten blir relevante rettskilder for problemstillingen.

For spørsmålet om diskriminering er det regler i arbeidsmiljøloven (aml.) av 17. juni 2005 nr. 62. Særlig forarbeidene Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) er relevante i denne sammenheng.

De absolutt fleste av emnene som blir behandlet i oppgaven, er behandlet også i juridisk teori. Juridisk teori vil derfor bli brukt underveis.

Også tariffavtaler vil i enkelte sammenhenger bli benyttet som en rettskilde.⁴

1.3 Videre fremstilling

Opplegget videre er slik at jeg i den første delen av oppgaven vil se nærmere på tariffavtaler, se punkt 2. Et naturlig utgangspunkt er en undersøkelse av begrepet tariffavtale i arbeidstvistloven og tjenestetvistloven, se punkt 2.1. Deretter følger et avsnitt om hvem som blir bundet av en tariffavtale, se punkt 2.2, og i den sammenheng er det naturlig å undersøke fagforenings- og arbeidsgiverforeningsbegrepene, se punkt 2.3.

Etter dette kommer den viktigste delen av oppgaven – delen om ufravikelighetsprinsippet, se punkt 3. Jeg ser først på den delen av ufravikelighetsprinsippet som er lovfestet i arbeidstvistloven og tjenestetvistloven. Men da størstedelen av ufravikelighetsprinsippet er ulovfestet, vies konsentrasjonen hovedsakelig denne ulovfestede delen av prinsippet. Etter dette sier jeg litt om arbeidsavtaler som henviser til tariffavtaler, se punkt 4, samt konkurrerende tariffavtaler, se punkt 5. Disse to emnene vil nemlig også være av betydning for de utenforståendes stilling til tariffavtaler.

Til slutt ser jeg på problemstillingen med diskriminering og forskjellsbehandling etter tariffavtaler, se punkt 6. Dette emnet er av stor betydning for arbeidstakere som ikke får sine rettigheter og plikter fastsatt etter tariffavtaler. Arbeidsmiljøloven kapittel 13 har nemlig bestemmelser som forbyr diskriminering på grunn av medlemskap i fagorganisasjon, samtidig som det er tillatt å forskjellsbehandle for visse forhold på grunn av medlemskap i fagorganisasjon.

⁴ Hvorvidt en kontrakt/avtale er en rettskilde, er en stadig tilbakevendende diskusjon på privatrettens område. Da det faller utenfor denne oppgavens tema å innlate seg på den diskusjonen, nøyer jeg meg med å henvise til Hagstrøm (2008) s. 42: ”I det enkelte tilfelle spiller *kontrakten* derfor en vesentlig og til dels avgjørende rolle når skyldforholdets nærmere innhold skal bestemmes. Derfor er det naturlig å fremheve kontrakten blant rettskildene på obligasjonsrettens område.”

2 Tariffavtaler

2.1 Hva er en tariffavtale?

Temaet i oppgaven er altså å undersøke i hvilken grad de utenforstående kan bli holdt utenfor en tariffavtale. Men hva er egentlig en tariffavtale?

En tariffavtale defineres i arbeidstvistloven (arbtvl.) av 5. mai 1927 nr. 1 § 1 nr. 8 som ”en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”. Arbeidstvistloven gjelder ansettelsesforhold i privat og kommunal sektor, samt delvis i statlig sektor.⁵

Tjenestetvistloven (tjtv.) av 18. juli 1958 nr. 2 gjelder for arbeidstakere ansatt i statens tjeneste, jf. § 1. Etter tjtv. § 11 er en tariffavtale definert som en ”skriftlig avtale mellom staten på den ene side og en hovedsammenslutning, tjenestemannsorganisasjon eller annen organisasjon som nevnt i § 3 på den annen side om lønns- og arbeidsvilkår”. Begrepet tariffavtale i tjenestetvistloven er i utgangspunktet det samme som i arbeidstvistloven.⁶ For oversiktens skyld vil fremstillingen videre hovedsaklig ta utgangspunkt i arbeidstvistloven sine bestemmelser.

Om det er inngått en tariffavtale vil bero på alminnelige avtalerettslige regler.⁷ I tillegg oppstilles det et skriftlighetskrav i arbtvl. § 3 nr. 1.

For at en avtale mellom partene skal være nettopp en ”tariffavtale”, må den gjelde ”arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”. Ordlyden er vidtfavnende, og gjør at nær sagt alle avtaler mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening om

⁵ Ertzaas (2004) s. 220.

⁶ Bjørnaraa (2008) note 31.

⁷ Andersen (1956) s. 97 og Jakhelln (2007) s. 551.

forhold på en arbeidsplass er å anse for en tariffavtale.⁸ Med den omfattende ordlyden kan en tariffavtale omhandle ”alt det som en fagforening og en arbeidsgiverforening i det hele kan tvistes om”, jf. forarbeidene til den gamle arbeidstvistloven av 6. august 1915, se Ot.prp. nr 23 (1913).⁹ Eksempler på tariffavtalebestemmelser kan være bestemmelser om lønnssetser, arbeidstid, pauser, overtidsarbeid, tariffavgift, arbeidsklær, redskaper, oppsigelsesfrister, permittering eller lysforhold på en arbeidsplass.¹⁰ Formuleringen ”andre arbeidsforhold” ble tatt med for at man i tariffavtaler også skal kunne regulere forholdet mellom tariffpartene, for eksempel bestemmelser om fremgangsmåte ved lønnsforhandlinger.¹¹

Etter arbtvl. § 3 nr. 1 oppstilles det som nevnt et skriftlighetskrav for tariffavtaler. Dette er en gyldighetsbestemmelse.¹² En tariffavtale kan aldri bli til uten at skriftlighetskravet er oppfylt.¹³ Hvis partene blir enige om noe i muntlige forhandlinger, kan man etter reglene for avtaleslutning i den alminnelige avtalerett slå fast at en *avtale* har kommet i stand om forholdet.¹⁴ Etter den alminnelige avtalerett er en muntlig avtale like bindende som en skriftlig.¹⁵ Men for at en *tariffavtale* skal bli ansett for å ha kommet i stand, må altså skriftlighetskravet være oppfylt.

Etter § 3 nr. 2 gjelder en tariffavtale i tre år hvis ikke partene blir enige om noe annet. Etter den samme bestemmelsen blir oppsigelsesfristen satt til tre måneder før gyldighetstiden utløper hvis ikke partene avtaler noe annet.

På den kollektive arbeidsrettens område bruker man flere begreper på tariffavtaler, men arbeidstvistloven gjør ikke noe skille mellom ulike typer tariffavtaler.¹⁶ En tariffavtale kan

⁸ Fougner (1999) s. 49.

⁹ Jf. også Indst. O. XXI (1912) s. 7 og Ot.prp. nr. 11 (1913).

¹⁰ Jakhelln (2007) s. 100.

¹¹ *ibid.* s. 550 og Andersen (2005) s. 11.

¹² Fougner (1999) s. 50.

¹³ Ertzaas (2004) s. 212.

¹⁴ *l.c.*

¹⁵ Se for eksempel Woxholth (2006) s. 30.

¹⁶ Ertzaas (2004) s. 387.

kalles "tariffavtale", "avtale", "hovedavtale", "særavtale", "lokal avtale", "overenskomst", "rammeavtale", "dokument", "protokoll" etc. I den anledning kan Hovedavtalen LO-NHO brukes som eksempel. Hovedavtalen LO-NHO er en sentral tariffavtale mellom arbeidstakerorganisasjonen LO (Landsorganisasjonen i Norge) og arbeidsgiverorganisasjonen NHO (Næringslivets Hovedorganisasjon). I Kapittel IV, "Særavtaler", tar § 4-1 utgangspunkt i at "særavtaler" inngås mellom "bedriftsledelsen og arbeidstakernes representanter". Vi ser at i tariffavtalen mellom LO og NHO, så er særavtaler lokale (tariff)avtaler som inngås på bedriftsnivå.¹⁷ I hovedavtaleforhandlinger kan partene derfor konsentrere forhandlingene til å gjelde de overordnede bestemmelsene som skal gjelde for alle, mens man overlater det til aktører på underordnet nivå å gjøre tariffavtalens bestemmelser mer detaljerte gjennom særforhandlinger.¹⁸ Slik kan partene sørge for at tariffavtalen på smidig vis blir tilpasset de lokale forhold – ikke ulikt slik delegert forvaltningsmyndighet kan være egnet til å gi forvaltningens avgjørelser en særlig tilpasning til de lokale forhold.¹⁹

Den mangeartede og brokete terminologien kan virke forvirrende. Det viktigste i vår sammenheng er stadig å være oppmerksom på at det er realiteten som er avgjørende. Både "hovedtariffavtaler", "tariffavtaler", "særavtaler", "protokoller" og "overenskomster" etc. er tariffavtaler hvis de etter en vurdering av ordlyden i arbtvl. § 1 nr. 8 omfattes av bestemmelsene.

Det kan dukke opp mange spørsmål rundt disse temaer. For eksempel kan vi tenke oss at aksjeselskapet Peder Ås AS (som vi kan tenke oss er tilsuttet NHO) inngår en tariffavtale med foreningen "Klubben v/Ås" (som vi tenker oss er tilsluttet LO). Hvis det er en særavtale etter Hovedavtalen LO-NHO Kapittel IV, er den å anse som en del av det tariffavtaleforhold som gjelder mellom organisasjonene.²⁰

¹⁷ Evju (1982) s. 18.

¹⁸ Fougner (1999) s. 52.

¹⁹ Graver (2002) s. 189.

²⁰ Ertzaas (2004) s. 389.

Forøvrig bestemmer Hovedavtalen LO-NHO § 4-1 annet punktum at en særavtale ikke er bindende hvis den er i strid med en overordnet tariffavtale. Med dette får vi et innblikk i det hierarki som gjelder på den kollektive arbeidsrettens område. De forskjellige trinnene i hierarkiet kan skisseres slik: En tariffavtale kan ikke stride med preseptorisk lovgivning, jf. arbeidsmiljøloven (aml.) av 17. juni 2005 nr. 62 § 1-9. En særavtale som er underordnet en annen tariffavtale kan ikke stride mot denne, jf. for eksempel Hovedavtalen LO-NHO § 4-1 annet punktum. Og endelig kan en individuell arbeidsavtale ikke stride mot en tariffavtale som partene er bundet av, jf. arbtvl. § 3 nr. 3 (mer om denne bestemmelsen nedenfor i punkt 3.2).

2.2 Hvem er bundet av en tariffavtale?

Å bestemme positivt hvem som er bundet av tariffavtalen, vil samtidig innebære at de utenforstående avgrenses negativt.²¹ Hva som menes med de utenforstående, vil jeg se nærmere på i punkt 2.5.

Partene i en tariffavtale er altså en fagforening på den ene siden og en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening på den andre siden, jf. arbtvl. § 1 nr. 8. Hvilke fagforeninger og arbeidsgivere eller arbeidsgiverforeninger som er parter i en tariffavtale, vil som oftest fremgå av en tolkning av tariffavtalen.²² Hvis en tolkning av tariffavtalen ikke gir svar, må man se på forholdene rundt avtaleinngåelsen og hvordan tariffavtalen har vært praktisert mv.²³

I tillegg til å binde tariffavtalens parter, er tariffavtalen også bindende for partenes medlemmer, se nedenfor i punkt 2.4.²⁴ Spørsmålet om en tariffavtale kan gjelde for utenforstående vil bli behandlet i oppgavens punkt 3, "Ufravikelighetsprinsippet".

²¹ Ertzaas (2004) s. 220.

²² Jakhelln (2007) s. 556.

²³ I.c.

²⁴ Evju (1982) s. 177 og Fougner (1999) s. 57.

2.3 Fagforening og arbeidsgiverforening

Etter § 1 nr. 3 er en *fagforening* ”enhver sammenslutning av arbeidere eller arbeideres foreninger, når sammenslutningen har det formål å varetta arbeidernes interesser overfor deres arbeidsgivere”. Ofte vil en fagforening ha et angitt lederskap og styre, vedtekter, rutiner for medlemskap, navn og kanskje en logo, men det er ikke et krav til noen av delene etter arbeidstvistloven.²⁵ I det hele tatt er det ingen krav om en formell organisasjonsform. Det avgjørende etter ordlyden er at det er en ”sammenslutning” av arbeidere (eller arbeideres foreninger), og at denne sammenslutningen har et ”formål” om å ivareta arbeidernes interesser overfor deres arbeidsgivere.

Det er heller ikke et krav om at dette formålet om å ”vareta arbeidernes interesser overfor deres arbeidsgivere” kommer eksplisitt til uttrykk noen plass, for eksempel i et stiftelsesdokument eller i vedtekter. Fagforeningens formål om å ivareta arbeidernes interesser vil da rimeligvis fremgå implisitt av sammenslutningens virke og natur.

Hvis to eller flere arbeidstakere jevnlig begynner å holde møter hvor forhold på arbeidsplassen blir diskutert, og hvor man strategisk jobber for å få en bedre arbeidsplass – kanskje man fremsetter krav overfor ledelsen – er det ganske klart at man har å gjøre med en fagforening. Både ”sammenslutnings-” og ”formålsvilkåret” er oppfylt.

Derimot vil en sammenslutning av arbeidere på en arbeidsplass som jevnlig går ut for å spise pizza og spille bowling etc. ikke utgjøre noen fagforening. Dette må gjelde selv om forhold på arbeidsplassen blir diskutert.

En *arbeidsgiverforening* er definert i § 1 nr. 4 som ”enhver sammenslutning av arbeidsgivere eller arbeidsgiveres foreninger, når det har det formål å vareta

²⁵ Fougner (1999) s. 50.

arbeidsgivernes interesser overfor deres arbeidere”. Bestemmelsen om arbeidsgiverforeninger i § 1 nr. 4 er en nærmest identisk versjon av bestemmelsen i paragrafens nr. 3 om fagforeninger. De samme resonneringslinjer som er gjort rede for ovenfor, vil dermed kunne anvendes for arbeidsgiverforeninger. Spørsmålet er når to eller flere arbeidsgivere (eller arbeidsgiveres foreninger) utgjør en arbeidsgiverforening. Etter bestemmelsens ordlyd må det være en ”sammenslutning” av to eller flere arbeidsgivere (eller arbeidsgiveres foreninger) som har et ”formål” om å ivareta arbeidsgivernes interesser overfor deres arbeidere. Heller ikke her oppstilles det krav om vedtekter eller fast organisasjonsform e.l. for at arbeidsgiverne skal sies å utgjøre en sammenslutning, og heller ikke her kreves det at formålet må komme eksplisitt til uttrykk noen plass.

En fagforening kan bestå av arbeidere eller arbeideres foreninger; tilsvarende kan en arbeidsgiverforening bestå av arbeidsgivere eller arbeidsgiveres foreninger, jf. § 1 nr. 3 og 4.

Sammenslutning av fagforeninger kalles ofte forbund, landsforeninger eller fellesorganisasjon.²⁶ Arbeidstakeren Marte Kirkerud kan for eksempel være med i fagforeningen ”Klubben v/Lars Holm AS”. Denne fagforeningen kan være medlem av Fellesforbundet som igjen er tilsluttet LO.

Foreninger av arbeidsgivere kalles ofte landsforeninger eller hovedorganisasjoner.²⁷ Bedriften Lars Holm AS kan inngå i landsforeningen Norsk Industri. Landsforeningen Norsk Industri er tilsluttet NHO.

²⁶ Ertzaas (2004) s. 227.

²⁷ I.c.

2.4 Arbeidsgiver og arbeidstaker

Et spesielt særtrekk på den kollektive arbeidsrettens område er at tariffavtalen i tillegg til å binde avtalens parter, også binder partenes *medlemmer*.²⁸ I ARD 1958 s. 171 sies det slik: ”[...] etter vanlige tariffrettslige regler er det partene i tariffoverenskomsten og deres medlemmer som umiddelbart påtar seg forpliktelser og oppnår rettigheter gjennom den.”

En arbeidsgiver er etter arbtvl. § 1 nr. 2 ”enhver, som sysselsetter en eller flere arbeidere”. Etter aml. § 1-8 annet ledd er arbeidsgiver definert som ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. For arbeidsgiverbegrepet vil det langt på vei være samsvar mellom de to lovene.²⁹

Arbeidstakerbegrepet er noe mer sammensatt. En arbeider er etter arbtvl. § 1 nr. 1 ”enhver som mot vederlag utfører arbeid av hvilken som helst art i en annens tjeneste og som ikke går inn under lov om offentlige tjenestetvister”. Etter aml. § 1-8 første ledd er arbeidstaker ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”.

Arbeidsmiljøloven regulerer alle ansettelsesforhold i privat og kommunal sektor, samt *delvis også i statlig sektor*.³⁰ Arbeidstvistloven gjelder som sagt for arbeidstakere i privat, kommunal og fylkeskommunal sektor (unntatt undervisningspersonalet i grunnskolen og videregående skole) samt arbeidstakere i statsforetak.³¹ Dermed overlapper ikke arbeidsmiljøloven og arbeidstvistloven hverandre fullstendig. Tjenestetvistloven gjelder arbeidstakere som er fast eller midlertidig ansatt i staten.³² Arbeidstvistloven inneholder en negativ avgrensning mot arbeidstakere som omfattes av tjenestetvistloven. Forholdet mellom de tre lovene er verdt å ha in mente når man opererer med arbeider-

²⁸ Evju (1982) s. 177 og Fougner (1999) s. 57.

²⁹ Ertzaas (2004) s. 224.

³⁰ *ibid* s. 220.

³¹ *l.c.*

³² *l.c.*

/arbeidstakerbegrepet, men det faller utenfor denne oppgavens tema å undersøke de eventuelle problemstillinger dette måtte medføre.

Om en arbeidstaker tilhører en fagforening eller om en arbeidsgiver tilhører en arbeidsgiverforening, må rimeligvis avgjøres etter alminnelige avtalerettslige regler. I denne sammenheng er det verdt å merke seg at det ikke oppstilles noe skriftlighetskrav. Rettslig grunnlag for å tilhøre en fagforening eller arbeidsgiverforening vil derfor være de alminnelige ”dispositive utsagn” etter den alminnelige avtalerett – muntlig eller skriftlig avtale, passivitet eller konkludent adferd.³³

Vi kan tenke oss at en gruppe arbeidstakere på en arbeidsplass bestemmer seg for å danne en forening som skal jobbe for arbeidstakernes interesser på arbeidsplassen. En arbeidstaker som ikke forlater møterommet når fagforeningen blir stiftet, og som fortsetter å delta på fremtidige møter, vil tilhøre denne fagforeningen – selv om han eller hun kanskje aldri har ytret et ord eller undertegnet noe dokument om medlemskap. Eller vi kan tenke oss at noen virksomheter går sammen og bestemmer seg for å arbeide for felles interesser overfor deres arbeidstakere. Disse vil tilhøre den arbeidsgiverforeningen de med dette har stiftet.

Ved medlemskapet i fagforeningen gir arbeidstakeren foreningen en fullmakt til å inngå bindende avtaler på hans eller hennes vegne.³⁴ Hvor langt fullmakten rekker, er behandlet blant annet i Rt. 1967 s. 1373. Saken gjaldt spørsmålet om et vedtak gjort av en fagforening om å tegne hjemforsikringer for foreningens medlemmer var gyldig. Høyesterett uttalte på s. 1396:

³³ Se for eksempel Hov (1993) s. 40-53. Woxholth kaller dette for ”disposisjonskriterier” og ”avtalestiftende rettsfakta”, jf. Woxholth (2006) s. 107-123. Se også Hagstrøm (2008) s. 83-85.

³⁴ Fougner (1999) s. 57.

”Fagorganisasjonens opprinnelige oppgave var, og dens hovedoppgave idag er varetakelsen av arbeidstakernes interesser overfor arbeidsgiverne, dvs. deres arbeids- og lønnsforhold. Dette er også forutsatt i arbeidstvistlovens § 1, pkt 3, som er gjengitt foran.

Retten antar etter dette at forutsetningen har vært at det må dreie seg om økonomiske interesser som på en eller annen måte har tilknytning til arbeidstakernes arbeids- og lønnsforhold og at man derfor bør trekke grensen her.”

Etter dette må fagforeningen altså anses å ha fullmakt til å binde arbeidstakerne så lenge det dreier seg om ”økonomiske interesser” som ”på en eller annen måte har tilknytning til arbeidstakernes arbeids- og lønnsforhold”. Dette er nokså generelle vendinger, hvilket indikerer hvor vide fullmakter Høyesterett anser fagforeningene for å ha.

I kontraktsforhold gjelder det imidlertid et alminnelig prinsipp om lojalitet, jf. forsåvidt Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687 5-1-2. Lojalitetsprinsippet må gjelde også for tariffavtaler.³⁵ Det må derfor være en forutsetning for at de disposisjoner som fagforeningen inngår på arbeidstakernes vegne, blir inngått lojalt.

Medlemmer som melder seg ut av en forening blir ikke fri for sine forpliktelser etter de tariffavtalene som gjelder for foreningen ved uttredelsen, jf. arbtvl. § 3 nr. 4.³⁶

Begrunnelsen for denne regelen er at medlemmer som er misfornøyde med de tariffavtaler deres organisasjoner inngår, ikke lett skal kunne omgå dem ved å melde seg ut av organisasjonen.³⁷ Nye medlemmer som melder seg inn i organisasjoner vil bli forpliktet og berettiget etter tariffavtalene som gjelder for organisasjonene.³⁸ Unntaket er de tariffavtaler som er begrenset til oppregnede og navngitte bedrifter.³⁹

³⁵ Fougner (1999) s. 63. Se også Jakhelln (2000) s. 234: ”Det som er vesentlig hvor tariffavtaler er opprettet, er at partene forholder seg lojalt overfor hverandre. Illojal organisasjonsmessig opptreden vil således klart være et tariffbrudd [...]”

³⁶ Berg (1930) s. 180.

³⁷ Andersen (1956) s. 172.

³⁸ Evju (1982) s. 177.

³⁹ Andersen (1956) s. 172-177.

2.5 Utenforstående

Hva som menes med en ”utenforstående” er ikke definert i noen lovbestemmelse. Med ”utenforstående” mener jeg en arbeidstaker som ikke er medlem i en fagforening som er part i en tariffavtale. Som nevnt regulerer tariffavtalen i utgangspunktet kun forholdet mellom arbeidsgiveren (evt. arbeidsgiverforeningen) på den ene side og fagforeningen med dens medlemmer på den annen side. En utenforstående arbeidstaker er ikke medlem i denne fagforeningen og er derfor – som benevnelsen med all tydelighet skulle indikere – en utenforstående. At den utenforstående like gjerne kan være medlem av en annen fagforening som han eller hun kan være fullstendig uorganisert, er en annen sak. Det avgjørende er at vedkommende ikke er medlem i en organisasjon som er part i den aktuelle tariffavtalen.

Tilsvarende vil en arbeidsgiver (evt. arbeidsgiverforening) som ikke er part i en tariffavtale eller medlem i en arbeidsgiverforening som er part i en tariffavtale, være en utenforstående arbeidsgiver (eller arbeidsgiverforening).

De ”utenforstående” vil bli benevnt som de ”uorganiserte” hvor dette passer best ut fra sammenhengen.

3 Ufravikelighetsprinsippet

3.1 Innledning

Jeg skal nå se nærmere på det såkalte *ufravikelighetsprinsippet*. Ufravikelighetsprinsippet er i all hovedsak ulovfestet. Det har blitt utviklet gjennom rettspraksis og innholdet av det fastsettes ved å studere dommer fra Arbeidsretten.⁴⁰ Imidlertid har et uttrykk for prinsippet kommet frem i arbtvl. § 3 nr. 3 og tjtv. § 13.⁴¹ I fremstillingen videre vil jeg først se kort på den lovfestede delen av ufravikelighetsprinsippet. Deretter vil jeg vie konsentrasjonen til den ulovfestede delen av prinsippet.

3.2 Den lovfestede delen av ufravikelighetsprinsippet

Det fremgår av arbtvl. § 3 nr. 3 at "[h]vis en arbeidsavtale mellom en arbeider og en arbeidsgiver, som begge er bundet av en tariffavtale, inneholder noen bestemmelse, som strider mot tariffavtalen er denne bestemmelse ugyldig". For arbeidstakere ansatt i statens tjeneste finnes det en tilsvarende regel i tjtv. § 13.⁴² Også her vil jeg for oversiktens skyld forholde meg kun til arbeidstvistloven.

Etter arbtvl. § 3 nr. 3 vil en bestemmelse i en arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale som arbeidstakeren og arbeidsgiveren begge er bundet av, være ugyldig. I forhold til individuelle arbeidsavtaler, er altså tariffavtalen ufravikelig når både arbeidsgiver og arbeidstaker er bundet av tariffavtalen. Arbtvl. § 3 nr. 3 lovfester dermed en del av det

⁴⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 40.

⁴¹ Andersen (1967) s. 38-39 og Jakhelln (2000) s. 227.

⁴² Fougner (2004) s. 231.

såkalte ufravikelighetsprinsippet.⁴³ At arbeidsavtalen blir inngått på tariffavtalens vilkår er kjernen av dette ufravikelighetsprinsippet.⁴⁴

Bestemmelsen i arbtvl. § 3 nr. 3 gjør ikke at en arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale som begge partene er bundet av, blir ugyldig i sin helhet. Som det fremgår av ordlyden er det kun de avtalebestemmelser som strider mot tariffavtalen som blir ugyldige, jf. ”denne bestemmelse ugyldig”, jf. også ARD 1983 s. 301 på s. 320. Det vil si at den avtalebestemmelsen som er i strid med tariffavtalen må ses bort fra, og arbeidstakerens rettigheter og plikter på det området må bestemmes etter en tolkning av tariffavtalen.⁴⁵

Spørsmålet om en tariffavtale og en individuell arbeidsavtale regulerer samme forhold, og om de i så tilfelle er motstridende, må løses ved alminnelig avtaletolkning. Utgangspunktet for tolkningen er de forskjellige avtalenes ordlyd etter en naturlig språklig forståelse (tolkning i snever forstand).⁴⁶ Hvis dette ikke gir svar, må man se på forholdene rundt avtalens tilblivelse, sammenhenger med andre bestemmelser i tariffavtalen, formålshensyn, partenes praksis mv. (tolkning i vid forstand), jf. også ARD 1996 s. 1.⁴⁷

3.3 Den ulovfestede delen av ufravikelighetsprinsippet

Ufravikelighetsprinsippet har en videre virkning enn hva som kommer til uttrykk i arbtvl. § 3 nr. 3. Det skyldes at en stor del av ufravikelighetsprinsippet er ulovfestet. Jeg vil først vise at det gjelder et slikt ulovfestet ufravikelighetsprinsipp, se punkt 3.3.1. Deretter vil jeg undersøke innholdet av prinsippet, se punkt 3.3.2 og 3.3.3. Til slutt vil jeg si litt om

⁴³ Andersen (1956) s. 155.

⁴⁴ Ertzaas (2004) s. 293-294.

⁴⁵ Dege (2003) s. 69.

⁴⁶ Fougner (2004) s. 232. Berg (1930) s. 176: ”Hvad den enkelte tariffavtale har ment eller villet, må for øvrig avgjøres efter vanlige regler for kontraktstolkning.” og 177: ”[S]ammenligningsgrunnlaget er hans *rett efter arbeidsavtalen* og hans *rett efter tariffavtalen*.”

⁴⁷ Evju (1990) s. 250.

fagforeningers stilling overfor utenforstående arbeidsgivere, se punkt 3.3.4. Alt dette gjøres ved å analysere dommer fra Arbeidsretten.

3.3.1 Generelt om tariffbundne arbeidsgiveres forhold til utenforstående arbeidstakere

Arbtl. § 3 nr. 3 gjelder i de tilfeller hvor både arbeidstaker og arbeidsgiver er bundet av den aktuelle tariffavtalen.⁴⁸ Hvordan blir da situasjonen hvis en tariffbundet arbeidsgiver inngår en arbeidsavtale med en *utenforstående* arbeidstaker, og denne arbeidsavtalen strider mot tariffavtalen?

I forhold til ordlyden i arbtl. § 3 nr. 3 er det nemlig ingenting i veien for at en arbeidsgiver, som overfor sine (organiserte) arbeidstakere er bundet av en tariffavtale, inngår en arbeidsavtale med en utenforstående arbeidstaker som er i strid med denne tariffavtalen.⁴⁹ Men arbtl. § 3 nr. 3 kan ikke tolkes antitetisk slik at tariffpartene på grunn av lovbestemmelsens taushet står fritt overfor utenforstående. Ingen rettskilder støtter en slik antitese. Altså er spørsmålet ikke lovregulert.

Arbeidsrettens avgjørelse inntatt i ARD 1922 s. 50 behandler spørsmålet om en tariffbundet arbeidsgiver står fritt overfor uorganiserte arbeidstakere. I denne saken hadde arbeidsgiveren Indherred Aktie Dampskibsselskap (heretter Selskapet) sagt opp alle sine arbeidstakere under en maskiniststreik. Etter streiken tok Selskapet inn sine gamle arbeidstakere – såvel organiserte som utenforstående – på dårligere vilkår enn etter tariffavtalen som gjaldt mellom Selskapet og fagforeningen Norsk Matros- og Fyrbøterunion (heretter Unionen). Selskapet hevdet forgjeves at tariffavtalens bestemmelser ikke måtte gjelde også overfor de utenforstående. Selskapets forhold til både

⁴⁸ Andersen (1956) s. 186. Dette fremgår også av bestemmelsens ordlyd.

⁴⁹ Andersen (1956) s. 186.

de organiserte og de utenforstående ble behandlet under ett. Arbeidsretten uttalte på s. 51-52:

”Tariffavtalens bestemmelser om de for tariffperioden gjeldende lønnesatser må forstås så, at de gir Unionen en rett til å kreve at selskapet ikke lønner noen av sine folk under disse satser, og det hvad enten de er organiserte eller uorganiserte. Tariffavtalen må hvile på den naturlige forutsetning at selskapet ikke gjennom forhyring av uorganiserte skulde kunne skaffe sig billigere arbeidshjelp enn i tariffavtalen bestemt. Tariffavtalens lønnsatser vilde ellers bli av ringe værdi for de organiserte arbeidsre [sic].”

Tariffavtalens lønnsatser måtte altså gjelde både overfor de organiserte og de utenforstående (i dommen omtalt som ”de uorganiserte”). At tariffavtalen måtte gjelde overfor de organiserte, fulgte av tariffavtalen selv. Men det noe oppsiktsvekkende at tariffavtalen også var ufravikelig i Selskapets forhold overfor de utenforstående anså Arbeidsretten for å være en ”[naturlig] forutsetning” for ”[t]ariffavtalen”.

Man kan spørre om denne ”naturlige forutsetning” med sin ufravikelighetsvirkning kun gjaldt for den omhandlede tariffavtalen i saken, eller om retten anså forutsetningen for å gjelde som et rettslig prinsipp for tariffavtaler som sådan?

Når man leser den første setningen i utdraget, kan man få inntrykk av at Arbeidsretten kun forholder seg konkret til den i saken omhandlede tariffavtale ved at retten ser på ”[t]ariffavtalens bestemmelser” og ” de for tariffperioden gjeldende lønnesatser”. I tillegg kan det nevnes at retten omtaler tariffavtalen i bestemt form entall, noe som kan underbygge inntrykket av at man kun har ment å forholde seg til den aktuelle tariffavtalen i saken. Det er imidlertid neppe grunn til å legge noe særlig vekt på akkurat dette. For det første ville nok retten ha formulert seg annerledes om den mente at disse mindre formuleringene skulle avgjøre et slikt spørsmål. Hvis retten hadde problemstillingen i tankene, ville den nok trolig ha stilt spørsmålet eksplisitt. For det andre kan

formuleringsmåten med bestemt form entall etter vanlig norsk uansett gjelde tariffavtaler som sådan.

Hvis man leser den siste setningen i utdraget, ser man at resonnementet i utdraget har gyldighet for tariffavtaler som sådan – ikke bare for den konkrete tariffavtalen i saken. At tariffavtalen ellers (hvis arbeidsgiver kunne stå fritt med henhold til hvordan han lønnet utenforstående) ville bli av ”ringe verdi” for de organiserte, vil ikke gjelde kun for de organiserte i saken; på den kollektive arbeidsrettens område har setningen allmenngyldig verdi. Jeg vil si at til tross for eventuell tvil, så løfter utdragets siste setning hele avsnittet opp nærmest på et prinsipielt nivå. Jeg leser avsnittet slik at Arbeidsretten formulerer et generelt tariffrettslig prinsipp med anvendelsesfelt utover den konkrete sak.⁵⁰

Men er denne ene dommen nok til å slutte at det gjelder som et alminnelig prinsipp at tariffavtaler også gjelder overfor utenforstående arbeidstakere? Og hva er i så tilfelle innholdet av dette prinsippet? For å besvare disse viktige spørsmålene blir det nødvendig å undersøke flere dommer fra Arbeidsretten.

I en annen dom fra 1922, inntatt i ARD 1922 s. 123, blir Arbeidsrettens standpunkt fra ARD 1922 s. 50 videreført. Her hadde Fosens Aktie-Dampskibsselskap (heretter F.A.D.) etter den samme maskiniststreik som nevnt i saksforholdet til ARD 1922 s. 50, sagt opp sine arbeidere. Noen av disse arbeidstakerne var organisert i Norsk Matros- og Fyrbøterunion (Unionen, part også i ARD 1922 s. 50). Etter en tid hadde F.A.D. tatt mannskapet inn igjen, men på lavere lønninger enn etter tariffavtalen som gjaldt mellom F.A.D. og Unionen.

⁵⁰ Andersen (1967) s. 52 kommenterer dommen slik: ”De synsmåter Arbeidsretten her gir uttrykk for [...] ligger i det hele ubetinget fast.” Evju (1990) s. 251 anser det som ”sikker rettspraksis” at arbeidsgiveren ikke skal inngå arbeidsavtaler med utenforstående i strid med tariffavtalen og henviser til ARD 1922 s. 50. Jakhelln (2000) s. 228 skriver: ”Den rettsoppfatning som Arbeidsretten her [i ARD 1922 s. 50] la til grunn er senere fulgt i så vel rettspraksis som teori [...]” Fougner (2004) følger også denne synsmåten og omtaler ARD 1922 s. 50 som ”[d]en grunnleggende avgjørelsen” for det ulovfestede ufravikelighetsprinsippet. Det samme gjør for øvrig Jakhelln (2000) s. 640.

Denne tariffavtalen gjaldt mellom Unionen på den ene side og Indherred Aktie-Dampskibsselskap ("Selskapet" i ARD 1922 s. 50), F.A.D. (altså Fosen Aktie-Dampskibsselskap), Namsos Dampskibsselskap og Frosta Dampskibsselskap på den andre siden. De to sistnevnte selskapene bøyde seg for ARD 1922 s. 50-dommen mellom Unionen og Indherred Aktie-Dampskibsselskap; F.A.D. gjorde det ikke.

I spørsmålet om etterbetaling av lønn, forkastet Arbeidsretten påstanden til F.A.D. om at de ikke hadde plikt til å etterbetale lønn til de utenforstående arbeidstakere. Arbeidsretten uttalte på s. 126:

"Selskapet har anført at plikten til etterbetaling ikke kan omfatte de av folkene som ikke er organisert.

Arbeidsretten skal bemerke: [...] Hvad Unionens påstand går ut på, er å få fastslått at selskapet overfor Unionen har en tariffplikt til å lønne også de uorganiserte efter tariffavtalens lønnsatser. Med hensyn til dette spørsmål henviser Arbeidsretten til sin avgjørelse i dommen mot Indherred Aktie-Dampskibsselskap [ARD 1922 s. 50]."

Dette er en videreføring av ARD 1922 s. 50.⁵¹ Også her fastslår Arbeidsretten at arbeidsgiver har en plikt til å lønne de utenforstående etter tariffavtalens lønnsatser.

Som det fremgår, er saksforholdet i denne dommen svært likt saksforholdet i ARD 1922 s. 50. Av denne grunn er det for tidlig å oppstille som et alminnelig prinsipp at arbeidsgiver er forpliktet til å følge tariffavtalen også overfor utenforstående arbeidstakere, selv om denne dommen bekrefter den rettssetning ARD 1922 s. 50 bygger på.⁵² Undersøkelsen av om dette kan oppstilles som et alminnelig prinsipp er derfor ikke ferdig.

⁵¹ Fougner (1999) s. 60.

⁵² Eckhoff (2001) s. 195.

En dom som er av interesse i den videre undersøkelsen, er dommen inntatt i ARD 1936 s. 127. Spørsmålet i denne saken var om Trysilvasdragets Arbeidsgiverforening (heretter T.V.A.), som var bundet av en tariffavtale med Norsk Skog- og Landarbeiderforbund (heretter Forbundet), ved å inngå en annen, nesten identisk tariffavtale med en annen arbeidstakerforening, kalt ”Trysil frie faglige Arbeiderlag”, gjorde seg skyldig i tariffbrudd mellom dem og Forbundet. Om dette uttalte Arbeidsretten på s. 131 at:

”[...] det ikke er noe til hinder for, at en arbeidsgiverforening samtidig kan ha tariffavtale med mer enn en arbeidssammenslutning. Men det prinsipp, som er uttalt i Arbeidsrettens dom av 15. mars 1922 i samlings 1922 side 50, at arbeidsgiveren ikke må lønne noen av sine folk under gjeldende tariffavtales satser – hvad enten de er organiserte eller ikke –, må gjelde også mellom de forskjellige arbeiderforeninger eller deres medlemmer. Forbundet vil i kraft av sin tariffavtale med T.V.A. ha rett til å kreve at ingen av denne arbeidsgiverforenings medlemmer betaler noen av sine kjørerer – uansett, om de måtte stå i noen forening eller i hvilken forening – dårligere enn om denne tariffavtales kjørepriser legges til grunn.”

Her blir resonnementet til avgjørelsen i ARD 1922 s. 50 for første gang omtalt som et ”prinsipp”. Arbeidsretten skisserer også innholdet av dette prinsippet: ”arbeidsgiveren [må] ikke [...] lønne noen av sine folk under gjeldende tariffavtales satser – hvad enten de er organiserte eller ikke [...]”. At arbeidsgiveren skal følge tariffavtalen overfor de organiserte følger direkte av tariffavtalen; at arbeidsgiveren også skal følge tariffavtalen overfor de utenforstående vil følge av dette ulovfestede prinsippet.

Imidlertid fant ikke retten at T.V.A.s tariffavtale med Trysil frie faglige Arbeiderlag faktisk stilte Forbundets medlemmer dårligere enn dem, jf. s. 132 i dommen: *”[e]fter hvad der således er oplyst kan ikke forbundet sies å ha påvist at den endrede tariffavtale mellem de to organisasjoner med noen rimelighet kan antas å føre til, at der i henhold til samme blir inngått arbeidsavtaler, der stiller kjørerne ugunstigere enn efter forbundets egen tariffavtale med nevnte arbeidsgiverforening”*. Og da det videre ”også [var] helt på det

rene, at der ikke fra Skogeierforeningens [T.V.A.s] side er vist noen illojalitet overfor forbundet” ble T.V.A. frifunnet.

Det gjengitte utdraget i dommen var derfor ikke nødvendig for resultatet og må regnes som et obiter dictum.⁵³ Etter alminnelig rettskildelære har obiter dicta relativt liten vekt som rettskilde, skjønt dette dictumets vekt styrkes ved at det later til å være gjennomtenkt.⁵⁴ Selv om denne dommen altså behandler prinsippet formulert i ARD 1922 s. 50, kan det fremdeles ikke slutes at det gjelder som alminnelig tariffrettslig prinsipp at arbeidsgiver er forpliktet til å følge tariffavtalens bestemmelser også overfor utenforstående. (Som det forøvrig fremgår, gjelder dommen spørsmålet om T.V.A. hadde adgang til å inngå en annen tariffavtale med en annen fagforening. Jeg vil derfor komme tilbake til dommen i punkt 5.)

En annen dom som behandler ufravikelighetsprinsippet, er dommen inntatt i ARD 1950 s. 113. I saken hadde arbeidsgiveren Nasjonalkafeen forsømt en tariffavtale ved ikke å gi arbeidstakerne i Norsk Hotell- og Restaurantarbeiderforbund fridager slik det var bestemt i tariffavtalen mellom dem. Da det var spørsmål om etterbetaling, anførte arbeidsgiveren forgjeves at han ihvertfall ikke hadde en plikt til å etterbetale også de uorganiserte arbeidstakere. Arbeidsretten uttalte på s. 114-115.:

”Tariffavtalen mellom Norsk Hotell- og Restaurantarbeiderforbund på den ene side og Nasjonalkafeen på den annen side av 17. august 1946 forpliktet Nasjonalkafeen til å gjennomføre denne fritidsordning:

”Arbeiderne skal ha en hel fridag i uka som bør varieres og så langt råd er søkes lagt til søn- og helligdager. Minst 3dje hver fridag skal falle på søn- eller helligdag.”

Denne forpliktelse gjaldt både overfor organiserte og uorganiserte arbeidere ved bedriften. Hvis en slik tariffavtale bare skulle gjelde for organiserte arbeidere mens bedriften skulle

⁵³ Andersen (2005) s. 35 og Jakhelln (2000) s. 231-233.

⁵⁴ Fleischer (1998) s. 189-190.

stå fritt overfor uorganiserte arbeidere, ville tariffavtalen ha liten eller ingen betydning. Forbundet har krav på at en arbeidsgiver som ikke betaler sine arbeidere tariffmessig lønn, plikter å etterbetale den, så vel overfor organiserte som overfor uorganiserte arbeidere. Det er ved en rekke Arbeidsrettsdommer slått fast fat [sic] arbeidsgiveren har disse plikter. En viser særskilt til dommer i Domssamlingen ARD-1922-50, ARD-1922-123 og ARD-1922-140.”

Det uttales at hvis tariffavtalen bare skulle gjelde for de organiserte mens arbeidsgiver skulle stå fritt overfor de utenforstående arbeidere, så ville tariffavtalen ha liten eller ingen betydning. Denne formuleringen har grunnleggende fellestrekk med begrunnelsen for ufravikelighetsvirkningen som Arbeidsretten fastsatte i ARD 1922 s. 50, hvor det ble uttalt at hvis arbeidsgiver kunne stå fritt med henhold til hvordan han lønnet utenforstående, ville tariffavtalen bli av ”ringe verdi” for de organiserte.⁵⁵

Videre uttaler Arbeidsretten i ARD 1950 s. 113 at arbeidstakerforbundet kan kreve at arbeidsgiver følger tariffavtalen når den etterbetaler sine arbeidstakere – og da både overfor de organiserte og de utenforstående. Arbeidsretten avslutter ved å henvise til de tre dommene ARD 1922 s. 50, ARD 1922 s. 123 og ARD 1922 s. 140 for å vise at det gjelder et slikt prinsipp. Etter denne dommen skulle det ikke herske noen tvil om at det gjelder som et alminnelig prinsipp på den kollektive arbeidsrettens område at arbeidsgiver er forpliktet til å følge tariffavtalen også overfor de utenforstående.⁵⁶ Dette prinsippet har det i juridisk teori vært vanlig å betegne som *det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp*.⁵⁷

Selve termen ”ufravikelighetsprinsippet” blir riktignok ikke brukt av Arbeidsretten i denne dommen. Det kan imidlertid ikke utgjøre noen forskjell. Betegnelsen ”ufravikelighetsprinsippet” er Kristen Andersens og ble anvendt av ham for første gang i

⁵⁵ Slik også Andersen (1967) s. 52, som skriver følgende: ”De synsmåter Arbeidsretten her [i ARD 1922 s. 50] gir uttrykk for, møter man igjen i A.R.D. 1950 s. 113 flg.”

⁵⁶ Fougner (1999) s. 60 bruker ARD 1950 s. 113 til å vise at prinsippet utformet i ARD 1922 s. 50 er videreført og må gjelde som et alminnelig prinsipp.

⁵⁷ Andersen (2005) s. 27.

1955.⁵⁸ Arbeidsretten brukte den første gang tre år senere i dommen inntatt i ARD 1958 s. 171. Arbeidsretten og enkelte juridiske forfattere omtaler også prinsippet som ”ufravikelighetsnormen”, ”ufravikelighetsvirkninger” eller simpelthen ”ufravikelighet”⁵⁹. Men variasjon i termen kan selvsagt ikke endre innholdet av prinsippet.

3.3.2 En nærmere undersøkelse av ufravikelighetsprinsippets innhold og dets begrunnelse

Vi har nå sett at ufravikelighetsprinsippet gjelder som et alminnelig prinsipp på den kollektive arbeidsrettens område. Hva kan vi si om innholdet av dette prinsippet? I det følgende vil jeg utlede noen momenter fra de dommene som har blitt behandlet til nå. For å belyse prinsippet ytterligere, finner jeg det naturlig i sammenheng med denne gjennomgangen å se nærmere også på andre dommer fra Arbeidsretten.

Kjernen av ufravikelighetsprinsippet er altså at en tariffbundet arbeidsgiver også er forpliktet til å følge tariffavtalen overfor sine uorganiserte arbeidstakere, jf. punkt 3.2.⁶⁰

Videre fremgår det av dommene som har blitt behandlet, at det er tariffavtalens parter som kan kreve at tariffavtalen blir gjennomført også overfor de utenforstående.⁶¹ I ARD 1922 s. 50 heter det for eksempel at tariffavtalens bestemmelser må forstås slik at de gir ”Unionen en rett til å kreve” at Selskapet ikke lønner noen av sine folk under tariffavtalens satser. I ARD 1936 s. 127 uttales det at ”Forbundet vil i kraft av sin tariffavtale med T.V.A. ha rett til å kreve” at ingen av denne arbeidsgiversforenings medlemmer betaler noen av sine kjørere dårligere enn om denne tariffavtales kjørepriser legges til grunn.

⁵⁸ Evju (2005) s. 137, jf. Andersen (1955) s. 155-188.

⁵⁹ Jf. for eksempel ARD 1983 s. 301 og Evju (1990) s. 251 flg.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 40 og Andersen (2005) s. 19.

⁶¹ Berg (1930) s. 182, Andersen (1956) s. 157, Evju (1982) s. 178 og Fougner (1999) s. 60.

Det er verdt å merke seg at ufravikelighetsprinsippet således hverken gir de organiserte eller de utenforstående rett til å kreve at tariffavtalen skal gjelde også overfor de utenforstående.⁶² Den utenforstående må altså holde seg til den individuelle arbeidsavtale han eller hun har inngått med sin arbeidsgiver, selv om den er i strid med tariffavtaler som arbeidsgiver er bundet av.⁶³ Bestemmelser i den individuelle arbeidsavtale settes først til side når en av tariffavtalens parter krever det – ufravikelighetsvirkningene inntreer altså ikke automatisk.⁶⁴

Dette henger sammen med begrunnelsen til ufravikelighetsprinsippet. Begrunnelsen til ufravikelighetsprinsippet er nemlig ikke i første rekke hensynet til utenforstående arbeidstakere som står uten arbeidsgiverorganisasjoner til å ivareta sine interesser, jf. også ARD 1922 s. 22 hvor det uttales tydelig at tariffavtalen ikke skal verne de utenforstående.⁶⁵ Ufravikelighetsprinsippet er først og fremst begrunnet ut fra hensynet til organisasjonene.⁶⁶ Hvis utenforstående kan tilby sin arbeidskraft billigere enn hva de organiserte er i stand til, vil de utenforstående lett kunne presse organiserte ut av arbeidsmarkedet. Slik kan organisasjonenes posisjon i neste omgang være truet ved at de mister medlemmene sine.⁶⁷ Organisasjonene vil åpenbart ha interesser i at de tariffavtaler de inngår, ikke blir omgått eller undergravd.⁶⁸ Ufravikelighetsprinsippet kan også fremme hensynet til arbeidsforholdene (i betydningen arbeidslivet som en større helhet) ved at organiserte og utenforstående konkurrerer på like fot.⁶⁹

Begrunnelsen for ufravikelighetsprinsippet kan også ses fra en noe annen vinkel, nemlig at ufravikelighetsprinsippet ivaretar hensynene bak tariffavtalen. Tariffavtalens

⁶² Fougner (2004) s. 236-237.

⁶³ Berg (1930) s. 182, Andersen (1956) s. 188 og Fougner (2004) s. 236-237. Jf. også uttalelsen i ARD 1950 s. 113 på s. 115: ”*En uorganisert arbeider er derimot selv bundet til den individuelle avtale han har sluttet, men tariffparten - i dette tilfelle Norsk Hotell- og Restaurantarbeiderforbund - har krav på at tariffavtalen gjennomføres også overfor ham.*”

⁶⁴ Berg (1930) s. 182 og Andersen (1956) s. 188.

⁶⁵ Evju (1990) s. 252.

⁶⁶ Andersen (1956) s. 156 og Fougner (2004) s. 231.

⁶⁷ Evju (1990) s. 252.

⁶⁸ Andersen (1956) s. 156.

⁶⁹ Fougner (2009) s. 228.

grunnleggende formål er å fastlegge like lønns- og arbeidsvilkår og slik hindre konkurranse om dette.⁷⁰ Og som nevnt har organisasjonene en sterk interesse i at tariffavtalene ikke blir svekket eller undergravd.⁷¹ Slik sikrer ufravikelighetsprinsippet at hensynet til tariffavtalen ivaretas.⁷²

Som det fremgikk av behandlingen under punkt 3.2, bestemmer arbtvl. § 3 nr. 3 at når en bestemmelse i en arbeidsavtale mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver, som begge er bundet av en tariffavtale, strider mot tariffavtalen, så er arbeidsavtalebestemmelsen ugyldig – altså er ikke arbeidsavtalen ugyldig i sin helhet. Dette følger altså av den *lovfestede* delen av ufravikelighetsprinsippet. Spørsmålet blir så hvor vidtgående virkninger den *ulovfestede* delen av ufravikelighetsprinsippet har. Gjør ufravikelighetsprinsippet at arbeidsavtalen mellom den tariffbundne arbeidsgiver og den utenforstående arbeidstaker blir ugyldig i sin helhet, eller blir kun de bestemmelser som strider mot tariffavtalen ugyldige?

Spørsmålet ble behandlet i dommen inntatt i ARD 1983 s. 301. I saken hevdet saksøkeren Norsk Styrmannsforening at arbeidsavtalen mellom A/S Kristian Jebsens Rederi (som på grunn av medlemskap i Skibsfartens Arbeidsgiverforening var bundet av tariffavtale mellom Styrmannsforeningen og Skibsfartens Arbeidsgiverforening) og deres styrmenn i sin helhet måtte settes til side som tariffstridig og ugyldig. Dette fikk Styrmannsforeningen ikke medhold i. Arbeidsretten uttalte på s. 320:

”Etter arbeidstvistloven § 3 nr. 3 er ikke den individuelle arbeidsavtale som sådan ugyldig, men bare de av dens bestemmelser som strider mot tariffavtalen. De ulovfestede ufravikelighetsnormer rekker heller ikke lengre. [...] Når det gjelder saksøkerens påstand om ugyldighet, må rettens konklusjon begrenses i samsvar med dette, og dessuten i samsvar med arbeidstvistlovens § 3 nr. 3.”

⁷⁰ NOU nr. 14 (1996) s. 27.

⁷¹ Andersen (1967) s. 51.

⁷² Andersen (1956) 187-188.

Altså blir ikke den arbeidsavtalen som strider mot tariffavtalen ugyldig i sin helhet.⁷³ De bestemmelser i den individuelle arbeidsavtale mellom den tariffbundne arbeidsgiver og den utenforstående arbeidstaker som strider mot tariffavtalen, blir satt til side og utfylt av tariffavtalen når en av partene i tariffavtalen krever det.

En annen side av ufravikelighetsprinsippet er at også bestemmelser i arbeidsavtaler mellom tariffbundne arbeidsgivere og utenforstående arbeidstakere som stiller de utenforstående *bedre* enn de organiserte, blir satt til side.⁷⁴ Tariffavtalen er altså ufravikelig i begge retninger.⁷⁵ Dette fremgår bl.a. av ARD 1984 s. 70 og ARD 1958 s. 23. I sistnevnte dom var saksforholdet at en bedrift ved nyttårsskiftet 1956/1957 hadde oppjustert lønnen for en gruppe uorganiserte arbeidstakere. Ikke lenge etterpå oppjusterte bedriften lønnen også for de organiserte. Spørsmålet var om bedriften hadde tariffmessig adgang å anvende denne fremgangsmåten? Arbeidsretten besvarte dette benektende, og uttalte på s. 30:

”Retten finner [...] å måtte bedømme situasjonen som den forelå på det tidspunkt ulikheten ble gjennomført, og kan derfor ikke legge noen vekt på at bedriften hadde til hensikt å foreta en senere utjevning og også har gjennomført denne. Det forhold at det i et bestemt tidsrom – selv om det er relativt kort – er gjennomført en alminnelig lønnsforhøyelse som bare er kommet de uorganiserte til gode, strider mot de forutsetninger tariffen er bygget på.”

Selv om de utenforstående altså ble stilt bedre enn de organiserte, ble dette ansett for å være tariffstridig.

I de dommene vi har sett på frem til nå, har de utenforstående vært *dårligere* stilt enn de organiserte. Begrunnelsen for å la organisasjonene kreve at ufravikelighetsvirkninger skal inntre i disse tilfellene, er – som nevnt – at de utenforstående som er villige til å ta arbeid

⁷³ Slik også Fougner (2004) s. 232 og Jakhelln (2008) note 21.

⁷⁴ Andersen (1956) s. 158, Evju (1982) s. 178, Fougner (1999) s. 58.

⁷⁵ Evju (1990) s. 252.

på dårligere vilkår enn de organiserte ellers ville kunne utgjøre en trussel mot organisasjonene.

Begrunnelsen for at ufravikelighetsprinsippet også kan sette til side avtalebestemmelser som stiller de utenforstående *bedre* enn de organiserte, er at det ville kunne undergrave verdien av tariffavtalen for andre medlemmer av organisasjonen hvis de utenforstående kunne bli ansatt på bedre vilkår enn de organiserte.⁷⁶ Hvis ufravikelighetsprinsippets innhold var at de utenforstående aldri kunne bli stilt dårligere enn de organiserte, men alltid like bra eller bedre, ville dette – særlig over tid – kunne hatt den virkning at mange organiserte meldte seg ut av fagforeningene.⁷⁷

En annen ting som gjør ARD 1958 s. 23 interessant, er at Arbeidsretten også i denne dommen uttaler at den anser ufravikelighetsprinsippet for å være en *forutsetning* for tariffavtalen.⁷⁸ Ved behandlingen av ARD 1922 s. 50 så vi hvordan Arbeidsretten anså ufravikelighetsvirkninger for å være en "[naturlig] forutsetning" for tariffavtalen. I ARD 1958 s. 23 var det ikke uenigheter om noen forhold rundt tariffavtalens inngåelse etc. Når Arbeidsretten anså det å gi lønnsforhøyelse kun til de utenforstående for å være i strid med "de forutsetninger tariffen er bygget på", leser jeg utsagnet slik at det er forutsetningen om at tariffavtalen er ufravikelig også overfor de utenforstående, den sikter til. Også ARD 2009 s. 7, som jeg behandler i punkt 3.3.4, anser ufravikelighetsprinsippet for å være en forutsetning for tariffavtalen. Ufravikelighetsprinsippets virkning er at denne forutsetningens innhold anvendes på arbeidsavtalen mellom den tariffbundne arbeidsgiver og den utenforstående arbeidstaker.

Endelig må det nevnes at ufravikelighetsprinsippet ikke gjør tariffavtalen ufravikelig over alle utenforstående arbeidstakere uavhengig av hvilken type arbeid de utfører.

Ufravikelighetsvirkningene slår nemlig inn kun overfor de utenforstående arbeidstakere

⁷⁶ Fougner (1999) s. 59.

⁷⁷ Evju (1990) s. 252.

⁷⁸ Slik også Berg (1930) s. 181, som omtaler ufravikelighetsprinsippet som en "naturlig stilltiende tariff-forutsetning" for tariffavtalen.

som utfører samme type arbeid som de organiserte. Dette fremgår med all ønsket tydelighet av Arbeidsrettens uttalelser på s. 31 i nevnte ARD 1958 s. 23: ”I og med det var bedriften bundet til ikke, uten forbundets samtykke, å fravike tariffavtalens lønnsbestemmelser til fordel for funksjonærer som sto utenfor forbundet, for så vidt disse hørte til den art funksjonærer, hvis lønns- og arbeidsforhold tariffavtalen regulerte.”

De utenforståendes arbeid må dermed være av samme type art som de organisertes. Ufravikelighetsprinsippet kan for eksempel ikke slå inn overfor en gruppe utenforstående bygningsarbeidere når tariffavtalen regulerer arkitekters lønns- og arbeidsvilkår. Altså vil ufravikelighetsprinsippet ikke sette noen begrensninger for arbeidsgiversidens adgang til å inngå arbeidsavtaler utenfor tariffavtalens virkeområde.⁷⁹

Hvis en tariffbundet arbeidsgiver ikke følger tariffavtalen også overfor de utenforstående arbeidstakerne når tariffavtalemotparten krever det, innebærer det tariffbrudd.⁸⁰ Tariffbrudd kan sanksjoneres med erstatningsansvar, jf. arbtvl. § 4 og tjtvl. § 23. I praksis blir disse reglene stort sett anvendt ved brudd av fredsplikten, men reglene gjelder også andre typer tariffbrudd.⁸¹ Det er det økonomiske tap som skal erstattes.⁸² I tråd med alminnelig kontraktsrett antas det at en tariffavtale kan heves såfremt tariffbruddet er vesentlig.⁸³

3.3.3 Ufravikelighetsprinsippet og avtalefrihet

Tariffpartene kan uttrykkelig avtalefeste i tariffavtalen at man vil følge ufravikelighetsprinsippet, jf. ARD 1928 s. 113, hvor en tariffbestemmelse uttalte at ”[r]ederne kan ikke ansette maskinister på ringere vilkår enn i denne overenskomst bestemt, og maskinistforbundets medlemmer kan ikke anta ringere vilkår i noget rederi”.⁸⁴

⁷⁹ Thorkildsen (1996).

⁸⁰ Evju (1990) s. 251.

⁸¹ *ibid* s. 257.

⁸² Jf. Ertzaas (2004) s. 300, Andersen (2005) s. 94 og for såvidt alminnelig erstatningsrett.

⁸³ Evju (1990) s. 259.

⁸⁴ Berg (1930) s. 181.

Motsatt kan man ha en klausul om at tariffavtalens bestemmelser kun skal gjelde for tariffavtalens parter – med andre ord slik at den tariffbundne arbeidsgiver står fritt overfor utenforstående arbeidstakere.⁸⁵ Det er lagt til grunn i flere dommer fra Arbeidsretten at ufravikelighetsprinsippet kan fravikes, jf. bl.a. ARD 1958 s. 171, ARD 1984 s. 70, ARD 1994 s. 16 og ARD 2009 s. 7. Disse dommene vil jeg se nærmere på nedenfor.

En tariffavtale vil i de aller fleste tilfeller angi partene i tariffavtalen. Men selv om den altså angir partene, kan det i seg selv ikke være nok til å slutte at tariffavtalen kun skal gjelde mellom disse, jf. for såvidt Arbeidsrettens uttalelser i avsnitt 35 og 39 i ARD 2009 s. 7, som blir behandlet nedenfor. Det er nødvendig med fastere holdepunkter. For eksempel kan vi tenke oss en tariffavtalebestemmelse som uttaler at tariffavtalen ”kun skal gjelde for de angitte parter og ikke for uorganiserte”. Utvetydige tariffavtalebestemmelser om partenes forhold til utenforstående vil være en veldig grei måte å fjerne unødvendig tvil om dette på.

Arbeidsrettens uttalelser i ARD 1958 s. 171 skulle være egnet til å illustrere det. I saken var spørsmålet om partene i tariffavtalen hadde fraveket ufravikelighetsprinsippet.

Arbeidsretten uttalte på s. 179:

”Arbeideretten viser til at etter vanlige tariffrettslige regler er det partene i tariffoverenskomsten og deres medlemmer som umiddelbart påtar seg forpliktelser og oppnår rettigheter gjennom den. Ved siden herav vil imidlertid en tariffbundet bedrift innenfor rammen av ufravikelighetsprinsippet være forpliktet til å overholde overenskomstens bestemmelser også i forhold til uorganiserte funksjonærer eller arbeidere. En avtale med slike funksjonærer eller arbeidere som fastsetter andre vilkår enn de som følger av overenskomsten, vil derfor, såfremt det følger av det nevnte prinsipp, måtte bringes i overensstemmelse med overenskomsten, uten hensyn til om vilkårene må

⁸⁵ Berg (1930) s. 181.

sies å være bedre eller dårligere fra uorganiserte funksjonærers eller arbeideres synspunkt sett.

Det spørsmål som foreligger for Arbeidsretten til avgjørelse, er om den foreliggende tariffavtale inneholder bestemmelser, eller bygger på forutsetninger, som fører til en fravikelse av de nevnte tariffrettslige regler i den ene eller den annen retning. Retten kan ikke anta at så er tilfelle. Den omstendighet at « medlemmene » er trukket inn i angivelsen av hovedavtalens parter eller at avtalens § 19 har en annen formulering enn den tilsvarende bestemmelse i den alminnelige hovedavtale (§ 18), godtgjør ikke at partene har ment å gi avtalen en snevrere ramme enn vanlig. Hadde det vært meningen å gjøre unntak fra en så grunnleggende og vesentlig rett som retten til å kreve tariffavtalen respektert også overfor uorganiserte funksjonærer, burde man ha sørget for at dette kom klart og utvetydig til uttrykk i avtalens tekst.”

Retten anså ufravikelighetsprinsippet for å være en ”grunnleggende og vesentlig rett” for tariffpartene, og krevde derfor at eventuelle fravik fra denne retten burde ha fremkommet ”klart og utvetydig i avtalens tekst”. Jeg antar at det allikevel neppe kan oppstilles et krav om at man må la det komme klart og utvetydig frem i avtalens tekst hvis man ønsker å fravike ufravikelighetsprinsippet, altså at Arbeidsretten oppstiller et skriftlighetskrav. Grunnen til at jeg ser det slik, er for det første at retten sier at dette ”burde” gjøres. For det andre sier Arbeidsretten at spørsmålet den skal ta stilling til, er om tariffavtalen inneholder bestemmelser, ”eller bygger på forutsetninger” som fører til at ufravikelighetsprinsippet må fravikes. Dette må rimeligvis bety at ufravikelighetsprinsippet kan anses fraveket hvis forhold rundt avtaleinngåelsen mv. tilsier at partene har villet fravike det.

At ufravikelighetsprinsippet kan fravikes ved avtale ble også lagt til grunn i ARD 1984 s. 70. I denne saken hadde tariffpartene Rederiansatte Oljearbeideres Forbund (ROF) og Arbeidsgiverforeningen for Skip og Offshorefartøyer (ASO) inntatt et forbehold mot at ASO skulle inngå tariffavtale med andre organisasjoner ”som gir et vesentlig bedre totalt økonomisk resultat for stillingsgrupper som også omfattes av ROF’s avtale”. Etter en tid

inngikk ASO en annen tariffavtale med De Samarbeidende Organisasjoner (Norsk Styrmandsforening og Det norske maskinistforbund) (DSO).

ROF anførte at tariffavtalebestemmelsen ga uttrykk for ufravikelighetsprinsippet og at ASOs avtale med DSO måtte anses tariffstridig på grunnlag av dette. Arbeidsretten så det ikke slik. På s. 78-79 uttalte retten:

”Arbeidsretten finner det ikke nødvendig å gå inn på saksøkerens anførsler om forholdet mellom forbeholdsklausulen i tariffavtalen mellom ASO og ROF og det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp. Utgangspunktet for vurderingen av tvistes spørsmålet i nærværende sak må være den nevnte klausul [...] Denne klausul er spesielt tatt inn for å regulere forholdet mellom tariffpartene ved dette års oppgjør og det må da være denne bestemmelse som legges til grunn ved behandlingen av tvisten. Dette gjelder selv om klausulen måtte gå lenger i retning av å tillate avvikelser fra ROF’s tariffavtale enn tilfellet ville ha vært om ufravikelighetsprinsippet skulle ha vært lagt til grunn. Det følger av alminnelige tariffrettslige regler at partene kan treffe avtale som avviker fra ufravikelighetsprinsippet.”

Det fulgte av ”alminnelige tariffrettslige regler at partene [kunne] treffe avtale som avviker fra ufravikelighetsprinsippet”. Arbeidsretten så det altså slik at partene hadde fraveket ufravikelighetsprinsippet ved avtale, og valgte å løse saken ved en tolkning av forbeholdsklausulen.⁸⁶ Saken kan tjene til illustrasjon for hvor viktig det er å innta klare tariffavtalebestemmelser når man først velger å fravike ufravikelighetsprinsippet.

I ARD 1994 s. 16 gjaldt det en hovedtariffavtale for kommuner mv. mellom LO og Norsk Kommuneforbund (NKF) på den ene side og Kommunenes Sentralforbund (KS) på den annen side. I den noe spesielle saken var et av spørsmålene om en sosialhjelpsklient som er pålagt arbeidsplikt etter lov om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991

⁸⁶ Slik også Fougner (1999) s. 58: ”Arbeidsretten tok ikke stilling til rekkevidden av det alminnelige ufravikelighetsprinsippet, men uttalte at det kan inngås avtaler som fraviker dette. En fortolkning av forbeholdsklausulen ble lagt til grunn for løsning av tvisten.”

nr. 81 § 5-3 kunne anses som arbeidstaker i denne hovedtariffavtalens forstand. Retten bemerket at selv om en sosialhjelpsklient med pålagt arbeidsplikt kunne bli ansett for å være arbeidstaker i hovedtariffavtalens forstand, ville ikke dette ubetinget medføre at den tariffbundne arbeidsgiver ville være forpliktet til å anvende tariffavtalens bestemmelser på vedkommende. Arbeidsretten uttalte på s. 28 at:

”Hovedtariffavtalens rekkevidde - dens anvendelsesområde i faglig og personell henseende - beror på en fortolkning av tariffavtalen. Det er partene forsåvidt også enige om.

På bakgrunn av prosedyren vil Arbeidsretten innledningsvis bemerke at det samme i utgangspunktet også gjelder i forhold til spørsmål om tariffavtalens ufravikelighet. Det forhold at visse typer arbeid etter sin art kan falle inn under en tariffavtales virkeområde, innebærer ikke uten videre at en tariffbundet arbeidsgiver er forpliktet til å sørge for at tariffavtalens normer blir anvendt uavhengig av hvem som utfører arbeidet og på hvilket grunnlag det gjøres. Forsåvidt kan det vises eksempelvis til dommene i ARD-1920-21-277 og ARD-1933-63, som begge er blitt trukket frem i saken her. Alminnelige ufravikelighetsnormer har i denne sammenheng ingen ubetinget eller generelt enhetlig rekkevidde. Hvilke forpliktelser en tariffavtale medfører og hvilke grenser den setter, må i alminnelighet og som utgangspunkt bygges på tariffavtalen, dens bestemmelser, de forutsetninger og den praksis som knytter seg til den.”

Retten kom til at sosialhjelpsklienten med pålagt arbeidsplikt ikke var å anse som arbeidstaker i hovedtariffavtalens forstand, jf. s. 28-29 i dommen. Men selv om retten hadde kommet til at sosialhjelpsklienten var arbeidstaker i hovedtariffavtalens forstand, ville det uansett ha berodd på en tolkning av tariffavtalens bestemmelser, de forutsetninger og den praksis som knytter seg til den hvor langt ufravikelighetsprinsippet skulle rekke.

I den nye dommen ARD 2009 s. 7 var det spørsmål om partene i en tariffavtale – LO med Industri Energi (IE) på den ene side og Norges Rederiforbund (NR) på den annen side – hadde ment å fravike ufravikelighetsprinsippet.

Etter tariffavtalen som gjaldt mellom partene, var de NR-tilsluttede bedriftene forpliktet til å betale en premie til opplysnings- og utviklingsfondet ("OU-fondet") for de ansatte som "[fulgte] avtalene mellom LO/INDUSTRI ENERGI og NR". Disse bedriftene var følgelig interesserte i at tariffavtalen skulle dekke færrest mulig.

I tariffavtalens punkt 1 første ledd ble det uttalt at "[d]enne overenskomst kan gjøres gjeldende for medlemmer av INDUSTRI ENERGI [...]". Spørsmålet var så om premie til OU-fondet skulle betales for samtlige ansatte som utførte arbeid som kom inn under tariffavtalen, eller om denne plikten var begrenset til arbeidstakerne som var tilsluttet IE.⁸⁷

Arbeidsretten sa først noen ord om det generelle utgangspunktet på rettsområdet:

"Etter alminnelige tariffrettslige regler er det overenskomstens parter og de tilsluttede medlemmene på begge sider som blir pålagt plikter og oppnår rettigheter gjennom en tariffavtale, se f.eks. ARD-1958-171. Av ulovfestede ufravikelighetsnormer følger imidlertid at en tariffbundet bedrift i utgangspunktet vil være forpliktet til å anvende overenskomstens regler også i forhold til andre arbeidstakere enn de som er medlemmer i den arbeidstakerorganisasjon som er part i avtalen. En tariffavtale anses å bygge på en forutsetning om at dens vilkår skal respekteres overfor alle ansatte som utfører arbeid som kommer inn under avtalens saklige virkeområde, og at arbeidstakere som ikke er bundet, men gjennom arbeidsforholdet velger å følge avtalens hovedbestemmelser, må akseptere enkelthetene i denne."

Deretter så Arbeidsretten på tariffavtalens ordlyd og forholdene rundt avtaleinngåelsen. Retten anså ordlyden for å gi uttrykk for "det i og for seg selvsagte, nemlig at tariffavtalen bare er bindende for arbeidstakere som er organisert i IE", jf. avsnitt 35, og at denne ordlyden ikke ga "uttrykk for at LO/IE har frafalt retten til å kreve overenskomsten respektert også for uorganiserte [...]". jf. avsnitt 39. Slik var altså

⁸⁷ Fra sammendraget til dommen.

ufravikelighetsprinsippet ikke fraveket ved ordlyden. Tariffavtalen anga tariffavtalens parter, og dette kunne ikke være nok til å slutte at ufravikelighetsprinsippet var fraveket.

Retten anså heller ikke forholdene rundt tariffavtalens inngåelse for å kunne begrense tariffavtalens anvendelsesområde slik at den ikke skulle anvendes overfor de utenforstående, jf. rettens uttalelser i avsnitt 36:

”Ut fra det som i saken er fremkommet om landavtalens tilblivelseshistorie, finner flertallet ikke å kunne bygge på at partene ved inngåelsen av overenskomsten i 1998 hadde en felles forståelse om at den ikke skulle anvendes overfor utenforstående arbeidstakere.”

Dermed ble det ulovfestede ufravikelighetsprinsippet anvendt på forholdet. De NR-tilsluttede bedriftene måtte betale premie til OU-fondet både for de IE-tilsluttede arbeidstakerne og for de uorganiserte arbeidstakerne. Dommen er så vidt jeg kan se ennå ikke kommentert av i juridisk teori.

3.3.4 Fagforeningers stilling overfor utenforstående arbeidsgivere

Slik det fremgår av fremstillingen, er en tariffbundet arbeidsgiver etter ufravikelighetsprinsippet forpliktet til å følge tariffavtalens bestemmelser overfor såvel sine organiserte som uorganiserte arbeidstakere. Spørsmålet blir så om dette også gjelder andre veien, slik at tariffbundne fagforeninger ikke kan inngå avvikende tariffavtaler med andre, utenforstående arbeidsgivere?

Arbeidsgivere som ikke er bundet av tariffavtaler (altså *utenforstående arbeidsgivere*) kan tenkes å tilby bedre arbeidsvilkår til organiserte arbeidstakere enn hva tariffbundne arbeidsgivere er i stand til. Motivet kan være at den utenforstående arbeidsgiveren ønsker seg den best kvalifiserte arbeidskraften. En måte han kan gjøre dette på, er for eksempel

ved å tilby gunstigere feriebestemmelser enn hva den tariffbundne arbeidsgiveren kan tilby. Slikt kan rimeligvis utgjøre en trussel mot de organiserte arbeidsgiverne.

Eller den utenforstående arbeidsgiveren kan tenkes å ville skaffe seg et fortrinn i markedet ved å ansette organiserte arbeidstakere på dårligere vilkår enn hva organiserte arbeidsgivere er tariffbundne til. Særlig det siste tilsier at også arbeidsgiverparten har en interesse i at fagforeninger ikke kan inngå avvikende tariffavtaler med utenforstående arbeidsgivere.⁸⁸

Spørsmålet om fagforeninger var forhindret fra å inngå avvikende tariffavtaler med utenforstående arbeidstakere ble behandlet i ARD 1945-48 s. 55. I denne saken var Norsk Bygningsarbeiderforbund (heretter Forbundet) bundet av en tariffavtale med Norsk Arbeidsgiverforening (heretter N.A.F. (forøvrig tidligere NHO)). Imidlertid inngikk Forbundet en tariffavtale med noen uorganiserte bygg- og snekkermestre i Østfold. Denne tariffavtalen inneholdt høyere prissatser enn i tariffavtalen med N.A.F. Spørsmålet var om dette innebar et tariffbrudd fra Forbundets side. Arbeidsretten besvarte dette benektende, da den på s. 58 uttalte at:

”Arbeidsretten er kommet til det resultat at saksøkte må bli å frifinne. Tariffavtalen med Arbeidsgiverforeningen inneholder ingen bestemmelse om at Bygningsarbeiderforbundet skal være uberettiget til å slutte tariffavtaler med uorganiserte mestre, hverken med høyere eller lavere lønnsatser enn etter Arbeidsgiverforeningens tariffavtale. Hvis Arbeidsgiverforeningen under forhandlingene om Riksmeglingsmannens forslag har tenkt seg at den nye tariffavtale skulle medføre en ny plikt for Bygningsarbeiderforbundet til ikke å slutte tariffavtaler med uorganiserte arbeidsgivere uten på samme vilkår som etter Arbeidsgiverforeningens tariffavtale, burde foreningen ha latt dette få uttrykk. Men det er på det rene at det ikke ble gjort. Uten at det uttrykkelig står i tariffavtalen, kan en derfor ikke legge inn i denne et helt nytt og tidligere ukjent prinsipp, nemlig at den skulle være bindende for Bygningsarbeiderforbundet også i forhold til uorganiserte mestre. Det er

⁸⁸ Evju (1982) s. 201. Se også Berg (1930) s. 181.

mulig at Arbeidsgiverforeningens medlemmer blir nødt til å betale høyere lønninger enn de tariffestede, der hvor Bygningsarbeiderforbundet har lokale tariffavtaler med høyere satser; men dette er det intet å gjøre ved.”

Av dommen ser vi at tariffbundne fagforeninger står fritt til å inngå avvikende tariffavtaler med utenforstående arbeidsgivere. Men tariffavtalen mellom fagforeningen og den organiserte arbeidstaker kan angi begrensninger i denne friheten.⁸⁹ Det har forekommet at arbeidstakerforeninger i tariffavtalen har forpliktet seg til ikke å inngå avvikende tariffavtaler med andre arbeidsgivere eller arbeidsgiverorganisasjoner, jf. ARD 1950 s. 1, ARD 1951 s. 21, ARD 1973 s. 112 og ARD 1984 s. 70.⁹⁰

3.4 Oppsummering

Arbtlv. § 3 nr. 3 uttaler at en bestemmelse i en individuell arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale som arbeidsgiveren og arbeidstakeren begge er bundet av, vil være ugyldig.

Imidlertid har det ulovfestede ufravikelighetsprinsippet videre virkninger enn dette. Prinsippet innebærer at en tariffbundet arbeidsgiver som inngår en arbeidsavtale med en utenforstående arbeidstaker, er tariffforpliktet overfor sin tariffmotpart til å anvende tariffavtalens vilkår også på arbeidsavtaleforholdet med den utenforstående arbeidstakeren. Dette prinsippet er utviklet i rettspraksis fra Arbeidsretten hvor den grunnleggende dom er ARD 1922 s. 50. Ufravikelighetsprinsippet gjelder både når arbeidsavtalen med den utenforstående stiller denne dårligere såvel som bedre enn de organiserte.

Ufravikelighetsprinsippet blir ansett å gjelde som en grunnleggende forutsetning for tariffforholdet, jf. bl.a. ARD 1922 s. 50, ARD 1958 s. 23 og ARD 2009 s. 7. Det er imidlertid adgang for partene til å fravike dette ved avtale, jf. bl.a. ARD 1984 s. 70 og

⁸⁹ Evju (1982) s. 201. Dette fremgår også av uttalelsene i ARD 1945-48 s. 55.

⁹⁰ Jakhelln (2000) s. 229.

ARD 1994 s. 16. Derfor beror det på en tolkning av tariffavtalen og forholdene rundt inngåelsen av den mv. om partene har ment å fravike ufravikelighetsprinsippet, jf. bl.a. ARD 1958 s. 171 på s. 179. Noe av det jeg vil fremheve sterkest i denne oppgaven, er hvordan klare og utvetydige tariffavtalebestemmelser om tariffpartenes forhold til utenforstående og ufravikelighetsprinsippet vil være en svært velegnet måte å fjerne tvil rundt disse forhold på.

For fagforeninger er stillingen en annen. Fagforeninger er ikke begrenset av ufravikelighetsprinsippet til å inngå avvikende tariffavtaler med andre, utenforstående arbeidsgivere (evt. arbeidsgiverforeninger). Slike begrensninger må evt. forankres i tariffavtalen, jf. ARD 1945-48 s. 55.

4 Avtaler som henviser til tariffavtaler

Det er ikke uvanlig at uorganiserte parter henviser til eller tar inn tariffavtaler i den individuelle arbeidsavtalen. Dette kan gjøres også hvor bare en av partene er uorganisert.⁹¹

For eksempel kan en arbeidsgiver som ikke er tilsluttet noen arbeidsgiversammenslutning inngå en arbeidsavtale med en uorganisert arbeidstaker hvor man henviser til en tariffavtale. Det er viktig å være oppmerksom på at *partene i den individuelle arbeidsavtalen* som henviser til en tariffavtale *ikke* blir medlemmer i de organisasjonene som er *parter i tariffavtalen* av den grunn. Det som skjer, er at tariffavtalen (eller deler av den) får rettsvirkning slik at den blir inkorporert som en del av den individuelle

⁹¹ Fougner (2004) s. 237.

arbeidsavtalen.⁹² For eksempel er det vanlig – til og med i det private – at man i arbeidsavtaler henviser til særavtalen Statens reiseregulativ.

Aml. § 14-6 oppstiller visse minstekrav til hva en arbeidsavtale skal inneholde. Blant annet skal arbeidsavtalen inneholde oppsigelsesfrister, den gjeldende eller avtalte lønn, en beskrivelse av arbeidet – og opplysninger om eventuelle tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet, jf. bokstav m. Følgelig må et arbeidsforhold som omfattes av en tariffavtale inneholde opplysninger om det.

Hvorvidt en arbeidsavtale inkorporerer en tariffavtale kan fremgå enten direkte ved en tolkning av ordlyden i selve avtalen, eller ved at man undersøker de omkringliggende forhold, som for eksempel forholdene ved avtaleinngåelsen.⁹³ Hvis det i en arbeidsavtale er uttalt at den ”blir supplert av *Verkstedsoverenskomsten* slik den gjelder til enhver tid,” burde saken være nokså klar – tariffavtalen vil være en del av arbeidsavtalen. På den andre side betyr det ikke at en eventuell taushet i en arbeidsavtale alltid vil utelukke en tariffavtale fra å være en del av den. For eksempel kan partene under forhandlingene ha blitt enige om at *Verkstedsoverenskomsten* skal gjelde som en del av arbeidsavtalen. Da skal det opplyses om i arbeidsavtalen at *Verkstedsoverenskomsten* regulerer arbeidsforholdet, jf. aml. § 14-6. Men selv om arbeidsavtalen ikke skulle opplyse om hva partene er blitt enige om under forhandlingene, må allikevel tariffavtalen anses som en inkorporert del av den individuelle arbeidsavtalen.

I denne sammenheng kan dommen fra Høyesterett inntatt i Rt. 1985 s. 78 være av interesse. I saken hadde Norges Kooperative Landsforening (NKL) i tarifforhandlinger med arbeidstakerorganisasjonen Norges Handels- og Kontorfunksjonærers Forbund (heretter Handel og Kontor) – som omfattet 75 % av NKLs ansatte – blitt enige om at det skulle innføres lik arbeidstid for arbeidere og funksjonærer.⁹⁴

⁹² Ertzaas (2004) s. 274

⁹³ Evju (1990) s. 252.

⁹⁴ Fra sammendraget i dommen.

Noen utenforstående arkitekter hevdet forgjeves at den nye ordningen ikke kunne gjelde for dem. (NKL hadde ingen tariffavtale med arkitektenes fagforbund.) I arbeidsavtalen til arkitektene ble det uttalt at deres arbeidsvilkår skulle fastsettes etter ”de vanlige vilkår for vårt personale”. Siden arkitektenes arbeidsavtale ellers var taus, måtte disse ”vanlige vilkår” bestemmes ved å undersøke andre kilder. Og da tariffavtalen mellom NKL og Handel og Kontor inneholdt bestemmelser om individuell lønnsfastsettelse, ble disse ansett for å være de vilkårene som gjaldt for NKLs (organiserte) ansatte som det var rimelig å sammenligne arkitektene med. Selv om arkitektenes arbeidsavtaler ikke direkte henviste til tariffavtalen mellom NKL og Handel og Kontor, ble arbeidsavtalene tolket slik at tariffavtalen ble bestemmende for de utenforstående arkitektene.

Når en arbeidsavtale henviser til en tariffavtale, vil det i utgangspunktet være opp til partene selv å avtale hvordan tariffavtalen skal tolkes.⁹⁵ Partene kan i den individuelle arbeidsavtalen som henviser til en tariffavtale, bestemme at tariffavtalen skal tolkes slik tariffpartene tolker den. Eller de kan bestemme seg for å tolke den inntatte tariffavtalen på egen måte. Et eksempel kan illustrere dette: en tariffavtale kan ha en bestemmelse som påbyr arbeidstakerne å gå med ”sorte klær” når de er på jobb. Partene i den individuelle arbeidsavtalen kan bestemme at dette skal tolkes slik tariffpartene tolker den. Eller de kan bestemme seg for å tolke den inntatte tariffavtalebestemmelsen på sin egen måte – det er for eksempel ingenting i veien for at de blir enige om at bestemmelsen skal forstås slik at alle ensfargede plagg er tillatt.

Hvis tariffpartene endrer tariffavtalen, kan det oppstå spørsmål om hvordan rettighetene og pliktene etter den individuelle arbeidsavtalen som henviser til den, skal fastsettes. Skal innholdet av den individuelle arbeidsavtalen fastsettes etter det innholdet den ble gitt ved avtaleinngåelsen, eller skal den følge tariffavtalens utvikling?

⁹⁵ Det er et alminnelig prinsipp i avtaleretten at det er opp til partene selv hvordan avtalen de har inngått skal tolkes, jf. Woxholth (2006) s. 403. Dette prinsippet vil også gjelde ved tolkning av arbeidsavtaler, jf. Rt. 2000 s. 1602.

Også dette vil være opp til partene. Utgangspunktet blir derfor at dette må fastsettes ved en tolkning av arbeidsavtalen og forholdene rundt avtaleinngåelsen mv. Spørsmålet blir så hvordan situasjonen blir hvis en tolkning av arbeidsavtalen ikke gir noe svar? Såvidt jeg kan se, er spørsmålet ikke løst i rettspraksis eller behandlet i juridisk teori. Vurderingen er derfor basert på reelle hensyn fra den alminnelige avtaleretten.

På den ene side er det svært vanlig at tariffpartene endrer tariffavtalen underveis. Da dette er noe de absolutt fleste aktørene i arbeidslivet vet, kan det være naturlig å anta at arbeidsavtalepartene ønsker at arbeidsavtalen endres sammen med tariffavtalen.

En antakelse som dette kan imidlertid, slik jeg ser det, ikke være tilstrekkelig til å gi arbeidsavtalen et slikt dynamisk element. En arbeidsavtale som endrer innhold vil nemlig kunne ha en svært inngripende virkning for de berørte parter. De inngripende virkningene et slikt dynamisk element vil kunne ha, vil utgjøre et så vesentlig moment ved avtalen at de ikke kan inntre uten at det er avtalt.

Som jeg har vist, kan altså partene i en individuell arbeidsavtale hen vise til en tariffavtale og inkorporere den som en del av arbeidsavtaleforholdet. Partene i arbeidsavtalen blir allikevel ikke dermed medlemmer i tariffpartenes organisasjoner. Det vil i utgangspunktet være opp til arbeidsavtalens parter hvordan de ønsker å tolke tariffavtalen de henviser til. Hvis tariffavtalepartene endrer tariffavtalen, må det positive holdepunkter til for at den individuelle arbeidsavtalen skal følge tariffavtalens utvikling.

5 Konkurrerende tariffavtaler

Så langt har jeg vist hvordan arbeidsgiver etter ufravikelighetsprinsippet er tariffopplikt til å la tariffavtalens bestemmelser få anvendelse også overfor utenforstående. Jeg har også vist hvordan *fagforeninger* ikke er forhindret av ufravikelighetsprinsippet til å kunne inngå konkurrerende tariffavtaler med utenforstående arbeidsgivere. En ting som imidlertid gjenstår, er å undersøke hvordan rettsstillingen er for tariffbundne *arbeidsgivere* (evt. *arbeidsgiverforeninger*) som ønsker å inngå avvikende tariffavtaler med utenforstående fagforeninger. Dette er det vanlig å omtale som problemstillingen om konkurrerende tariffavtaler.⁹⁶

Den kan innledningsvis konstateres at spørsmålet ikke er lovregulert. Arbtvl. § 3 nr. 3 begrenser som sagt arbeidsgiverens adgang til å inngå *arbeidsavtaler* (ikke tariffavtaler) med arbeidstaker som avviker fra tariffavtale som begge partene er bundet av.

Spørsmålet om arbeidsgiversidens adgang til å inngå konkurrerende tariffavtaler med andre fagforeninger, ble behandlet i nevnte dom fra Arbeidsretten inntatt i ARD 1936 s. 127. Spørsmålet i saken var som sagt om Trysilvasdragets Arbeidsgiverforening (T.V.A.) – som var bundet av en tariffavtale med Norsk Skog- og Landarbeiderforbund (Forbundet) – hadde gjort seg skyldig i tariffbrudd ved å ha inngått en nesten identisk (konkurrerende) tariffavtale med en annen arbeidstakerforening, Trysil frie faglige Arbeiderlag.

Retten uttalte på s. 131 uttalte at: ”*det ikke er noe til hinder for, at en arbeidsgiverforening samtidig kan ha tariffavtale med mer enn en arbeidssammenslutning.*” Utgangspunktet er altså at det er tariffavtalefrihet på området – partene i tariffavtalen står altså fritt til å avtale hvorvidt tariffparten på arbeidsgiversiden skal kunne inngå avvikende tariffavtale med

⁹⁶ Se for eksempel Fougner (2004) s. 237 og Thorkildsen (1996).

utenforstående fagorganisasjoner.⁹⁷ Arbeidsgiversidens adgang til å inngå en konkurrerende tariffavtale må først og fremst bero på en tolkning av tariffavtalen.⁹⁸ Se for eksempel Verkstedsoverenskomsten 2008-2010 kap. VIII § 8.2.1 som uttaler at "[d]e bedrifter som denne overenskomst omfatter [ikke] kan [...] ansette noen arbeidstakere til bedriftens regelmessige arbeid på ringere vilkår enn fastsatt i overenskomsten." Denne tariffavtalen avskjærer altså de tariffbundne organisasjonenes adgang til å inngå avvikende tariffavtaler med andre fagorganisasjoner.

Spørsmålet er så hva som gjelder hvis tariffavtalen er taus?⁹⁹ At tariffavtalen er taus, er nemlig ikke ensbetydende med at tariffavtalefriheten er uten begrensninger.¹⁰⁰ Situasjonen i ARD 1936 s. 127 var nettopp at tariffavtalen ikke uttalte noe om arbeidsgiversidens adgang til å inngå konkurrerende tariffavtaler med andre fagforeninger, hvor Arbeidsretten allerede i neste setning uttalte:

"Men det prinsipp, som er uttalt i Arbeidsrettens dom av 15. mars 1922 i samlingen 1922 side 50, at arbeidsgiveren ikke må lønne noen av sine folk under gjeldende tariffavtales satser - hvad enten de er organiserte eller ikke -, må gjelde også mellom de forskjellige arbeiderforeninger eller deres medlemmer. Forbundet vil i kraft av sin tariffavtale med T.V.A. ha rett til å kreve at ingen av denne arbeidsgiverforenings medlemmer betaler noen av sine kjørere - uansett, om de måtte stå i noen forening eller i hvilken forening - dårligere enn om denne tariffavtales kjørepriser legges til grunn."

Retten fokuserte på hvilke *virkninger* den nye tariffavtalen ville få for de individuelle arbeidsforhold.¹⁰¹ De to tariffavtalene T.V.A. hadde inngått var identisk like, med unntak av en bestemmelse om lønnsfastsettelse. Arbeidsretten kom allikevel til at det ikke forelå

⁹⁷ Evju (1982) s. 201 og Fougner (2004) s. 237. At en arbeidsgiverforening har adgang til å inngå avvikende tariffavtale med to forskjellige fagforeninger, er også lagt til grunn i ARD 1984 s. 70, jf. Jakhelln (2000) s. 230.

⁹⁸ Thorkildsen (1996) og Fougner (2004) s. 238 (forutsetningsvis).

⁹⁹ Fougner (2004) s. 238.

¹⁰⁰ Evju (1982) s. 201.

¹⁰¹ Thorkildsen (1996).

tariffbrudd fordi det ikke ble godtgjort at bestemmelsen faktisk førte til ulik behandling, se rettens uttalelser på s. 132: ”[e]fter hvad der således er oplyst kan ikke forbundet sies å ha påvist at den endrede tariffavtale mellem de to organisasjoner med noen rimelighet kan antas å føre til, at der i henhold til samme blir inngått arbeidsavtaler, der stiller kjørerne ugunstigere enn efter forbundets egen tariffavtale med nevnte arbeidsgiverforening.”

Utdraget må leses slik at tariffavtalebestemmelser i den konkurrerende tariffavtalen som faktisk stiller medlemmene etter den første tariffavtalen dårligere enn medlemmene etter den konkurrerende tariffavtalen, må blir ugyldige når tariffmotparten krever det.¹⁰² Da det avgjørende er hvorvidt arbeidstakerne som får sine rettigheter og plikter bestemt etter den første tariffavtalen blir dårligere stilt enn arbeidstakerne etter den konkurrerende tariffavtalen, kan det altså ikke kreves at ordlyden i de forskjellige tariffavtalene er fullstendig identisk.¹⁰³ I overensstemmelse med ufravikelighetsprinsippets rekkevidde på andre områder, vil dette rimeligvis også gjelde tariffavtalebestemmelser som faktisk stiller medlemmene etter den opprinnelige tariffavtalen bedre enn medlemmene etter den konkurrerende tariffavtalen.¹⁰⁴ Det kan derfor sies at det innebærer tariffbrudd hvis en arbeidsgiver (evt. arbeidsgiverforening) inngår konkurrerende tariffavtaler med en utenforstående fagorganisasjon som medfører reell forskjellsbehandling mellom arbeidstakerne etter den første tariffavtalen og arbeidstakerne etter den konkurrerende tariffavtalen.¹⁰⁵

At retten kopler inn ”det prinsipp” som er uttalt i ARD 1922 s. 50, men likevel frifinner T.V.A. synes å henge sammen med lojalitetsbetraktninger. Som sagt fant Arbeidsretten det ikke godtgjort at T.V.A. hadde utvist noen illojalitet overfor Forbundet da den inngikk den konkurrerende tariffavtalen med Trysil frie faglige Arbeiderlag, mens det i ARD 1922 s. 50 – som Arbeidsretten henviser til – nettopp gjaldt spørsmålet om underbetaling av

¹⁰² Evju (1982) s. 202.

¹⁰³ Jf. ARD 1977 s. 29 og ARD 1977 s. 34, jf. Evju (1982) s. 202 og Thorkildsen (1996).

¹⁰⁴ Evju (1982) s. 201 og Thorkildsen (1996). Dette er også lagt til grunn i premissene til ARD 1977 s. 29 og ARD 1977 s. 34, jf. Evju (1982) s. 201.

¹⁰⁵ Evju (1982) s. 202.

uorganiserte sjømenn.¹⁰⁶ Det kan synes som om Arbeidsretten anser det for et krav for ufravikelighetsvirkninger, at den konkurrerende tariffavtalen er inngått på illojalt vis. Allikevel vil jeg si at positive holdepunkter savnes for å slutte dette fra dommen.

6 Diskriminering

Kapittel 13 i arbeidsmiljøloven inneholder bestemmelser om vern mot diskriminering på arbeidsplasser. Bestemmelsene i kapitlet skal sikre at Rådskonferansen 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet blir gjennomført i norsk rett.¹⁰⁷ Fra norsk side anså man rettsaktene i direktivet for å ligge utenfor det EFTA/EØS-landene (Norge er et EØS-land) var forpliktet til å innlemme i EØS-avtalen, men valgte å gå inn for gjennomføring allikevel.¹⁰⁸

Etter aml. § 13-1 er det forbudt å *diskriminere* på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Samtidig er *forskjellsbehandling* på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon (for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler) tillatt etter aml. § 13-2 fjerde ledd. Spørsmålet er så hvordan disse to bestemmelser forholder seg til hverandre og hvordan situasjonen blir for de utenforstående?

Det kan være naturlig å starte med å se nærmere på forskjellen i ordlyden. Aml. § 13-1 forbyr ”diskriminering” mens aml. § 13-2 fjerde ledd tillater visse typer ”forskjellsbehandling”. Spørsmålet er om en tolkning av disse begrepene kan gi oss et svar?

¹⁰⁶ Jakhelln (2000) s. 235.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 12.

¹⁰⁸ *ibid* s. 14.

Begrepene ”diskriminering” og ”forskjellsbehandling” er synonyme, selv om nok ”diskriminering” etter en naturlig språklig forståelse er noe mer negativt ladet enn ”forskjellsbehandling” – ordet ”forskjellsbehandling” kan brukes både positivt og negativt alt etter hvordan forskjellsbehandlingen blir begrunnet og praktisert.¹⁰⁹ Allikevel er dette ikke mye til hjelp hvis man ønsker å trø opp en grense mellom begrepene. I forarbeidene til endringsloven til arbeidsmiljøloven av 1977 sitt kapittel om likebehandling i arbeidslivet, ser man nærmere på begrepene, men ender opp med å anvende ”forskjellsbehandling” for det man vil forby.¹¹⁰ I arbeidsmiljøloven av 1977 hadde § 54B overskriften ”[f]orbud mot forskjellsbehandling/diskriminering” og i bestemmelsen var det altså direkte og indirekte forskjellsbehandling som ble gjort urettmessig.

I den gjeldende arbeidsmiljøloven er ordlyden endret. I følge arbeidsmiljøloven § 13-1 er ”diskriminering” urettmessig, og ”forskjellsbehandling” kan tillates etter bl.a. § 13-2 fjerde ledd og § 13-3. Endringen i ordlyden fra arbeidsmiljøloven av 1977 til arbeidsmiljøloven av 2005 blir ikke kommentert i forarbeidene til den gjeldende arbeidsmiljøloven – selv om denne skulle være en videreføring av arbeidsmiljøloven av 1977. Endringen kan ha blitt gjort dels fordi man ønsker å innføre en ensidig begrepsbruk i lovgivningen, jf. for eksempel diskrimineringsloven (diskrl.) av 3. juni 2005 nr. 33 som forbyr diskriminering, jf. § 4, dels fordi man ønsker å være klar på at diskriminering skal forbys, mens forskjellsbehandling (som altså kan brukes positivt) kan tillates.

Som det fremgår, gir undersøkelsen av lovgivers begrepsbruk ikke noe videre tilfredsstillende svar på hvordan aml. § 13-1 og aml. § 13-2 fjerde ledd forholder seg til hverandre. Det kan pekes på forskjeller mellom ordene, men det er ikke nok hvis vi ønsker å besvare vanskelige tvilsspørsmål som kan melde seg. I fremstillingen videre vil jeg derfor se nærmere på innholdet av bestemmelsene hver for seg før jeg deretter undersøker forholdet mellom dem.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 34.

¹¹⁰ *ibid* s. 34-35.

6.1 Diskriminering etter aml. § 13-1

Hovedregelen er at diskriminering er urettmessig, jf. aml. § 13-1, ”[f]orbud mot diskriminering”. Forbudet mot diskriminering er dessuten et av arbeidsmiljølovens hovedformål, jf. aml. § 1-1 bokstav b, som uttaler at et av lovens formål er å sikre ”likebehandling i arbeidslivet”. Aml. § 13-1 gir en oppregning av forhold som det er forbudt å diskriminere på grunn av, herunder diskriminering ”på grunn av [...] medlemskap i arbeidstakerorganisasjon”.

Både handlinger og unnlaterelser kan innebære diskriminering.¹¹¹ Det vil eksempelvis være en diskriminerende handling hvis en arbeidsgiver setter en arbeidstaker til de minst attraktive arbeidsoppgavene på en arbeidsplass fordi vedkommende er organisert. Likeledes vil en unnlattelse av å kalle inn en person på jobbintervju fordi han eller hun er organisert, innebære diskriminering.¹¹²

6.1.1 Direkte og indirekte diskriminering

Bestemmelsens ordlyd sonderer mellom direkte og indirekte diskriminering. Med direkte diskriminering menes når en person av grunner som nevnt i § 13-1 behandles dårligere enn hva andre blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.¹¹³ For eksempel vil en bestemmelse som uttaler at organiserte arbeidstakere skal gjøre ”møkka-arbeidet” på en arbeidsplass innebære direkte diskriminering.

Indirekte diskriminering vil si når en tilsynelatende nøytral bestemmelse allikevel har den virkning at enkelte arbeidstakere stilles dårligere enn andre på grunn av grunner som nevnt i § 13-1.¹¹⁴ For eksempel vil en arbeidstidsbestemmelse som i utgangspunktet skal ramme

¹¹¹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35.

¹¹² l.c.

¹¹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹¹⁴ l.c.

alle arbeidstakere likt, men som har som virkning at de med minoritetsbakgrunn må jobbe mye overtid, innebære indirekte diskriminering. Tilsynelatende behandler bestemmelsen arbeidstakerne likt, men den har som virkning at de med minoritetsbakgrunn blir dårligere stilt enn de andre arbeidstakerne.¹¹⁵ I denne sammenheng kan det være verdt å fremheve at det etter forarbeidene ikke oppstilles et krav om at diskrimineringen behøver å være intendert.¹¹⁶ Med andre ord er det tilstrekkelig at virkningen av handlingen eller unnlåtelsen er at enkelte arbeidstakere blir usaklig forskjellsbehandlet.

6.1.2 Verner aml. § 13-1 den negative organisasjonsfriheten?

Etter ordlyden i aml. § 13-1 er som sagt diskriminering på grunn av ”medlemskap i arbeidstakerorganisasjon” urettmessig. Spørsmålet blir så om bestemmelsen også verner diskriminering på grunn av *ikke-medlemskap* i arbeidstakerorganisasjon.

Med den positive organisasjonsfriheten forstås retten til å danne og å stå tilsluttet en faglig organisasjon.¹¹⁷ Motstykket er den negative organisasjonsfriheten, som gjelder retten til å være uorganisert.¹¹⁸ Altså verner bestemmelsen den positive organisasjonsfriheten. Spørsmålet blir om aml. § 13-1 også verner den negative organisasjonsfriheten?

Ordlyden isolert sett kan skape noe tvil om rettstilstanden.

Problemstillingen blir imidlertid drøftet i forarbeidene. Det fremgår av forarbeidene at ”[b]estemmelsen skal tolkes slik at forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon også gjelder forskjellsbehandling på grunn av at man *ikke* er medlem av arbeidstakerorganisasjon”.¹¹⁹

¹¹⁵ Jakhelln (2007) s. 72.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 35 og Jakhelln (2007) s. 547.

¹¹⁷ Jf. menneskerettighetsloven av 1999, jf. ØSK art. 8 og EMK art. 11. Jakhelln (2007) s. 543.

¹¹⁸ Jf. menneskerettighetsloven av 1999, jf. ØSK art. 8 og EMK art. 11. Jakhelln (2007) s. 543.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 32.

Dette er riktignok fra forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977. Men i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 blir det som nevnt uttalt at bestemmelsene i kapittel 13 i arbeidsmiljøloven av 2005 skal være en videreføring av forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljøloven av 1977 § 54 B nr. 1.¹²⁰

I tillegg kan nevnes FN-konvensjon av 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) art. 8, som etter menneskerettighetsloven (msnkr.) av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 gjelder som norsk lov. ØSK art. 8 uttaler at ”The States Parties to the present Covenant undertake to ensure: the right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice”. Etter bestemmelsen har man altså rett til å tilslutte seg en arbeidstakerorganisasjon hvis man ønsker det. Jeg ser det slik at hvis bestemmelsen skal ha noe innhold, må det i dette frie valget ligge også en rett til *ikke* å tilslutte seg en arbeidstakerorganisasjon, altså slik at den negative organisasjonsrett blir vernet også etter ØSK art. 8.

Også Europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (EMK) gjelder etter msnkr. § 2 som norsk lov. Denne konvensjonen har også bestemmelser som verner den negative organisasjonsfrihet, jf. EMK art. 11.¹²¹

Altså er den negative organisasjonsfrihet også en *menneskerettighet*. Den negative organisasjonsfriheten får da et ytterligere vern av Grundloven (GrL.) av 17. mai 1814 § 110c som pålegger ”Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.”

Også i rettspraksis har man lagt til grunn at aml. § 13-1 også verner den negative organisasjonsfriheten, jf. for eksempel Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2001 s. 1413, spesielt på side 1425, hvor retten uttaler at: ”[d]en enkelte arbeidstakers rett til å velge å være organisert har lenge vært anerkjent som et grunnleggende prinsipp i norsk arbeidsrett.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹²¹ Jf. *Sigurdur A. Sigurjonsson v. Island*, A 264 (1993), jf. Møse (2008) note 87.

Hovedavtalen mellom NHO og LO har i mange år hatt en egen bestemmelse om organisasjonsretten, hvor det slås fast at hovedorganisasjonene gjensidig anerkjenner arbeidsgivernes og arbeidstakernes frie foreningsrett. Dette gjelder ikke bare den positive organisasjonsfrihet - retten til å velge å være organisert - men også den negative organisasjonsfrihet - retten til ikke å være organisert.”

Selv om altså ordlyden isolert sett kan skape tvil om hvorvidt aml. § 13-1 også verner den negative organisasjonsfriheten, er lovens forarbeider, ØSK, EMK og praksisen fra Høyesterett så klar at det etter en vurdering av rettskildene ikke kan være noen tvil om at bestemmelsen også verner den negative organisasjonsfriheten.

Konklusjonen blir dermed at aml. § 13-1 verner såvel den positive som den negative organisasjonsfriheten. En arbeidsgiver kan ikke diskriminere en arbeidstaker fordi han er organisert; like lite kan en arbeidsgiver diskriminere en arbeidstaker fordi han er uorganisert.

Jeg har nå vist at aml. § 13-1 forbyr både direkte og indirekte diskriminering, at bestemmelsen forbyr diskriminerende handlinger og unnlater og at såvel den positive som den negative organisasjonsfriheten vernes av bestemmelsen. Imidlertid gjenstår det stadig å fastsette innholdet av diskrimineringsforbudet. Dette vil jeg gjøre i neste punkt.

6.1.3 Når foreligger det diskriminering?

Etter lovens ordlyd, dens forarbeider og lovens system, kan det oppstilles tre kumulative vilkår for å stadfeste at det foreligger diskriminering.¹²²

¹²² Fremstillingen med de tre vilkårene er hentet fra Jakhelln (2007) s. 72, men jeg vil forsøke å vise at vilkårene også kan leses ut av lovens ordlyd, dens forarbeider og lovens system.

For det første forbyr aml. § 13-1 som nevnt diskriminering ”på grunn av” bl.a. medlemskap i arbeidstakerorganisasjon. Av ordlyden oppstilles det dermed et krav om *årsakssammenheng* mellom diskrimineringsgrunnlaget og den behandling den som mener å være diskriminert, har blir utsatt for. Hvis en organisert arbeidstaker mener at han eller hun er blitt sagt opp på grunn av organisasjonsmedlemskapet, må det påvises holdepunkter (en presumsjon) for at det er en årsakssammenheng mellom oppsigelsen og vedkommendes organisasjonsmedlemskap – altså må det påvises visse holdepunkter for at vedkommende er blitt sagt opp *fordi* han eller hun er organisert. Oppsigelsen kan jo tenkes å ha grunnlag i driftsinnskrenkninger, og hvis vedkommende er sagt opp på grunn av dette – og oppsigelsen ellers er saklig – foreligger det ikke diskriminering.

For det annet må den som hevder å være diskriminert bli *dårligere stilt enn andre* for at det kan foreligge diskriminering. Dette fremgår av forarbeidenes definisjoner av direkte og indirekte diskriminering, jf. ovenfor i 6.1.1.¹²³ Man må derfor sammenligne behandlingen av de som mener seg diskriminert med andre arbeidstakere. Dersom en arbeidsgiver bestemmer at en uorganisert arbeider må jobbe overtid mens alle andre får gå hjem, så kan dette tenkes å utgjøre diskriminering. Men hvis arbeidsgiveren bestemmer at alle arbeidstakere ved bedriften må jobbe overtid, har det ikke funnet sted noen diskriminering av den uorganiserte arbeidstakeren.

For det tredje må det slås fast at det ikke foreligger tillatt forskjellsbehandling. Etter aml. § 13-3 er for eksempel forskjellsbehandling som har et ”saklig formål”, som ”ikke er uforholdsmessig inngripende” overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er ”nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke”, ikke ansett som diskriminering etter arbeidsmiljøloven. Hvis man for eksempel skal lage en spillefilm om forholdene i en nynazistisk organisasjon, vil det være tillatt forskjellsbehandling ikke å ansette mørkhudete skuespillere til å spille nynazister.¹²⁴ Aml. § 13-2 fjerde ledd er som nevnt en annen slik

¹²³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325.

¹²⁴ Se Jakhelln (2007) s. 73 for et lignende eksempel.

bestemmelse som tillater visse former for forskjellsbehandling. Denne bestemmelsen vil bli behandlet i punkt 6.2.

Etter aml. § 13-2 første ledd gjelder diskrimineringsforbudet alle sider av arbeidsforholdet. Dette innebærer bl.a. ansettelse, anvendelse av kontrolltiltak, lønnsfastsettelse, lønns- og arbeidsvilkår, oppsigelse og avskjedigelse. Å ansette, anvende spesielle kontrolltiltak, forhøye eller sette ned lønn, si opp eller avskjedige en arbeidstaker *fordi* han eller hun er organisert eller uorganisert, er forbudt etter aml. § 13-1 og kan medføre straff, jf. aml. § 19-1 (som også gjør medvirkning straffbart), oppreisningsansvar, jf. aml. § 13-9 første ledd og erstatningsansvar, jf. aml. § 13-9 annet ledd.

Aml. § 13-8 gir bestemmelser om bevisbyrde. Etter bestemmelsen får arbeidsgiver bevisbyrden for at det ikke har funnet sted diskriminering hvis arbeidstaker ”fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro” at det har funnet sted diskriminering. Med ordlyden ”grunn til å tro” må det være tilstrekkelig med holdepunkter av en viss kvalitet; det er således ikke et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt før det etableres en presumsjon for at arbeidsgiver har opptrådt diskriminerende.¹²⁵

6.2 Forskjellsbehandling etter aml. § 13-2 fjerde ledd

Etter § 13-2 fjerde ledd får forbudet mot diskriminering ikke anvendelse ved ”forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjon for så vidt gjelder lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler”.

Bestemmelsen er inntatt for at arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering ikke skal gripe inn i ufravikelighetsprinsippet.¹²⁶ Som vi så ovenfor i punkt 3.3.2, gir ufravikelighetsprinsippet ikke utenforstående noen rett til å kreve at de skal ha de samme

¹²⁵ Jakhelln (2007) s. 71.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 40-41.

rettigheter som de organiserte blir gitt etter tariffavtalen. Uten aml. § 13-2 fjerde ledd kunne utenforstående påberopt seg diskriminering etter § 13-1 hver gang de ikke fikk samme rettigheter som organiserte, men nå må de tåle den forskjellsbehandling som aml. § 13-2 fjerde ledd tillater. Slik sikrer denne bestemmelsen at § 13-1 ikke gjør noe inngrep i det tariffrettslige ufravikelighetsprinsipp.¹²⁷

Etter forarbeidene skal begrepet tariffavtaler i § 13-2 fjerde ledd gis samme forståelse som etter arbtvl. § 1 nr. 8, se punkt 2.1 om denne bestemmelsen.¹²⁸ Etter arbtvl. § 1 nr. 8 er en tariffavtale som nevnt definert som ”en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold”. At ordlyden i aml. § 13-2 fjerde ledd er ”lønns- og arbeidsvilkår” mens ordlyden i arbtvl. § 1 nr. 8 er ”arbeids- og lønnsvilkår”, kan naturligvis ikke innebære noen forskjell. Den vidtfavnende ordlyden vil medføre at det kan forskjellsbehandles for svært mye som kan reguleres i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Slik jeg ser det, kan det ikke være av noen betydning at arbtvl. § 1 nr. 8 sitt tillegg ”eller andre arbeidsforhold” ikke er tatt med i aml. § 13-2 fjerde ledd. Tillegget ble tatt med i arbeidstvistloven for å gi partene adgang til å regulere forholdet seg imellom.¹²⁹

Det er viktig å fremheve det poeng at hvis forskjellsbehandling mellom organiserte og utenforstående skal tillates, er det et krav etter § 13-2 fjerde ledd at behandlingen av de organiserte kan forankres i en tariffavtale, jf. ordlyden ”i tariffavtaler”. Dette kan illustreres med et enkelt eksempel: Hvis en arbeidsgiver gir bedre lønnsvilkår til organiserte enn til de utenforstående fordi de organiserte er medlemmer av en arbeidstakerorganisasjon, og disse lønnsvilkårene ikke kan forankres i en tariffavtale, vil forskjellsbehandlingen innebære diskriminering etter § 13-1. Hvis derimot lønnsforskjellene i eksempelet kan forankres i en

¹²⁷ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) s. 41.

¹²⁸ l.c.

¹²⁹ Jakhelln (2007) s. 550.

tariffavtale, er det forskjellsbehandling som er tillatt etter aml. § 13-2 fjerde ledd, se dog punkt 6.3.

6.3 Hvordan de to bestemmelsene forholder seg til hverandre

Men selv om aml. § 13-2 fjerde ledd tillater visse typer forskjellsbehandling, er det ikke dermed sagt at all forskjellsbehandling som følger av tariffavtaler er tillatt. Bestemmelser i tariffavtaler kan også medføre diskriminering. Dette er selvsagt og fremgår dessuten klart av § 13-9 tredje ledd som uttaler at bestemmelser i blant annet "tariffavtaler" som er i strid med reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 13, er ugyldige. Men når vil en tariffavtalebestemmelse innebære diskriminering?

Vi kan tenke oss at en tariffavtale fastsetter lønnsatser for organiserte. Den eventuelle forskjellsbehandling dette ville medføre for de utenforstående, er tillatt etter § 13-2 fjerde ledd.

En tariffavtale vil nemlig alltid regulere forholdet mellom den arbeidsgiver som er bundet av den og de arbeidstakerne som er organisert i den fagforening som er part i tariffavtalen.

Men hvordan stiller det seg hvis tariffavtalen også har bestemmelser om at arbeidsgiver skal behandle de utenforstående dårligere enn de organiserte? Eksempler på slike bestemmelser kan være klausuler som uttaler at "kun organiserte skal kunne oppnå timelønn på 250 kr/timen" eller "utenforstående skal *ikke* kunne tilgodeses på samme måte".

Aml. § 13-2 fjerde ledd er som sagt inntatt for at aml. § 13-1 sitt forbud mot diskriminering ikke skal gripe inn i ufravikelighetsprinsippet. Å tillate at tariffpartene regulerer utenforståendes rettsstilling er ikke egnet til å ivareta dette formålet. Bestemmelsen skal sikre at tariffavtalebestemmelser som regulerer de organiserte arbeidstakernes rettsstilling,

ikke kan røkkes ved av de utenforståendes arbeidstakere – den er ikke inntatt for å tillate tariffpartene å regulere de utenforståendes rettsstilling.

Altså ser vi at bestemmelser i tariffavtaler som på noen måte regulerer de utenforståendes rettsstilling ikke kan godtas. I tillegg til at slike tariffbestemmelser ikke vil være tillatt forskjellsbehandling etter aml. § 13-2 fjerde ledd, vil det i tillegg oppfylle de to andre vilkårene for diskriminering etter aml. § 13-1 å regulere de utenforståendes rettsstilling: det vil være årsakssammenheng mellom behandlingen de utenforstående får og deres medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, og de utenforstående vil bli dårligere stilt enn de organiserte. Konklusjonen blir at tariffavtalebestemmelser som uttaler at de utenforstående skal bli dårligere stilt enn de organiserte vil være diskriminerende og ugyldige, jf. aml. §§ 13-1, jf. 13-9.

Som det fremgikk av fremstillingen under punkt 6.2 er det et krav for å tillate forskjellsbehandling at den kan forankres i en tariffavtale, jf. ordlyden i aml. § 13-2 fjerde ledd ”i tariffavtaler”. Men hva om vi tenker oss en meget vidt formulert bestemmelse i en tariffavtale? For eksempel kan en bestemmelse i en tariffavtale uttale: ”All forskjellsbehandling skal tillates”. Vil all forskjellsbehandling være tillatt med en slik bestemmelse?

På den ene side tillater aml. § 13-2 fjerde ledd etter sin ordlyd forskjellsbehandling som skyldes medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner for så vidt gjelder ”lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler”. Begrepet ”lønns[vilkår]” er nokså konkret og byr ikke mye på tvil; hvis organiserte oppnår annen lønn enn utenforstående og dette følger av tariffavtalen, er det tillatt forskjellsbehandling. Begrepet ”arbeidsvilkår”, derimot, er mye mer omfattende og generelt utformet. Etter en naturlig språklig forståelse dekker begrepet det meste som har med forholdene på en arbeidsplass å gjøre. Som tidligere nevnt medfører den svært vidtfavnende ordlyden at det i praksis kan forskjellsbehandles for mye.¹³⁰ Som

¹³⁰ Se behandling under punkt 2.1.

jeg viste i punkt 2.1, tillater ordlyden i arbtvl. § 1 nr. 8 at tariffavtaler regulerer forhold om bl.a. arbeidstid, pauser, overtidsarbeid, arbeidsklær og lysforhold på en arbeidsplass. Aml. § 13-2 fjerde ledd skal som sagt gis samme forståelse som arbtvl. § 1 nr. 8. Denne vide adgangen som er innrømmet tariffpartene til å kunne regulere så mye forskjellig i tariffavtalen, kunne derfor tale for å tillate en så vidt formulert tariffavtalebestemmelse som i eksempelet.

Imidlertid setter aml. § 13-1 et forbud mot diskriminering. Dette forbudet er hovedregelen og utgangspunktet, og forbudet er preseptorisk, jf. aml. § 1-9. Riktignok er aml. § 13-2 fjerde ledd et unntak fra hovedregelen i § 13-1, men hvis et forbud skal ha noen funksjon overhodet, vil det være meningsløst å tillate tariffavtalebestemmelser som er så vide og omfattende at unntaket i realiteten uthuler hovedregelen. Slik jeg ser det, ville det være å tillate illojale omgåelsesforsøk på lovens ordning, og dessuten være i den mest åpenbare strid med formålet til kapittel 13, nemlig å verne mot diskriminering, jf.

formålsbestemmelsen i § 1-1 bokstav b, kapitteloverskriften, selve bestemmelsen § 13-1 og forsåvidt overskriften til den. Konklusjonen blir at en så omfattende og generell bestemmelse som i eksempelet vil være ugyldig etter § 13-9 fordi den vil åpne for diskriminering.

I en logisk forlengelse av dette kan det – slik jeg ser det – utledes følgende: *selv om* aml. § 13-2 fjerde ledd med sin vide ordlyd åpner for mye og forskjelligartet forskjellsbehandling, må det oppstilles et krav om at når man først ønsker å fastsette bestemmelser i tariffavtalen som åpner for forskjellsbehandling, så må man være noenlunde spesifikk *i selve tariffavtalen*. Slik jeg viste i resonnementet straks ovenfor, vil nemlig altfor vidt formulerte tariffavtalebestemmelser uthule forbudet mot diskriminering.

Et annet spørsmål som kan være verdt å se nærmere på, er hvordan situasjonen blir om en tenker seg en tariffavtalebestemmelse som uttaler at de organiserte skal tas ekstra hensyn til ved oppsigelse eller permittering. Vil slike tariffavtalebestemmelser måtte godtas?

I denne anledning vil jeg henlede oppmerksomheten til aml. § 13-2 første ledd. Etter første ledd gjelder bestemmelsene i kapitlet alle sider ved arbeidsforholdet, ”herunder a) utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse, b) opplæring og annen kompetanseutvikling, c) lønns- og arbeidsvilkår, [og] d) opphør”.

Opplistingen i bestemmelsen er ikke uttømmende, jf. ”herunder”, men ordlyden taler allikevel for at forholdene lønns- og arbeidsvilkår (bokstav c) er *noe annet* enn utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse (bokstav a), opplæring og annen kompetanseutvikling (bokstav b) og opphør (bokstav d).

Hvis vi deretter holder denne slutningen fra første ledd opp mot ordlyden i fjerde ledd, følger det at det i en tariffavtale *kan* forskjellsbehandles for lønns- og arbeidsvilkår, men *ikke* for utlysning av stilling, ansettelse, omplassering og forfremmelse, opplæring og annen kompetanseutvikling og opphør. Konklusjonen blir at en tariffavtalebestemmelse som uttaler at de organiserte skal tas ekstra hensyn til ved oppsigelse, vil være diskriminerende og ugyldig, jf. aml. §§ 13-1, jf. 13-9.

Hva da med tariffavtalebestemmelsen som bestemmer at organiserte skal favoriseres ved permittering?

Spørsmålet er verdt å ta opp siden permittering ikke naturlig dekkes av ordlyden i § 13-2 første ledd. Imidlertid er opplistingen ikke uttømmende, jf. ”herunder”. Og da ”lønns- og arbeidsvilkår” i fjerde ledd (eller forsåvidt også første ledd) etter en naturlig språklig forståelse ikke kan omfatte permittering, må en klausul som tillater favorisering av de organiserte ved permittering heller ikke kunne tillates. Konklusjonen blir dermed at en klausul som i eksemplet ikke vil være tillatt.

6.4 Oppsummering

Jeg har vist hvordan forskjellen i ordlyden ikke er til hjelp når vi ønsker å bestemme hva som er grensene for forbudt ”diskriminering” etter § 13-1 og hvor vid adgangen til ”forskjellsbehandling” etter § 13-2 fjerde ledd er.

Aml. § 13-2 fjerde ledd er et unntak fra forbudet mot diskriminering i aml. § 13-1. Aml. § 13-2 fjerde ledd åpner med sin vidtfavnende ordlyd for at forskjellsbehandling for mange og forskjelligartede forhold kan tillates. Men selv om § 13-2 fjerde ledd åpner for forskjellsbehandling, innebærer ikke dette at all forskjellsbehandling er tillatt. For det første er det et krav om at forskjellsbehandlingen må kunne forankres i en tariffavtale, jf. ordlyden i § 13-2 fjerde ledd. For det andre har jeg vist hvordan tariffavtalebestemmelser som uttaler at de utenforstående skal bli dårligere stilt enn de organiserte, vil være diskriminerende.

For det tredje vil en tariffavtalebestemmelser som uttaler helt generelt at utenforstående kan forskjellsbehandles for alle forhold eller lignende, være diskriminerende. Når man ønsker å åpne for forskjellsbehandling, må det oppstilles et krav om at ordlyden i tariffavtalen må være noenlunde spesifikk. For det fjerde har jeg også vist hvordan en tariffavtalebestemmelse som uttaler at de organiserte skal tas ekstra hensyn til ved oppsigelse eller permittering ikke kan godtas. En slik tariffavtalebestemmelse ville være diskriminerende.

7 Oppsummering

Jeg skal her oppsummere de viktigste resultatene av mine undersøkelser. *Kan tariffavtaler holde utenforstående utenfor?*

Som jeg har vist, er det ikke "fritt frem" for hvilke arbeidsavtalebestemmelser en tariffbundet arbeidsgiver kan inngå med utenforstående arbeidstakere. Mine undersøkelser har vist hvordan det er en forutsetning for tariffavtalen at dens vilkår skal anvendes både overfor organiserte og uorganiserte arbeidstakere, jf. bl.a. ARD 2009 s. 7. Dette gjelder både når de uorganiserte blir dårligere stilt enn de organiserte, og når de blir bedre stilt. Utgangspunktet er altså at tariffavtalen skal anvendes både overfor organiserte og uorganiserte arbeidstakere.

Imidlertid er det adgang for tariffpartene til å fravike ufravikelighetsprinsippet. Dette fremgår av flere dommer fra Arbeidsretten, jf. bl.a. ARD 1958 s. 171. Hvis det fremgår av en tolkning av tariffavtalen eller forhold rundt denne (for eksempel forhold rundt avtaleinngåelsen) at tariffpartene har ment å fravike ufravikelighetsprinsippet, så skal dette legges til grunn. Den tariffbundne arbeidsgiver står da fritt med henhold til hvilke arbeidsavtaler han vil inngå med utenforstående.

For fagorganisasjoner gjelder det derimot ikke et ufravikelighetsprinsipp som hindrer disse fra å inngå avvikende tariffavtaler med utenforstående arbeidsgivere. Men også her kan det fremgå av en tolkning av tariffavtalen eller forhold rundt denne at tariffpartene har ment å begrense fagorganisasjonens adgang til å inngå konkurrerende tariffavtaler med utenforstående arbeidsgivere, jf. bl.a. ARD 1973 s. 112 og ARD 1984 s. 70.

Jeg har også vist hvordan den tariffbundne arbeidsgiver (evt. arbeidsgiverforening) er forhindret fra å inngå konkurrerende tariffavtaler med andre fagorganisasjoner når dette fører til reell forskjellsbehandling mellom arbeidstakerne etter den første tariffavtalen og arbeidstakerne etter den konkurrerende tariffavtalen.

Videre har jeg sett på hvordan aml. § 13-2 åpner for forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon som et unntak fra forbudet mot diskriminering i aml. § 13-1. Men adgangen til forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon er begrenset av flere forhold. For det første er det et krav om at forskjellsbehandlingen må kunne forankres i en tariffavtale. For det andre vil tariffavtalebestemmelser som uttaler at de utenforstående skal behandles dårligere enn de organiserte, være diskriminerende. For det tredje vil tariffavtalebestemmelser med helt generelle bestemmelser om at utenforstående kan forskjellsbehandles for alle forhold eller lignende, være diskriminerende. For det fjerde vil tariffavtalebestemmelser som uttaler at de organiserte skal tas prioriteres ved oppsigelse eller permittering også være diskriminerende.

8 Registre

8.1 Litteraturliste

Andersen, Kristen *Arbeidsretten og organisasjonene*. 2. Opplag, Oslo 1956

Andersen, Kristen *Fra arbeidslivets rett*. Oslo, 1967

Andersen, Terje Gerhard *Avvikende tariffavtaler - Om eventuelle rettslige begrensninger i arbeidsgivers adgang til å inngå konkurrerende og avvikende tariffavtaler, særlig om det ulovfestede ufravikelighetsprinsipp*. Oslo, 2005

Berg, Paal *Arbeidsrett*. Oslo, 1930

Bjørnaraa, Torgeir *Kommentar til tjenestetvistloven*. I: Norsk lovkommentar. Bind 1, Oslo, 2008, s. 561

Dege, Jan Tormod *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo, 2003

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen *Rettskildelære*, Oslo, 2001

Ertzaas, Ulf, Kari Bergeius Andersen og Henning Jakhelln *Arbeidsrettslig håndbok, Privat sektor, LO-NHO-området*. Kristiansand 2004

Evju, Stein *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*. Oslo, 1982

Evju, Stein *Ufravikelighet – en kommentar*. I: *Arbeidsrett 2005*, s. 137-139

Arbeidsrätten i Norden. Stein Evju. Stockholm, 1990

Fleischer, Carl August *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo, 1998

Fougner, Jan *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo, 1999

Kollektiv arbeidsrett. Jan Fougner [et al.] Oslo, 2004

Graver, Hans Petter *Alminnelig forvaltningsrett*. Oslo, 2006

Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke *Obligasjonsrett*. Oslo, 2008

Hov, Jo *Avtalerett*. Oslo, 1993

Jakhelln, Henning *Arbeidsrettslige studier Bind I*. Oslo, 2000

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utgave Oslo, 2007

Jakhelln, Henning *Kommentar til arbeidstvistloven*. I: Norsk lovkommentar. Bind 1, Oslo, 2009, s. 309

Møse, Erik og Jørgen Aall og Ragnar Nordeide *Kommentar til EMK*. I: Norsk lovkommentar. Bind 3, Oslo, 2008, s. 3130

Nergaard, Kristine og Torgeir Aarvaag Stokke. *Organisasjonsgrader og tariffavtaledekning i norsk arbeidsliv 2004/2005*. Oslo 2006.

<http://www.fafo.no/pub/rapp/518/518.pdf> [Sitert 21. november 2009].

Poulsson, Einar Østerdahl. *Kjetterske tanker om ufravikelighetsprinsippet*. I: *Arbeidsrett* 2005, s. 65-91

Thorkildsen, Tarjei. *Notat til Arbeidsrettsrådet om enkelte spørsmål vedrørende organisasjonsmønsteret i norsk arbeidsliv, tariffavtalesystemet, tariffavtalers ufravikelighet og fredsplikt*. Oslo 1996.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/nouer/1996/nou-1996-14/8.html?id=140615>

[Sitert 16. november 2009].

Wille, Petter F *Kommentar til SP. I: Norsk lovkommentar*. Bind 3, Oslo, 2008, s. 3155

Woxholth, Geir *Avtalerett*. Oslo, 2006

8.2 Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

Grundloven av 17. mai 1814

Arbeidstvistloven av 5. mai 1927 nr. 1

Tjenestetvistloven av 18. juli 1958 nr. 2

Sosialtjenesteloven av 13. desember 1991 nr. 81

Kommuneloven av 25. september 1992 nr. 107

Menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30

Diskrimineringsloven av 3. juni 2005 nr. 33

Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62

8.3 Rettspraksis

Den europeiske menneskerettsdomstol:

Sigurður A. Sigurjónsson v. Island, A 264 (1993)

Høyesterett:

Rt. 1967 s. 1373

Rt. 1985 s. 78

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 1413

Arbeidsretten:

ARD 1922 s. 22

ARD 1922 s. 50

ARD 1922 s. 123

ARD 1922 s. 140

ARD 1928 s. 113

ARD 1933 s. 108

ARD 1936 s. 127

ARD 1945-48 s. 55

ARD 1950 s. 113

ARD 1958 s. 23

ARD 1958 s. 171

ARD 1977 s. 29

ARD 1977 s. 34

ARD 1983 s. 301

ARD 1984 s. 70

ARD 1994 s. 16

ARD 1996 s. 1

ARD 2009 s. 7

8.4 Forarbeider

Indst. O. XXI (1912)

Ot.prp. nr. 11 (1913)

Ot.prp. nr. 23 (1913)

NOU nr. 14 (1996)

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003)

NOU nr. 5 (2004)

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)