

# Almengjøring på norsk<sup>+</sup>

Av Stein Evju\*

## Innholdsoversikt

<b>1</b>	<b>Introduksjon</b> .....	1
<b>2</b>	<b>Hjemlig bakgrunn</b> .....	3
	2.1 Arbeidstillatelse og vilkår om «norsk» lønn.....	3
	2.2 Sære vilkår og kontroll .....	6
<b>3</b>	<b>Europarettlig bakgrunn – EF og EØS</b> .....	10
<b>4</b>	<b>Lovhistorien i korte trekk</b> .....	12
	4.1 Et første forslag - minstelønn .....	12
	4.2 Reaksjoner og revisjoner .....	14
	4.3 Stortingsfeiden.....	15
<b>5</b>	<b>Resultatet – en lov om «almengjøring»</b> .....	18
	5.1 Sosial dumping og konkurrerende formål .....	18
	5.2 «Almengjøring» er lovgivning .....	23
	5.3 Litt om vilkår for vedtak.....	26
<b>6</b>	<b>Den europeiske sammenhengen</b> .....	29
<b>7</b>	<b>Almengjøring og inkongruent kompetanse</b> .....	32
	7.1 Det personelle omfang – utstasjonerte og andre arbeidstagere.....	32
	7.2 EØS-baserte begrensninger .....	34
	7.3 Problemstilling: En ny kompetansebegrensning?.....	36
	7.4 Konklusjoner. Inkongruent kompetanse .....	37

## 1 Introduksjon

Den norske ordningen for såkalt almengjøring av tariffavtaler er på ny gjenstand for særlig oppmerksomhet. Både «almengjøringsloven»<sup>1</sup> som sådan og anvendelsen av den er omstridt. Loven har vært

---

\* Stein Evju (f. 1946) er cand. jur. (UiO 1975), professor i arbeidsrett og leder for Arbeidsrettsgruppen ved Institutt for privatrett, UiO.

<sup>+</sup> Fremstillingen er skrevet i tilknytning til forskningsprosjektet FORMULA, som er finansiert av Norges Forskningsråd og ledes ved Institutt for privatrett, UiO, og bygger videre på et foredrag holdt ved Fafo Østforum 10. juni 2009. Takk til skriftseriens anonyme fagfelle for nyttige bemerkninger. Det sedvanlige forbehold gjelder like fullt.

<sup>1</sup> Lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven) [almgjl.]. Jeg anvender min egen rettskrivning og anførselstegn ut fra det syn jeg har på realiteten i loven, se under 5.2 nedenfor.

gjenstand for en klage til ESA som nylig er avgjort. ESA konkluderte med at loven i seg selv ikke er i strid med EØS-avtalen og dens artikkel 36 og «lukket» saken.<sup>2</sup> Men flere spesielle sider av loven og forskrifter gitt i medhold av den verserer fortsatt som saker ESA har under vurdering.<sup>3</sup> De siste forskriftene om «almengjøring» som er gitt i medhold av loven, for skipsverft, er tema for et søksmål ved Oslo tingrett mot staten ved Tariffnemnda. Dessuten er det nylig gjort endringer i loven, ved en endringslov fra juni 2009 med flere omstridte elementer, ikke minst innføringen av et solidaransvar i oppdragstagerforhold (kjedeansvar).<sup>4</sup> Uenighet om ordningen er ikke overraskende, heller ikke egentlig noe nytt. De aktuelle kontroversene reflekterer på flere måter en debatt med sterke motsetninger da almenngjøringsloven i sin tid ble vedtatt. Men i tillegg gjør en EF/EØS-rettslig dimensjon seg nu langt klarere og mer direkte gjeldende.

Siktemålet med dette bidraget er å gi et tilbakeblikk for å sette almenngjøringsloven inn i en videre sammenheng, og dernest å diskutere noen sider av den norske almenngjøringsordningen fra en internrettslig synsvinkel såvel som i lys av den EF/EØS-rettslig utviklingen på området. Noen fullstendig drøftelse av almenngjøringsordningen er det dermed ikke tale om. Detaljspørsmålene er mange, og mange av dem er både omfattende og komplekse. I fremstillingen her ligger vekten på de generelle formåls-, funksjons- og kompetansespørsmålene som vårt almenngjøringsinstitutt er bygget på.

Et naturlig startpunkt er å spørre hvorfor og hvordan almenngjøringsordningen kom til.

---

<sup>2</sup> Jfr. EFTA Surveillance Authority decision of 15 July 2009 (Case 63724, Dec. No. 320/09/COL).

<sup>3</sup> Se ESAs to «åpningsbrev» av 15. juli 2009 om forskriften av 22. februar 2008 nr. 166 om informasjons- og påseplikt og innsynsrett, jfr. almgjl. §§ 11 og 12 (Case No: 66513), og om forskriften av 30. mars 2007 nr. 366 om identitetskort (id-kort) på byggeplasser, jfr. arbeidsmiljølovens (17. juni 2005 nr. 62) §§ 1-4 og 4-1..

<sup>4</sup> Endringslov 19. juni 2009 nr. 42, i kraft fra 1. september 2009; men § 13 om solidaransvar trer først i kraft fra 1. januar 2010.

## 2 Hjemlig bakgrunn

Loven om «allmenngjøring av tariffavtaler m.v.» ble vedtatt allerede i 1993. Den umiddelbare bakgrunnen var fellesskapsrettslig og EØS-rettslig. EØS-avtalen ble signert 2. mai 1992 og skulle tre i kraft 1. januar 1994. Dermed rykket et nytt regime nærmere med langt mer omfattende fri bevegelse på arbeidsmarkedsområdet enn tidligere. Den videre internrettslige bakgrunnen ble tegnet av innvandringsrettens regler om arbeidstillatelse.

### 2.1 Arbeidstillatelse og vilkår om «norsk» lønn

Innen Norden var arbeidsmarkedet allerede åpent, med fri bevegelse for arbeidstagere, fra 1954.<sup>5</sup> Ellers var arbeidskraftmobilitet over grensen, inn til Norge, omfattet av innvandringsregelverket. Det gjaldt også midlertidig arbeidsinnvandring i forbindelse med tjenesteydelser. På dette området går rettslig regulering med vilkår om lønns- og arbeidsvilkår tilsvarende som for norske arbeidstagere i samme type arbeid, ganske langt tilbake. I St.meld. nr. 45 (1968-69) om arbeidsmarkedspolitikken gikk regjeringen (Borten) inn for en relativt åpen holdning til individuelle innvandring. Etter en vesentlig økning i pågangen fra «oversjøiske» – mest asiatiske – land ble innvandringspolitikken tatt opp til bredere vurdering, og alt i 1971 ble det fastsatt visse innstramningstiltak.

Efter anbefaling fra «Danielsen-utvalget»<sup>6</sup> ble det innført enkelte nye vilkår for arbeidstillatelse, bl.a. om at avtalt lønn og arbeidsvilkår ellers ikke skulle ligge under «det normale», og at arbeidsforholdet skulle ha en sannsynlig varighet på minst seks måneder.<sup>7</sup> Dette ble fulgt opp i Danielsen-utvalgets endelige utredning, NOU 1973: 17

<sup>5</sup> Statsborgere i Danmark, Finland og Sverige var unntatt fra fremmedlovgivningens krav om arbeidstillatelse, etter overenskomst av 22. mai 1954 om felles nordisk arbeidsmarked (i kraft fra 1. juli 1954), senere avløst av ny overenskomst i 1982. Denne nye overenskomsten, som trådte i kraft 1. august 1983, ble tiltrådt også av Island.

<sup>6</sup> Utvalget ble nedsatt i 1970 og ble ledet av daværende arbeidsdirektør Reidar Danielsen. Utvalget leverte en delinnstilling 26. juni 1971 (jfr. NOU 1973: 17, 11).

<sup>7</sup> Fastsatt ved rundskriv 13. juni 1971 fra Arbeidsdirektoratet, etter samråd med Kommunal- og arbeidsdepartementet. Jfr. NOU 1973: 17 *Innvandringspolitikk*, 86-87, 88.

*Innvandringspolitikken* og i den følgende stortingsmeldingen om innvandringspolitikken, St.meld. nr. 39 (1973-74), hvor det imidlertid ble foreslått å øke minste varighet for arbeidsforhold til ett år.

I tilslutning til dette kom det opp et nytt element. Både utvalg-innstillingen og stortingsmeldingen drøftet i alt vesentlig *individuell* arbeidsinnvandring. Innvandring i forbindelse med grenseoverskridende tjenesteydelser – «utenlandske entrepriser i Norge» – ble ikke tatt opp i nevneverdig grad. Med veksten i petroleumsvirksomheten var dette imidlertid blitt et fenomen som hadde økt vesentlig sterkere enn forutsett. Kommunal- og arbeidsdepartementet tok derfor opp temaet i et brev til stortingskomitéen som behandlet St.meld. nr. 39. Der gikk departementet inn for en «relativt restriktiv linje» av hensyn til sysselsettingen for norske arbeidstagere, og dessuten for å «søke å sikre at utenlandske arbeidstakere får tilfredsstillende lønns- og arbeidsvilkår i Norge». Derfor ville man stille vilkår om at en byggherre eller dennes entreprenører skulle ha plikt til å påse at dersom det ble benyttet både norsk og utenlandske arbeidstagere, «skal de samme lønns- og arbeidsvilkår gjelde uansett nasjonalitet». For tilfeller der det var tale om bare utenlandsk arbeidskraft, skulle det kreves at lønns- og arbeidsvilkårene ikke skulle være dårligere enn det som «gjelder etter tariffavtale eller regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke».<sup>8</sup>

Forslagene fikk tilslutning i Stortinget og dannet derefter grunnlag for praktiseringen av fremmedloven og fremmedforskriftene. Kravet om lønns- og arbeidsvilkår ble tatt med blandt et sett av «nye og skjerpede vilkår for arbeidstillatelse» som ble fastsatt av departementet 11. januar 1975, og ble uttrykkelig regulert i forskriftene fra 1975 om innvandringsstopp.<sup>9</sup> Disse regelsettene ble avløst av

---

<sup>8</sup> Sitert etter gjengivelsen i Innst. S. nr. 85 (1974-75), s. 8.

<sup>9</sup> Forskrift 10. januar 1975 nr. 4 om innføring av innvandringsstopp og forskrift 12. desember 1975 om forlenget innvandringsstopp, med dispensasjonsregler. I begge § 4 het det at de «nye og skjerpede vilkår for arbeidstillatelse» fra januar 1975 skulle anvendes, og i disse het det bl.a.: «I samsvar med Stortingets forutsetning vil følgende vilkår bli stilt ved innvilgning av første gangs arbeidstillatelse i alle saker som behandles 11. januar 1975 eller senere:

4. Arbeidsforholdet forutsettes å vare minst ett år.

utlendingsloven av 1988<sup>10</sup> og utlendingsforskriften,<sup>11</sup> der de alminnelige vilkår for arbeidstillatelse ble fastsatt i § 2. Kravet om lønns- og arbeidsvilkår ble videreført i § 2 første ledd nr. 2:<sup>12</sup>

«Lønns- og arbeidsvilkår må ikke være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Utlendingsdirektoratet kan gi nærmere retningslinjer i samråd med Arbeidsdirektoratet.»

Kravet om arbeidstillatelse, og dermed vilkåret om tarifflik eller «normal» lønn, var ikke ubetinget. Etter fremmedloven og forskriftene fra 1956-57 gjaldt det unntak bl.a. etter en «montørklausul».<sup>13</sup> For «teknisk ekspert, tekniker, montør, konsulent eller instruktør som skal montere, etterse, reparere eller vedlikeholde maskiner og teknisk utstyr eller informere om bruken av det» var det ikke nødvendig med arbeidstillatelse for et tidsrom av inntil tre måneder.<sup>14</sup> Fremmedloven gav dessuten hjemmel for å helt unnta «utsendte» arbeidstagere fra kravet om arbeidstillatelse. Etter § 10 annet ledd kunne det bestemmes «at utlending ansatt og lønnet av utenlandsk arbeidsgiver som verken er bosatt i riket eller har forretningskontor her, skal være fritatt for

---

5. Lønns- og arbeidsvilkår skal ikke være dårligere enn etter gjeldende tariffavtale eller regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.»

<sup>10</sup> Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

<sup>11</sup> Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).

<sup>12</sup> Den seneste politiske drøftelsen av innvandringspolitikk byr på en litt neddempet formulering. I St.meld. nr. 18 (2007-2008) *Arbeidsinnvandring* heter det at «Ved utforming av politikk og tiltak for arbeidsinnvandring legger Regjeringen følgende forutsetninger til grunn: ... - Arbeidsinnvandrere skal ha samme lønns- og arbeidsvilkår som befolkningen ellers» (15 jfr. 16).

<sup>13</sup> Uttrykket svarer til det som gjerne brukes om unntaksbestemmelsen for «førstegangsmontering og/eller første installering som utgjør en integrerende del av en avtale om levering av varer, ...» i utstasjoneringsdirektivet, Direktiv 96/71/EF, artikkel 3 nr. 2.

<sup>14</sup> Forskrift 20. mars 1957 nr. 9744 om utlendingers adgang til riket (fremmedforskriften), § 46 fjerde ledd litra c, med hjemmel i fremmedloven, lov 27. juni 1956 om utlendingers adgang til riket m.v., § 10 annet ledd. Samme bestemmelse finnes nu i utlendingsforskriftens § 8 tredje ledd litra c.

kravet om arbeidstillatelse». Slike regler ble imidlertid ikke gitt i 1957-forskriften.<sup>15</sup> Etter behandlingen av St.meld. nr. 39 (1973-74) ble det heller ikke gjort i forskriftene om innvandringsstopp. Utlendingsforskriften av 1990 har likeledes ingen unntaksregler for denne kategorien arbeidstagere.

Ved inngangen til 1990-årene var rettssituasjonen således at det ble krevet arbeidstillatelse, og derved stillet vilkår om tarifflik eller «normal» lønn, både overfor individuelle arbeidsinnvandrere og overfor «utsendte» arbeidstagere fra utenlandske tjenesteydere. Det siste alternativet, utsendte arbeidstagere, forekom først og fremst ved utenlandske entrepriser, særlig ved industrianlegg på land og etterhvert også i petroleumsvirksomheten. I slike tilfeller ble det i alt vesentlig brukt «grupperarbeidstillatelser». De ordinære vilkårene gjaldt også for slike, herunder kravet om lønns- og arbeidsvilkår (men ikke kvoteregelen på 25 %, jfr. i 2.2 nedenfor).<sup>16</sup>

## 2.2 Sære vilkår og kontroll

Den innvandringspolitiske diskusjonen om vilkår for arbeidstillatelser byr i tilbakeblikk på enkelte mildt sagt spesielle innslag.

Danielsen-utvalget foreslo en *kvoteordning* for den enkelte bedrift. Utvalget ønsket å unngå en «for stor konsentrasjon av utenlandske arbeidstakere i visse yrker eller bedrifter» for å begrense «konsentrasjoner» i yrker som på grunn av lønns- eller andre arbeidsforhold var lite attraktive for innenlandske arbeidstagere. Det var ikke hensynet til integrering av arbeidsinnvandrere som lå bak, men derimot hensynet til fornyelse og utvikling i næringslivet – «rasjonalisering og forbedring». Etter å ha konsultert LO og N.A.F. foreslo utvalget en øvre grense på 25 % av alle ansatte i en bedrift.<sup>17</sup> Departementet sluttet seg til forslaget. Stortingskomitéen var litt reservert, men bare med hensyn til hvordan kvoten på 25 % skulle beregnes – av alle ansatte eller av bedriftens ansatte i vedkommende yrkeskategori.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Etter forskriftens § 46 første ledd gjaldt kravene om arbeidstillatelse «uansett om vedkommende arbeidsgiver er bosatt eller har sitt sete i riket eller i utlandet».

<sup>16</sup> Jfr. NOU 1983: 47 *Ny fremmedlov*, 66.

<sup>17</sup> NOU 1973: 17, 90. N.A.F. = Norsk Arbeidsgiverforening (nu NHO).

<sup>18</sup> Se Innst. S. nr. 85 (1974-75), 13-14.

Det første alternativet ble den alminnelige løsningen. Den ble en del av de «nye og skjerpede vilkår for arbeidstillatelse» som ble fastsatt i januar 1975 og som gjort til del av fremmedforskriftene fra 1975.<sup>19</sup> Kvoteregelen ble imidlertid opphevet i 1981, ved rundskriv fra Kommunal- og arbeidsdepartementet (KAD); da var det allerede en stund siden regelen var blitt praktisert.<sup>20</sup>

Danielsen-utvalget drøftet også å stille *organisasjonsplikt* som vilkår for arbeidstillatelse, ihvertfall for det første året en utlending oppholdt seg i Norge. Utvalget mente det uansett var ønskelig at flest mulig utenlandske arbeidstagere organiserte seg, og likeledes at bedrifter som sysselsetter utenlandske arbeidstagere, «i alminnelighet er organisert». N.A.F. reiste imidlertid innvendinger mot organisasjonsplikt, som ville være uforenlig med hovedavtalen LO - N.A.F.<sup>21</sup> Utvalget viste til at spørsmålet ville bli tatt opp mellom organisasjonene ved den kommende hovedavtalerevisjonen. Utvalget nøyte seg derfor med sine bemerkninger om spørsmålene og fremmet ikke noe konkret forslag.<sup>22</sup> Høringsinstansene sluttet seg gjennomgående til utvalgets synspunkter. Regjeringen (departementet) konkluderte med at man «på det nåværende tidspunkt» ikke ville fremme forslag om organisasjonsplikt for utenlandske arbeidstagere.<sup>23</sup> Det sluttet stortingskomitéen seg til, men både den og departementet knyttet spørsmålet videre til *kontrollordninger*.<sup>24</sup>

Danielsen-utvalget understreket behovet for å kontrollere at arbeidsgivere overholdt bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår på arbeidsplasser som ikke var omfattet av tariffavtale, og gikk inn for å

<sup>19</sup> I de «nye og skjerpede vilkår for arbeidstillatelse» som de to 1975-forskriftene viste til (jfr. note 7), het det avslutningsvis: «Normalt skal det ikke under noen omstendighet tilsettes mer enn 25 pst. utenlandske arbeidstakere i en bedrift.»

<sup>20</sup> Jfr. NOU 1983: 47, 64.

<sup>21</sup> Da hovedavtalen LO - N.A.F. 1970-1973 (arbeidere) § 1 om gjensidig anerkjennelse av «arbeidsgivernes og arbeidstakernes frie foreningsrett»; nu likelydende i hovedavtalen LO – NHO 2006-2009 (arbeidere) § 2-1 første ledd.

<sup>22</sup> NOU 1973: 17, 136-137.

<sup>23</sup> St.meld. nr. 39 (1973-74), 28

<sup>24</sup> Jfr. Innst. S. nr. 85 (1974-75), 16-17.

få etablert en lovhjemmel for kontroll, som flertallet mente burde legges til Arbeidstilsynet. Departementet fremmet dette som ett alternativ, og som et annet alternativ at kontroll skulle utføres av fagforeninger. Spesielt med hensyn til bruk av utenlandske tjenesteydere (entreprenører) gikk departementet inn for å overlate kontrollen til fagforeninger «på stedet», og for at fagforeningene da skulle ha krav på en økonomisk kompensasjon i form av en *tariffavgift* (tilsvarende 90 % av ordinær fagforeningskontingent). Flertallet i stortingskomitéen sluttet seg til dette generelt, uten å ta bestemt standpunkt til hvem en slik avgift skulle utlignes på – arbeidsgiveren, arbeidstageren, eller begge.<sup>25</sup> Etter stortingsbehandlingen oppnevnte KAD i april 1975 en arbeidsgruppe som fikk i oppdrag å utarbeide et lovutkast om fagforeningskontroll. Gruppen hadde tre medlemmer, fra KAD, LO og N.A.F. Den leverte en innstilling 24. mai 1978.<sup>26</sup> Flertallet (KAD, LO) gikk in for kontroll ved fagforeninger i både tariffbundne og ikke tariffbundne bedrifter, med en hjemmel for den kontrollerende *fagforening* til å pålegge berørte arbeidstagere en *avgift* som skulle trekkes i vedkommendes lønn (lovutkastets § 7). Dette lovgivningsinitiativet førte imidlertid ikke frem. Kontrollen har forblitt hos utlendingsmyndigheter og politi. En form for tariffavgift var imidlertid etablert avtaleveien av LO og N.A.F. I en avtale av 25. februar 1975 fastsatte partene at en utenlandsk arbeidsgiver med «utstasjonerte» arbeidstagere i Norge skulle trekke en «tariffavgift» av disses lønn og betale pengene til den relevante stedlige (LO-tilsluttede) fagforening.

Det er slående at spørsmålene ble diskutert uten antydning til sideblikk til folkerettslige forpliktelser om vern av organisasjonsfriheten og vern mot nasjonalitetsdiskriminering. Såkalt tariffavgift er nok et tema som først har kommet opp som menneskerettighetsproblem i senere år.<sup>27</sup> Organisasjonsplikt stiller det seg ganske anner-

<sup>25</sup> Jfr. Innst. S. nr. 85 (1974-75), 7-8, 23-25, 27.

<sup>26</sup> Utredning fra en arbeidsgruppe oppnevnt av Kommunal og arbeidsdepartementet til å utarbeide et utkast til lovhjemmel for kontroll med utenlandske arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår [utrykt].

<sup>27</sup> Se European Committee of Social Rights (ECSR), Complaint No. 12/2002, *The Confederation of Swedish Enterprise against Sweden*, decision of 15 May 2003; European Court of Human Rights, *Evaldsson a.o. v. Sweden* (Applica-



ledes med. En slik plikt angår det *positive* aspekt av organisasjonsfriheten og støtter umiddelbart an mot såvel ILO-konvensjon nr. 98 (art. 1)<sup>28</sup> som Den europeiske menneskerettighetskonvensjon<sup>29</sup> (EMK) art. 11 og art. 5 i Den europeiske sosialpakt (ESP). Videre er kvotebegrensninger for ansettelse av utenlandske arbeidstagere som alminnelig regel i strid med ESP, på flere punkter.<sup>30</sup> At slike spørsmål ikke engang ble berørt, kan kanskje sees om uttrykk for en reduksjonistisk holdning til folkerett og menneskerettigheter, slik debatten de siste par årene har gitt eksempler på – internasjonale menneskerettigheter bør ikke stå i veien for nasjonalt handlingsrom, så lenge det er viktig nok. Men det er nok mer nærliggende å se det som en mangel på bevissthet om og på en bevisst holdning til menneskerettighetsvernet, noe som langt fra var enestående i hjemlig sammenheng på den tiden det er tale om.

Den internasjonale dimensjonen kom sterkere frem senere, men da i en annen sammenheng.

---

tion no. 75252/01), Judgment 15 February 2007; og dessuten Rt. 2008.1601 *Tariffavgift*.

<sup>28</sup> Konvensjon om gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten og retten til å føre kollektive forhandlinger (1949). Jfr. Rt. 2001.248 *Olderdalen*.

<sup>29</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950 (European Treaty Series (ETS) 5). Den offisielle norske tituleringen er Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, jfr. Utenriksdepartementets traktatregister ([www.lovdata.no/traktater](http://www.lovdata.no/traktater), 1950). Denne tituleringen brukes også i «menneskerettslovens» § 2. I vedlegget til samme lov er den offisielle betegnelsen derimot forlatt og EMK er kalt «Den europeiske menneskerettskonvensjon». Den sproglige inkonskvensen går igjen i lovbetegnelsen, lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Selv i alminnelig bokmål er «retter» en særform for «rettigheter». Jeg bruker den ikke.

<sup>30</sup> Preambelens femte avsnitt forbyr diskriminering på grunn av bl.a. «national extraction». Regler om en maksimal andel utenlandske arbeidstagere i en bedrift er ansett å være i strid med såvel art. 1(2) og art. 19(4) ESP (som Norge har ratifisert, i 1965), som art. 18(1) ESP (som Norge ikke har ratifisert). Se særlig ECSR Conclusions XII-3 (1996), Portugal art. 18(1) og 19(4), ECSR Conclusions XIII-5 (1997), Portugal art. 1(2) og 19(4). – Slike kvoteregler er bare akseptable dersom de kan rettferdiggjøres etter art. 31 ESP (art. G i den reviderte konvensjonen; begge svarer til art. 11(2) EMK).

### 3 Europarettlig bakgrunn – EF og EØS

Arbeid som krysser landegrensene, har en rettsvalgsdimensjon. Det gjelder både ved enkeltpersoners arbeidsvandring og ved grensekryssende tjenesteydelser hvor ansatte sendes fra et land til et annet. I begge tilfeller vil det gjøre seg gjeldende internasjonal-privatrettslige spørsmål.

I EF ble den traktatfestede frie bevegelse for arbeidstagere (nu art. 39 EF) tidlig gjenstand for sekundærlovgivning, først med Frdn. 1612/68,<sup>31</sup> dernest med Frdn. 1408/71.<sup>32</sup> Etter den første gjelder mottagerlandets («vertsstatens», eller «arbeidsstatens») rett fra første dag, etter den andre er det hjemlandet rett som skal gjelde, men slik at mottagerlandets rett får anvendelse dersom en utstasjonering har vart i minst 12 måneder. Forordningen fra 1968 løste imidlertid langt fra alle relevante rettsvalgsspørsmål. Dette ble fulgt opp. Spesielt med sikte på utstasjonerte arbeidstagere ble det lagt frem et forslag til rettsvalgsforordning i 1972; det ble revidert og gjentatt i 1976. Disse forslagene bygget på traktatreglene om fri bevegelse for *arbeidstagerere*. Etter at Roma-konvensjonen<sup>33</sup> ble vedtatt i 1980, ble imidlertid dette særskilte lovgivningsinitiativet trukket tilbake i 1981. Lovgivningstiltak for utstasjonerte arbeidstagere ble senere tatt med i EF-kommisjonens «handlingsprogram» i 1989.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Rådsforordning nr. 1612/68/EØF av 15. oktober 1968 om arbeidskraftens frie bevegelighet innenfor EF, OJ L 257/2, 19.10.68; jfr. lov 27. november 1992 nr. 112 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 (rådsforordning (EØF) nr. 1612/68) om fri bevegelighet for arbeidstakere mv innenfor EØS.

<sup>32</sup> Rådsforordning nr. 1408/71/EØF av 14. juni 1971 om anvendelse av de sosiale sikringsordninger på arbeidstagere og deres familiemedlemmer som flytter innenfor EF, OJ L 149/2, 5.7.71. Forordningen er gjennomført i norsk rett gjennom lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd og flere andre lover.

<sup>33</sup> Convention on the law applicable to contractual obligations, of 19 June 1980, OJ L 266/1, 9.10.80 (Consolidated version, OJ C 27/34, 26.1.98). Konvensjonen avløses av «Rom I-forordningen», Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6, 4.7.2008, fra 17. desember 2009.

<sup>34</sup> Se nærmere om dette S. Evju, *Posting Past and Present : The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*. FORMULA Working

I mars 1990 avsa EF-domstolen en dom som skulle få vesentlig betydning, dommen i *Rush*.<sup>35</sup> Saken gjaldt en portugisisk entreprenør som fikk et oppdrag i Frankrike og bragte med egne ansatte for å utføre arbeidet. På det tidspunkt gjaldt traktatreglene om tjenestefrihet, men reglene om fri bevegelse for arbeidstagere var ennå ikke trådt i kraft for Portugals vedkommende. Franske myndigheter ville derfor behandle de entreprenøransatte som «tredjelandborgere» og kreve arbeidstillatelse m.v. Dette ble ikke akseptert av EF-domstolen. To elementer i dommen er vesentlige her.

- Domstolen la til grunn at traktatreglene om fri bevegelse for arbeidstagere *ikke* hadde anvendelse. Ved grensekryssende tjenesteydelser måtte arbeidstagere som ble utstasjonert midlertidig, anses som et ledd i foretaket og bedømmes etter traktatreglene om fri bevegelse for tjenester (avsn. 15-17).
- Domstolen føyet til et *obiter dictum* som refererte til, men gikk vesentlig lengre enn et tidligere slikt. Retten uttalte at «felleskapsretten er ikke til hinder for at en medlemsstat kan utstrekke [gi anvendelse] sin lovgivning, eller kollektive arbeidsavtaler inngått mellom partene i en bransje, til enhver person som er ansatt, også midlertidig, på sitt territorium, uansett i hvilket land arbeidsgiveren er etablert, og fellesskapsretten forbyr heller ikke medlemsstatene å håndheve slike regler på passende måter» (avsn. 18; min oversettelse fra engelsk).

Det første betød å etablere et ganske annet rettsgrunnlag for den fellesskapsrettlige håndtering av utstasjonerte arbeidstagere enn det som hadde vært lagt til grunn tidligere. Det andre, en slags konsesjon til Frankrike, åpnet tilsynelatende for en vidtgående reguleringsadgang for mottagerstaten med hensyn til arbeidsrettslige spørsmål for utenlandske, men utstasjonerte arbeidstagere. Dette hadde samtidig en klar rettsvalgsrettslig dimensjon.

---

Papers No. 8 (2009), 4-11 ([www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/formula-publications/papers/2009/may/index.html](http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/formula-publications/papers/2009/may/index.html)).

<sup>35</sup> Sak C-113/89 *Rush Portuguesa Lda v Office national d'immigration*, 27. mars 1990, [1990] EFD I-1417.

Dommen i *Rush* ble gjenstand for betydelig interesse innad i EF. Den ble også lagt merke til hos oss, i Norge. Det som skapte vesentlig større oppmerksomhet var imidlertid at EF-kommisjonen i juni året etter la frem et forslag til et *direktiv* om utstasjonerte arbeidstagere i forbindelse med grensekryssende tjenesteydelser.<sup>36</sup> Dette kom på et tidspunkt da forhandlingene om en EØS-avtale pågikk. Det i seg selv var en grunn til å bemerke lovgivningsutviklingen i EF. Dessuten hadde direktivforslaget flere særegne trekk som kunne gi grunnlag for usikkerhet på viktige punkter. Den famøse passasjen om «*erga omnes*» tariffavtaler var bare et av dem. Her sikter jeg til direktivutkastets art. 3 nr. 1 litra a om hvilke reguleringsinstrumenter som skulle kunne anvendes, der det het «..., collective agreements or arbitration awards, covering the whole of the occupation and industry concerned having an *erga omnes* effect and/or being made legally binding in the occupation and industry concerned, ...». Dette momentet ble meget omstridt i den første fasen av direktivprosessen, inntil det ble tatt ut i Kommisjonens reviderte direktivforslag fra 1993, COM(93) 225 final.

Det gikk kort tid før Kommunaldepartementet (KD) startet et arbeid med sikte på norsk lovgivning på området.

## 4 Lovhistorien i korte trekk

### 4.1 Et første forslag - minstelønn

De første skrittene ble tatt allerede høsten 1991. I mai året etter ble et utkast til høringsnotat lagt frem for Arbeidsrettsrådet «til orientering»,<sup>37</sup> og dette ble praktisk talt uendret sendt ut til offentlig høring i juni.<sup>38</sup> I høringsnotatet gikk departementet inn for en lov om fastsettelse av *minstelønn*, som skulle ha anvendelse for alt arbeid som utføres i Norge uansett om et arbeidsforhold etter ellers gjeldende retts-

<sup>36</sup> COM(91) 230 final. Proposal for a Council Directive concerning the posting of workers in the framework of provision of services, 28 June 1991. OJ C 225/6, 30.8.91.

<sup>37</sup> «Sosial dumping» - orienteringssak. Dokument til Arbeidsrettsrådets møte 14. mai 1992.

<sup>38</sup> Kommunaldepartementets brev «Høringsnotat – sosial dumping», 25. juni 1992 (91/3282 M2 HGG).

valgsregler ble regulert av et annet lands lov. Forslaget gikk ut på at *Rikslønnsnemnda* skulle gis kompetansen til å fastsette minstelønn, for en bransje eller en del av en bransje etter krav fra fagforening eller arbeidsgiverforening med «innstillingsrett»<sup>39</sup> og forutsatt at almene hensyn «tilsier at det fastsettes minstelønn» (lovutkastets § 2 første ledd). Utkastet ville altså ikke etablere noen autonom kompetanse til å gi minstelønnsregler, men heller ikke noe krav på å få en regulering dersom en berettiget organisasjon fremmet «krav» om det.

Forslaget i høringsnotatet inneholdt *intet om formålet* med en slik regulering. Det formulerte heller ikke noen vilkår om lav eller substandard avlønning, e.l., som vilkår for å gi minstelønnsregler. Den eneste retningslinjen for den materielle vurderingen var det vage «almene hensyn», understøttet av noen sparsomme bemerkninger i «motivene». Det som ble fremhevet der, var hensynet til beskyttelse av norske foretak og arbeidstagere mot *konkurransen*.

Former for «almengjøring» av tariffavtaler som alternativ til minstelønnsregulering ble drøftet. Departementet forkastet imidlertid slike løsninger, særlig av hensyn til

- at en lovbestemmelse som gjør tariffavtaler almengyldige, vil være et meget sterkt inngrep i prinsippet om partenes frie forhandlingsrett, idet en almengyldig tariffavtale vil gjøre mindre gunstige bestemmelser i arbeidsavtaler og tariffavtaler ugyldige;
- at en lovbestemmelse som gjør tariffavtaler almengyldige, vil kunne oppfattes som en delegasjon av lovgivningsmyndighet til organisasjonene i arbeidslivet;
- at det er usikkert om vedtak om almengjøring av et offentlig organ ville gi noen tilfredsstillende beskyttelse mot «sosial dumping»; og
- at tariffavtaler kunne være uten konkrete lønnsbestemmelser eller ha minimumssatser som lå langt under faktisk lønnsnivå i avtaleområdet (høringsnotatet s. 20-21).

Departementet fremholdt at en fullmaktslov om minstelønnsregulering derimot «i vesentlig mindre grad» ville gripe inn i «det norske tariffavtalesystem» (s. 22).

---

<sup>39</sup> Et teknisk begrep i henhold til lov 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister § 11 og lov 18. juli 1958 nr. 2 om tjenestetvister § 25.

#### 4.2 *Reaksjoner og revisjoner*

Høringsutkastet fikk i hovedsak en positiv mottagelse. Nær sagt samtlige høringsinstanser var «innforstått med at det er behov for å treffe tiltak som sikrer at utlendinger som arbeider i Norge ikke får vesentlig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidstakere», som det heter i proposisjonen.<sup>40</sup> Derimot var det uenighet om hva slags tiltak som var ønskelige. Arbeidsgiversiden var gjennomgående for lov om minstelønnsfastsettelse, slik det var foreslått i KDs høringsnotat. LO gikk derimot bestemt inn for en ordning med å gjøre «tariffavtaler allmenngyldige». Det samme gjorde YS, og endel andre arbeidstagerorganisasjoner uttalte seg likeledes i samme retning.<sup>41</sup>

Den politiske avklaringen av hva slags løsning som skulle velges, må ha tatt litt tid. Høringsfristen løp ut 2. september. Et internt proposisjonsutkast fra embedsverket i KD av 23. oktober bygget på minstelønnsalternativet. Vel 14 dager senere, 9. november, forelå så det første utkastet til proposisjon om en «almengjøringslov». De endelige formuleringene kom først på plass i løpet av de siste ti dagene før proposisjonen ble fremmet 27. november 1992, Ot.prp. nr. 26 (1992-93), med «utkast til lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.».

Lovutkastet var kortfattet og forholdsvis enkelt – men ikke derfor klart. Hovedpunktene var:

- Loven skulle gjelde fastsettelse av lønns- og arbeidsvilkår for arbeid i en annens tjeneste i Norge, inkludert på skip (ikke i NIS) og i petroleumsvirksomhet, med en preseptorisk rettsvalgsregel om anvendelse av norsk rett.
- Utkastet hadde ingen formålsbestemmelse og ingen bestemmelser om avvik fra eller sammenligning med innenlandske, fremherskende e.l., lønns- og arbeidsvilkår som vilkår for vedtak.
- Det skulle etableres et særegent uavhengig forvaltningsorgan, Tariffnemnda, som skulle tillegges kompetansen til å treffe vedtak om «almengjøring»; og

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 26 (1992-93) *Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.*, 13.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 13-14.

- Arbeidstager- og arbeidsgiverorganisasjon som med «innstillingsrett», og som var part i vedkommende tariffavtale, skulle kunne kreve realitetsbehandling av en begjæring om «almengjøring».

I tillegg inneholdt utkastet enkle bestemmelser om saksbehandling, vedtaks gyldighetstid og en spesialbestemmelse om håndhevelsesboikott.

Proposisjonen førte til skarpe reaksjoner og kontroverser. De knyttet seg ikke til de lovtekniske sidene ved utkastet. Det som virkelig skapte reaksjoner, var at med proposisjonen ble det foreslått en fundamentalt annen løsning enn den som var lagt frem i høringsnotatet, og som høringsinstansene hadde uttalt seg om. Dertil var proposisjonens forslag en type løsning som departementet hadde drøftet, men forkastet som uaktuell, i høringsnotatet. En rekke høringsinstanser, ikke minst på arbeidsgiversiden, protesterte kraftig og krevet en helt ny høringsomgang. Det førte imidlertid ikke frem.

### 4.3 Stortingsfeiden

Kontroversene førte derimot til en langtrukken og til dels ganske tilspisset behandling i Stortinget. Kommunal- og miljøvernkomitéen fikk i første omgang frist for å avgi innstilling i lovsaken til 9. februar 1993. Fristen ble utsatt, først til 24. april, men så ytterligere, og komitéinnstillingen ble ikke avgitt før 13. mai 1993, etter mer enn fire måneders behandling.

I løpet av denne tiden holdt komitéen møter med enkelte organisasjoner, således med LO 14. januar, og 18. februar ble det holdt et «høringsmøte» med en rekke arbeidslivsorganisasjoner. Flere organisasjoner leverte dessuten skriftlige uttalelser til komitéen.<sup>42</sup> En av de som peker seg spesielt ut, er NHOs uttalelse av 19. januar 1993. Den inkluderte et fullstendig lovutkast over samme lest som proposisjonens, men med enkelte endringer. To av disse er særlig sentrale. NHO foreslo en formålsformulering i lovens § 1 nr. 1, slik at bestemmelsen skulle lyde:

---

<sup>42</sup> Disse uttalelsene er tatt inn som vedlegg i Innst. O. nr. 98 (1992-93) *Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.* Om ikke annet er sagt i det følgende, gjelder henvisninger til uttalelser i prosessen slike som er inntatt i vedleggene til innstillingen.

«Loven gjelder fastsetting av lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere som utfører arbeid i annens tjeneste i Norge, når dette er nødvendig for å hindre at arbeidet blir utført på vilkår som samlet sett er vesentlig dårligere enn hva som er fastsatt i landsomfattende tariffavtale for vedkommende fag eller bransje» (kursivert tekst er NHOs forslag).

I sammenheng med dette gikk NHO inn for en «bevisregel» i utkastets § 3 første punktum om Tariffnemndas kompetanse, med følgende utformning:

«Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje, *dersom det påvises eller gjøres overveiende sannsynlig at dette anses nødvendig, jf. § 1-1.*»<sup>43</sup>

Kontroversene i det videre lovarbeidet kom i første rekke til å utspille seg på disse to punktene.

Formuleringen «vesentlig dårligere» i NHOs forslag korresponderte med regjeringens tidligere definisjon av «sosial dumping» (jfr. nærmere i 5 nedenfor). LO gikk meget sterkt imot en slik formulering og viste både til standarden i utlendingsforskriftens § 2 første ledd nr. 2 og til stortingsbehandlingen av proposisjonen om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen, der komitéflertallet hadde benyttet en lignende formulering. I tråd med dette skisserte LO et eget forslag til en formålsbestemmelse:<sup>44</sup>

«Lovens formål er å sikre at arbeid som utføres i Norge skjer på vilkår som er *likeverdige* med hva som er fastsatt i gjeldende tariffavtale for vedkommende fag/bransje *eller* det som *ellers er normalt* for vedkommende sted og yrke» (mine kursiveringer).

Stortingskomitéens flertall fulgte denne linjen. Det fremholdt at «vi i Norge» lenge hadde hatt ordninger «som har hatt som siktemål å sikre likebehandling med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår», og støttet seg dessuten til uttalelser i proposisjonen om at dette også var en målset-

<sup>43</sup> Det er nærliggende å anta at den lovteknisk ubehjelpelige formen loven fikk, med en § 1-1 og en § 1-2 og forøvrig enkeltsifrede paragrafer, skyldes en ureflektert overføring av skrivemåten i NHOs forslag her til formålsbestemmelsen med dens «påviselighetskrav».

<sup>44</sup> Uttalelse fra LO 1. mars 1993.



ting med den foreslåtte loven.<sup>45</sup> Ut fra dette ble «likeverdige ... vilkår» frontformuleringen i formålsbestemmelsen i § 1-1.

Det andre hovedspørsmålet gjaldt vilkårene for å kunne treffe vedtak om «almengjøring». Også NHOs forslag om en bestemmelse om krav til det faktiske grunnlag for å treffe vedtak, om at behovet skulle være påviselig eller overveiende sannsynlig, møtte sterk motstand. Den lå implisitt i diskusjonen om formålsformuleringene. Storkomiteéen tok ikke NHOs formulering inn i lovforslagets § 3; derimot transplanterte den deler av formuleringen til formålsbestemmelsen i § 1-1, som med det fikk sin særegne utformning:

«Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har. Dette for å hindre at arbeidstakere utfører arbeid på vilkår *som samlet sett er påviselig dårligere* enn hva som er fastsatt i gjeldende landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke» (min kursivering).

Dette formuleringsmessige grepet ble gjort uten noen egentlig begrunnelse eller forklaring. Komiteéflertallet uttalte seg derimot om § 3 helt i overensstemmelse med proposisjonen og fremholdt at

«det ikke bare er i de tilfeller der det kan påvises konkrete eksempler på at problemer av betydning har oppstått, at nemnda kan treffe vedtak om lønns- og arbeidsvilkår. Dette flertallet peker på at også i de tilfeller der det kan antas at slike problemer er nært forestående, kan Tariffnemnda fatte vedtak om allmenngjøring m.v.»<sup>46</sup>

Under odelstingsdebatten fulgte komitélederen opp med en uttalelse som i sak knyttet formuleringen i formålsbestemmelsen sammen med en negativ avgrensning av § 3. Han uttalte at

«Adjektivet ”påviselig” som står i formålsparagrafen, har ikke noko materielt innhold. Det innehold med andre ord ingen krav om kvalifiserte forskjellar på norske og utanlandske vilkår. Ordet ”påviselig” understreka reit allment beviskrav som kan synest sjølvsagt, men som tar sikte på å utelukke utidige krav

<sup>45</sup> Se Innst. O. nr. 98 (1992-93), 3, jf. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), 3, 15, 21, 22. Jfr. også bemerkningene fra komitéens leder, Blankenborg (A), i Ot.forh. 1992-93, 675.

<sup>46</sup> Innst. O. nr. 98 (1992-93), 8 (flertall av A, SV, KrF), jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), 22.

om allmenngjering. Slik sett er dette også i samsvar med lova slik den var foreslått, ...»<sup>47</sup>

Ut fra en slik bakgrunn må det etterhvert så framøse «påviselighetskravet» sees som et beviskrav som retter seg mot den *nedre* grensen for at det skal anses å foreligge grunn til å ta en sak under behandling etter lovens § 3. Spørsmålet er hvilken grad av sannsynlighet for visse bevisfakta som skal til for at et krav om «almengjøring» ikke skal *avvises* som «utidig». Dersom et krav tas under realitetsbehandling, er det derimot et annet spørsmål hva som skal kreves for at det skal anses å være materielt grunnlag for å treffe et vedtak. Dersom «påviselighetskravet» i samsvar med forarbeidene anses å rette seg mot det første, er kravet derved ikke egnet til å si noe om hvilke bevisregler som skal gjelde med hensyn til om det foreligger et materielt problem, eller et mulig forestående problem, som gir grunn til å treffe realitetsvedtak om «almengjøring». Tariffnemnda har imidlertid fortolket dette annerledes i sin praksis (jfr. i 5.3 nedenfor).

## **5 Resultatet – en lov om «almengjøring»**

### *5.1 Sosial dumping og konkurrerende formål*

Loven er betegnet som en lov om «allmenngjøring av tariffavtaler» og skal gi vern mot det som gjerne kalles «sosial dumping». Dette er symboltung terminologi, men den er også problematisk og fortegnende.

Argumentasjon på basis av begreper om «sosial dumping» kan lett bli problematisk. I internasjonal handel er normen at en stat ikke kan forby import av varer og tjenester fra lavkostland. Lavere arbeidskraftkostnader eller dårligere arbeidsforhold i eksportørlandet gir ikke i seg selv rettslig grunnlag for å stenge dets varer og tjenester ute fra mottagerlandets hjemmemarked. Da kan man spørre hvorfor det skal vurderes på en annen måte dersom en eksportør i stedet for å sende sine varer sender sine arbeidstagere til mottagerlandet for å produsere varene eller tjenestene der. Der billigere tjenester kan utføres elektro-

---

<sup>47</sup> Blankenborg (A), Ot.forh. 1992-93, 675.

nisk over grensene, blir det enda vanskeligere å fastholde at det er noen vesentlig forskjell mellom disse situasjonene.<sup>48</sup>

Diskusjonen om forholdet mellom nasjonale standarder for arbeidsvilkår og internasjonal konkurransevne er gammel; den går mer enn 200 år tilbake.<sup>49</sup> Det eldste argumentet for internasjonal handelsregulering er nettopp at det handles mellom land med forskjellige nivåer på arbeidskraftkostnader og arbeidsrettslige standarder. Tanken er da at dette kan føre til press på næringsvirksomhet, lønns- og arbeidsvilkår i land med høyere kostnadsnivåer og til tap av arbeidsplasser gjennom relokalisering og direkte utenlandsinvesteringer. Slike resonnementer er imidlertid problematiske, både teoretisk og empirisk. Det kan jeg ikke gå nærmere inn på her.

Begrepet «sosial dumping» har sine røtter i diskusjoner i Folkeforbundet i 1920-årene. Det ble diskutert ved The World Economic Conference i 1927, men da som betegnelse for eksport av varer fra land med lavere standarder for arbeidsvilkår til land med høyere kostnadsnivåer.<sup>50</sup> Dette er fortsatt et sentralt forståelsesalternativ i en videre sammenheng, f.eks. i ILO, men begrepet har etterhvert, og særlig i sammenheng med EFs indre marked, blitt tatt i bruk med referanse til konkurranse gjennom tjeneste- og arbeidskraftmobilitet.<sup>51</sup> Kommisjonens begrepsdefinisjon i Grønnboken om sosialpolitikk fra 1993 dekker både denne og den opprinnelige forståelsesmåten. Der heter det at «sosial dumping» er «the gaining of unfair competitive

---

<sup>48</sup> Se B. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*. Oxford and Portland, Oregon, 2005, 165 jfr. 13-15.

<sup>49</sup> Se f.eks. J. Malmberg, «Promoting Fair Labour Standards in a Globalized Economy: The Need for a Multi-Track Approach», i: B. Flodgren (ed.), *Corporate and Employment Perspectives in a Global Business Environment*. Deventer 2006, 155-164.

<sup>50</sup> League of Nations, «The World Economic Conference», Final Report. Genève 1927, 42.

<sup>51</sup> En ganske annerledes og i vår sammenheng kuriøs begrepsforståelse er denne: «‘social dumping’ [means] whereby those deemed to be behaving unsociably around the cities are ‘dumped’ in a select few working class locations as opposed to dispersing them throughout the city/ country». S. Dunleavy, “I Blame The Parents”, [www.gbrd.ie/sineaddunleavyjointsecond.doc](http://www.gbrd.ie/sineaddunleavyjointsecond.doc) (sist besøkt 12. desember 2008).

advantage within the Community through unacceptably low social standards».<sup>52</sup> Kvalifiseringen med adjektivet «unacceptably» peker på et viktig trekk. Ofte anses ikke enhver form for lønns- eller arbeidsvilkårskonkurransen som «sosial dumping»; begrepet anses i stedet å forutsette en viss grad av utilbørlig eller uakseptabel utnyttelse av billig arbeidskraft. I EU-sammenheng har begrepet imidlertid fått en utvidet betydning. Der brukes begrepet hyppig om situasjoner der mottagerlandets standarder underskrides, ikke minst når det er tale om å verne den innenlandske arbeidskraften, ikke først og fremst de utenlandske arbeidstakerne som har dårligere vilkår.<sup>53</sup>

På hjemlig grunn er «sosial dumping» ikke et rettslig begrep og heller ikke noe entydig begrep. Det er ikke legaldefinert, og det har ikke presist formulerte kjennetegn i lovforarbeider eller andre politiske dokumenter. Utgangspunktet var i sin tid regjeringens (Brundtland III) definisjon i proposisjonen om ratifikasjon av EØS-avtalen: «Med sosial dumping menes i denne sammenheng at utenlandske arbeidstakere utfører arbeid på lønns- og arbeidsvilkår som er *vesentlig* dårligere enn vertslandets.»<sup>54</sup> En helt tilsvarende begrepsforståelse gir LO uttrykk for på sine nettsider om sosial dumping og hva dette er. Der heter det at «[s]osial dumping skal i denne sammenhengen forstås som at utenlandske arbeidstakere som utfører arbeid i Norge får *vesentlig* dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn norske arbeidstakere som utfører de samme jobbene».<sup>55</sup>

Mellom disse ytterpunktene i tid har den politiske begrepsforståelsen endret seg noe. I stortingsmeldingen der det ble redegjort for den første handlingsplanen mot sosial dumping, i mai 2006, definerte regjeringen (Stoltenberg II) begrepet på følgende måte:

<sup>52</sup> Commission Green Paper on Social Policy: Options for the Union, COM(93) 551 final, 7.

<sup>53</sup> Jfr. f.eks. L. Maier, «Tjänstedirektivet, social dumpning och de nationella arbetsmarknadssystemen», *Europarättslig tidskrift* 2005, 729-750 (736).

<sup>54</sup> St.prp. nr. 100 (1991-92) *Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)*, 31 (min kursivering).

<sup>55</sup> <http://www.lo.no/s/Arbeidsliv/sosial-dumping/Hva-er-sosial-dumping-/?t=116> (sist besøkt 30. juni 2009) (min kursivering).

«Etter Regjeringens vurdering er det sosial dumping av utenlandske arbeidstakere både når de utsettes for brudd på helse-, miljø- og sikkerhetsregler, herunder regler om arbeidstid og krav til bostandard, og/eller når de tilbys lønn og andre ytelser som er *uakseptabelt lave* sammenliknet med hva norske arbeidstakere normalt tjener eller som ikke er i tråd med allmenngjøringsforskrifter, der slike gjelder.»<sup>56</sup>

Denne utlegningen av begrepet går igjen i senere regjeringsdokumenter.<sup>57</sup> Forskjellen til Brundtland-regjeringens definisjon fra 1992 ligger på to plan. Det er ikke lenger tale om en generell standard om «dårligere» lønns- og arbeidsvilkår. Vilkår som er i strid med lov (arbeidsmiljølov eller almengjøringsforskrifter), er nok i seg selv. For lønn og andre ydelser ellers er standarden derimot kvalifisert, men ikke til «vesentlig dårligere». Målestokken er nu i stedet det «uakseptabelt lave». Hva ulikheten kan bestå i, og hvilke gradforskjeller det kan være tale om, er det imidlertid ikke mulig å si noe presist om. Til det mangler det håndfast grunnlag i det materialet der begrepsdefinisjonene opptrer. Begrepet er hyppig brukt, men gjennomgående som en generell karakteristikk uten spesifikk ekstensjon.

«Sosial dumping» og vilkårene for «almengjøring» etter almengjøringsloven må holdes fra hverandre. Det er to grunner til det. Begrepet «sosial dumping» finnes ikke i loven. Det figurerte i forarbeidsprosessen som en omtvistet referanse for hvilke lønns- og arbeidsvilkår i Norge som burde tas i betraktning, men det var helt perifert.<sup>58</sup> Begrepet er ikke brukt i forarbeidene som kriterium for å

<sup>56</sup> St.meld. nr. 2 (2005-2006) *Revidert nasjonalbudsjett*, avsnitt 3.6, 63 (min kursivering). Jfr. også St.meld. nr. 9 (2005-2006) *Om overgangsordningane for arbeidstakarar frå dei nye EØS-landa mv.*, særlig kap. 3 flg.

<sup>57</sup> Se f.eks. St.prp. nr. 1 (2008-2009) *for budsjettåret 2009* [Arbeids- og inkluderingsdepartementet], 117.; jfr. også implisitt Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)*, avsnitt 1.2 flg.

<sup>58</sup> I sin uttalelse av 19. januar 1993 (pkt. 7) til stortingskomitéen fremholdt NHO at det finnes en rekke bedrifter uten tariffavtale som kunne praktisere dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn tariffbundne bedrifter i samme fag eller bransje, og at det *ikke* kunne betegnes som «sosial dumping». Begrepet og denne dimensjonen ble imidlertid ikke gjort til gjenstand for drøftelse av komitéen.

forklare eller understøtte lovens formåls- og vilkårsbestemmelser. Dernest er det en *materiell forskjell* mellom de to. Slik begrepet nu brukes i offisiell terminologi, forutsetter «sosial dumping» at det foreligger lovbrudd eller betales lønn m.v. som er *dårligere* enn det som er gjengs i Norge, på et eller annet differansenivå. Dette er en annen og svakere standard enn kravet om *likeverdighet* i almgjl. § 1-1, og i uttrykket «påviselig dårligere» i § 1-1 ligger det nettopp *ikke* noe materielt differansekrav.<sup>59</sup> Tatt på ordet gir dette rom for «almengjøring» selv om det *ikke* foreligger «sosial dumping».

Dette reflekterer tosidigheten i almengjøringslovens *formål*. Det er *dels* «å sikre den enkelte utenlandske arbeidstaker lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de norske», og *dels* «å utelukke muligheten for konkurransevridninger overfor virksomheter med norske arbeidstakere» i forbindelse med gjennomføringen av EØS-avtalen.<sup>60</sup> Dette korresponderer fortsatt med et grunnprinsipp i innvandringspolitikken. I stortingsmeldingen fra 2008 om individuell arbeidsinnvandring sies det at det er «en grunnforutsetning at arbeidsinnvandrere skal ha samme lønns- og arbeidsvilkår som befolkningen ellers» og at «[a]rbeidet for å sikre likeverdige lønns- og arbeidsvilkår er viktig både for at arbeidsinnvandrere ikke skal arbeide under uakseptable vilkår og for å beskytte arbeidstakere og seriøse virksomheter mot urettferdig konkurranse».<sup>61</sup>

For almengjøringslovens vedkommende er denne dualismen fastholdt og tydeliggjort i den nye formålsbestemmelsen i lovens § 1 etter lovendringen i 2009:

«Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, og å hindre konkurransevridning til ulempe for det norske arbeidsmarkedet.»

De to elementene glir over i hverandre. Et formål om «likeverdighet» har først og fremst som funksjon å verne *innenlandske* arbeidstakere og virksomheter mot konkurranse. Perspektivet er ikke i første rekke å

<sup>59</sup> Jfr. foran m. note 45.

<sup>60</sup> Jfr. Innst. O. nr. 98 (1992-93), 7 (flertallet, A, SV, KrF og Sp), og senere f.eks. St.meld. nr. 19 (2003-2004) *Et velfungerende arbeidsmarked*, 64-65.

<sup>61</sup> St.meld. nr. 18 (2007-2008) *Arbeidsinnvandring*, 16 (fremlagt 18.april 2008 av regjeringen Stoltenberg II).

verne utenlandske arbeidstagere mot utbytting eller utilbørlig behandling. Det kan man selvsagt oppnå med krav om likeverdighet. Men det kan vanskelig hevdes at enhver forskjell vil innebære utbytting eller usosial behandling. En slik vurdering må knyttes til de utenlandske arbeidstagneres hjemlige situasjon såvel som til forholdene knyttet til deres arbeid i Norge. Det er et paradoks at jo likere en utenlandsk arbeidstager blir en norsk, jo mer svekkes vedkommendes konkurransesituasjon i arbeidsmarkedet. Det er ikke nødvendigvis tjenlig for utlendingen. Hvordan man skal trekke grensen mellom hva som er en rimelig utnyttelse av konkurransefortrinn og hva som er uakseptable standarder, er langt fra et enkelt spørsmål.

Forsåvidt er det rimelig å si at hensynet til vern mot konkurranse er det dominerende i almengjøringsloven regelverk. Konkurranseskyttelse er isolert sett et *illegitimt* formål, men det må sees i sammenheng med avstemmes mot andre hensyn. I EF/EØS-rettslig sammenheng er nettopp det sentralt.<sup>62</sup> I de begrensninger som følger av EF-retten, ligger også at formålet om «likeverdighet» ikke kan ivaretas fullt ut, dersom «likeverdighet» skal forstås som tilsvarende lønns- og arbeidsvilkår. Det som kan fastsettes for utstasjonerte arbeidstagere, er ikke det samme som det som faktisk gjelder for tariffbundne norske arbeidstagere, men bare visse minimumsstandarder som finnes i vedkommende tariffavtaler (jfr. i 6 nedenfor). Det faktiske lønnsnivået for norske arbeidstagere vil typisk ligge høyere enn tariffavtalens minimumssatser. Konkurranseskyttelseshensynet i kravet om «likeverdighet» blir derved ikke effektivt fullt ut.

## 5.2 «Almengjøring» er lovgivning

Det Tariffnemnda er gitt kompetanse til å treffe vedtak om, er kalt «allmenngjøring av tariffavtaler», jfr. almgjl. § 3. Det er en eufemisme – en forskjønnende og tilslørende betegnelse, her med en symbolpolitisk funksjon.

---

<sup>62</sup> Jfr. f.eks. S. Evju, *Evaluering av almengjøringsordningen – høring*, 13. januar 2006. [http://www.odin.dep.no/aid/norsk/dok/hoeringer/paa\\_hoering/046031-990040/ram002-bn.html#ram2](http://www.odin.dep.no/aid/norsk/dok/hoeringer/paa_hoering/046031-990040/ram002-bn.html#ram2) (16.01.2006), 19-21, E. Hjelmeng og O. Kolstad, «Allmenngjøringsloven og innsynsrett – EØS-rettslige problemstillinger», *Arbeidsrett* 2006, 1-41 (11-15). Se også Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 24.

Tariffnemnda har en *lovgivende* funksjon. Dette er banalt, men også sentralt. Det er banalt på den måten at Tariffnemndas vedtak gir pre-septoriske «offentligrettslige» regler – *forskrifter* i forvaltningslovens forstand. Almengjøringslovens regler bygger da også på dette.<sup>63</sup> Tariffnemnda utøver *delegert lovgivningsmyndighet*.<sup>64</sup> Det er ganske enestående at slik myndighet legges til et forvaltningsorgan som skal være ”uavhengig”.<sup>65</sup> Dette går jeg ikke videre inn på. Poenget her er at det er en slik funksjon Tariffnemnda har. Nevnden er *ikke* et tvisteløsningsorgan; det ville den heller ikke ha vært om den hadde fått tillagt kompetanse til mer omfattende «almengjøring». Sammensetningen og enkelte trekk ved kompetansereglene (så vel de materielle som de prosessuelle) kan nok gi assosiasjoner til velkjente tvisteløsningsorganer på det arbeidsrettslige felt, som f.eks. Rikslønnsnemnda eller Bedriftsdemokratinemnda.<sup>66</sup> Men i saker for Tariffnemnda er det ikke tale om noen kontradiktorisk partsprosess og ikke tale om å løse tvister mellom private parter. Tariffnemndas funksjon er grunnleggende annerledes; dens vedtak gir regler som – så langt vedtaket selv rekker – skal gjelde for *enhver*, både utenlandske og norske arbeidsgivere og arbeidstagere.

Tariffnemndas materielle kompetanse er begrenset. Nevnden kan ikke vedta at en tariffavtale skal ha almen gyldighet eller være bindende for enhver innenfor avtalens saklige og personelle anvendelsesområde. For det første kan vedtak bare gjelde « de deler av tariffavtalen som regulerer de enkelte arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår» (§ 3 annet ledd; ny § 6 første ledd) – det som betegnes *normative* bestemmelser i klassisk arbeidsrettslig terminologi. Dernest må Tariffnemnda som forvaltningsorgan se til at dens vedtak holder seg innefor EØS-rettens rammer.<sup>67</sup> Dette har fått et konkret uttrykk i

<sup>63</sup> Se særlig § 6 (§ 9 etter lovendringen i 2009) om «saksbehandling»; jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), 24-25 og 36, og Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 36-41.

<sup>64</sup> Dette ble fremhevet spesielt av talere fra opposisjonen i odelstingsdebatten i 1993, se Ot.forh. 1992-93, 663, 679-80.

<sup>65</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), 35.

<sup>66</sup> Jfr. Justisdepartementets (noe underlig formulerte) bemerkninger gjengitt i Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 39.

<sup>67</sup> Dette er ikke omtvistet nu; se f.eks. Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 15-17 og 35, og forutsetningsvis Tariffnemndas brev 27. juni 2008 (TN-200803453), EØS-



lovens § 3 første ledd (ny § 5 første ledd). Vedtak kan bare treffes «med de begrensninger som følger i og i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7».<sup>68</sup> I det ligger både tematiske og nivåmessige begrensninger med hensyn til hva som kan fastsettes for utenlandske arbeidstagere (jfr. i 6 nedenfor).

Efter lovendringen i 2009 er dette ytterligere understreket med en bestemmelse i nye § 6 annet ledd: «Dersom Tariffnemnda finner det nødvendig å fastsette lønns- og arbeidsvilkår på områder som også er regulert i annen lovgivning, skal dette begrunnes særskilt.» Bestemmelsen er tatt inn for å klargjøre at det skal kunne gis regler som er bedre for arbeidstagere enn lovgivningens minimumskrav, men samtidig poengtere at dette er underkastet et proporsjonalitetskrav og må være «nødvendig» for å oppnå formålet med reguleringen. Jfr. Ot.prp. nr. 88 (2008-2009) *Om lov om endringer i allmenngjøringsloven m.m. (solidaransvar mv.)*, 35-36 og 68.

Med dette som basis er betegnelsen «allmenngjøring» av tariffavtaler langt fra treffende. Med en typisk landsomfattende tariffavtale kan Tariffnemnda bare knytte et vedtak til et begrenset utvalg av avtalens normative bestemmelser. I regelen kan et vedtak heller ikke omfatte alle deler av de tariffavtalebestemmelser det knyttes an til, f.eks. om lønn. Likeledes må forskriftsbestemmelsene som alminnelig regel knyttes til tariffavtalens minimumsnivåer.

Kompetansen efter almgjl. § 5 er knyttet til å fastsette at en «landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde». Uttrykket «delvis» kan vanskelig forstås slik at det dreier seg om tariffavtalens materielle minstestandarder. Meningen er ikke at Tariffnemnda skal kunne gi forskrifter om høyere lønns- eller andre nivåer enn den de tariffbundne arbeidsgivere i Norge må respektere i kraft av tariffavtalen. Det kan imidlertid tenkes at en tariffavtales formelle bestemmelser ikke reflekterer det reelle minimumsnivå i avtaleområdet, dvs. at ingen tariff-

---

rettslig vurdering av allmenngjøringsordningen og Tariffnemndas vedtak om allmenngjøring, til Justisdepartementet, Lovavdelingen. Tariffnemnda hadde tidligere et meget uklart standpunkt til dette; jfr. S. Evju, *Lov om allmenngjøring – evaluering*. [Høringsuttalelse til Arbeids- og sosialdepartementet, ref. 200500633-/EMJ.] 20. april 2005, 2.

<sup>68</sup> Med en rent teknisk endring svarer bestemmelsen til den som ble tatt inn i § 3 ved endringslov 7. januar 2000 nr. 3, som også føyet inn et nytt kap. XII B i arbeidsmiljøloven av 1977 for å gjennomføre utstasjoneringsdirektivet. Henvisningen nu er til arbeidsmiljøloven av 2005 (lov 17. juni 2005 nr. 62) (i det følgende arbeidsmiljøloven, eller aml.).

bundne virksomheter ligger på minimum. Tariffnemnda kan da, «i særlige tilfeller», fastsette «andre lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av tariffavtalen», jfr. almgjl. § 6 første ledd annet punktum. EØS-rettslig er det grunnleggende at de materielle vilkårene som kan fastsettes, ikke må være mer tyngende for en utenlandsk tjenesteyder enn minimumsnivået for en innenlandsk konkurrent.

Typisk sett vil et vedtak også gi bestemmelser som er forenklet i forhold til de tilsvarende tariffavtalebestemmelsene.

Det kan vel hevdes at i den grad «det er tariffavtalens bestemmelser som blir fastsatt i forskrift», er forskriften en «allmenngjøring av tariffavtalen». <sup>69</sup> Det blir likevel et kunstgrep. En forskrift vil i beste fall være et både-og. Men terminologien har utvilsomt en sterk symbolpolitisk funksjon, og merkelappen har ikke materiellrettslig betydning

### 5.3 Litt om vilkår for vedtak

En annen side av Tariffnemndas materielle kompetanse slik den er regulert i almgjl. § 3, er hvilket faktisk grunnlag som må foreligge for at det skal kunne treffes et realitetsvedtak. I sin praksis har Tariffnemnda har knyttet vilkårene for å treffe vedtak også direkte til formålsbestemmelsen i lovens § 1-1 og fortolket dens uttrykk «påviselig» som et rent «beviskrav». Dette har fått betegnelsen «dokumentasjonskravet» <sup>70</sup> Til nu har det imidlertid ikke vært treffende å snakke om «lovens dokumentasjonskrav». <sup>71</sup> Allerede termen «dokumentasjonskrav» er en konstruksjon. Hverken termen eller noen materialisering som kunne underbygge den, fantes i loven før endringene i 2009; jfr. almgjl. gamle § 3. Ved lovendringen i 2009 har nye formuleringer om «dokumentasjon/dokumentert» kommet inn i §§ 4 og 5, med referanse til praksis. Viktigere er likevel at innholdet i et slikt krav ikke er blitt særlig godt avklart i praksis. Tydeliggjøringen av problemstillinger i Tariffnemndas drøftelser lar meget tilbake å ønske.

<sup>69</sup> Slik K. A. Skjervø, *Trenger vi et alternativ eller supplement til dagens allmenngjøringsordning?* Rapport til Fellesforbundet mai 2009. [Oslo: Fellesforbundet 2009], 67.

<sup>70</sup> Tariffnemndas vedtak i sak nr. 1/2003, s. 5 (pkt. 4 første avsnitt); jfr. Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 19-24.

<sup>71</sup> Det gjøres i Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 19, i samsvar med en terminologi departementet har anvendt også tidligere.

Analytisk er det grunn til å skille mellom for det første hva som er *bevistema*, for det annet hva som er *bevismidler*, og for det tredje hvilken grad av sannsynlighet som skal kreves for at det faktum som er *bevistema*, skal anses å foreligge. Det er selvfølgelig sammenheng mellom disse tre aspektene. Dessuten er det en sammenheng med Tariffnemndas funksjon som forvaltningsorgan.

Et *første* spørsmål er hvilken informasjon Tariffnemnda må «efterspørre» for å ha et tilstrekkelig faktisk grunnlag for vedtak. Det beror på hva som skal være gjenstand for «bevis» – *bevistemaer*. Hva som skal være *bevistemaer*, beror igjen på hvordan de materielle kompetansevilkårene forstås. I første omgang har dette to hovedelementer. Man må ta stilling til hvilke «vilkår» norske arbeidstakere «*har*», og man må ta stilling til hvilke vilkår utenlandske arbeidstakere faktisk vil ha for relevant arbeid i Norge dersom vedtak etter almengjøringsloven ikke treffes. *Bevistemaet* har imidlertid også et tredje hovedelement: Det må foretas en sammenligning mellom de to sett av «vilkår» – en differansevurdering mellom de to sett av fakta. Det siste forutsetter en sammenligningsstandard, en «målestokk». Her gir formuleringen i lovens § 1-1 første punktum om «likeverdige ... vilkår» ett utgangspunkt, men ikke det eneste (jfr. i 5.2 ovenfor).

*Dernest* er det spørsmål om *hvordan* informasjonen skal fremskaffes og hvilken *grad av sannsynlighet* for et gitt faktum som skal kreves, for at vedtak skal kunne fattes. Tariffnemnda har uttalt seg om begge i tilslutning til sin utlegning av uttrykket «påviselig» i lovens § 1-1 som «et beviskrav». I nevndens første vedtak heter det først at «Tariffnemnda *tolker* dette som et vilkår om at det må *dokumenteres ...*». *Dernest* sies det at «[d]et er *den part som begjærer* en tariffavtale allmenngjort, som må fremskaffe opplysninger som underbygger at lovens vilkår for allmenngjøring er oppfylt»; og det faktum det er tale om, må gjøres «*overveiende sannsynlig*». <sup>72</sup> Isolert sett er det naturlig å kreve at det er mer sannsynlig at det foreligger et grunnlag, enn det motsatte. Men hvor meget som skal til for å anta sannsynlighetsovervekt, kan tenkes å variere etter temaets art – f.eks. om det er et konkret aktuelt faktum eller en antatt utvikling det er tale om. Derimot er

<sup>72</sup> Tariffnemndas vedtak i sak nr. 1/2003, s. 5, første avsnitt, jfr. også tredje avsnitt, under pkt. 4 (mine kursiveringer)

det problematisk når Tariffnemnda legger til grunn at det er «*den part som begjærer*» almengjøring som må «fremskaffe» opplysninger som underbygger at «lovens vilkår for almengjøring» er oppfylt. Det samme gjelder uttalelsen, som vel må anses å stå i sammenheng med dette, om at «[s]om et utgangspunkt må *tvilsrisikoen* påhvile *den part som fremmer krav* om allmenngjøring ...». <sup>73</sup> Disse synsmåtene er fastholdt i senere saker. <sup>74</sup> Tilnærmingene gir inntrykk av at Tariffnemnda ser på sin funksjon nærmest som et domstolslignende organ. Det er feilslått. Tilnærmingene er imidlertid ikke blitt avstemt med vurderinger av Tariffnemndas selvstendige ansvar som forvaltningsorgan for opplysning av saken i samsvar spesielt med forvaltningslovens § 37. <sup>75</sup>

Lovendringen i 2009 har justert det formelle utgangspunktet, men ikke endret det innholdsmessige. «Dokumentasjonskravet» er beholdt. I proposisjonen pekte departementet på Tariffnemndas ansvar etter fvl. § 37, men fremholdt at dokumentasjonskravet likevel har en funksjon for å hindre unødvendige vedtak og for å sikre forholdsmessighet. Etter departementets syn innebærer hverken «lovgivningen eller nemndas praksis ... at det stilles særlig strenge krav til dokumentasjon». Det sies videre at Tariffnemnda i sin praksis «legger til grunn en rimelig forståelse og praktisering av dokumentasjonskravet ... og at denne praksis bør videreføres». <sup>76</sup> Noen inngående drøftelse av kravet er ikke foretatt. Endringen ligger i at «dokumentasjonskravet» er tatt ut av formålsbestemmelsen (nye § 1) og flyttet, uten at noen realitetsendring er tilsiktet, <sup>77</sup> til annet ledd i en ny § 5:

«Tariffnemnda kan treffe slikt vedtak dersom det er dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler

<sup>73</sup> L.c. s. 5, fjerde avsnitt under pkt. 4 (mine kursiveringer).

<sup>74</sup> Jfr. senest Tariffnemndas vedtak 6. oktober 2008 om fastsettelse av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten i skips- og verftsindustrien, s. 5 fjerde avsnitt. Nevnden har imidlertid avdempet standpunktet ved å understreke at det er et «utgangspunkt».

<sup>75</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) (fvl.). Jfr. almgjl. § 6 (nye § 9).

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 23.

<sup>77</sup> Jfr. uttrykkelig Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 24 og 67.

for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.»

I sammenheng med dette har loven fått et nytt § 4 annet ledd som skal regulere «dokumentasjons»vilkårene for at Tariffnemnda skal være forpliktet til å ta et krav om «almengjøring» under realitetsbehandling.<sup>78</sup> Det er nyttig at skillet mellom de to ulike problemstillingene – hva skal til for å ta en sak under behandling, og hva skal til for å fastsette en forskrift – blir klargjort. Men de grunnleggende spørsmålene som knytter seg til det såkalte dokumentasjonskravet, er fortsatt like uklare.

## 6 Den europeiske sammenhengen

Almengjøringsloven ble som nevnt til som et virkemiddel til bruk under et EØS-regime. Loven ble likevel liggende brakk fra EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994. Rettsutviklingen på dette området i EU skapte liten diskusjon; det samme gjorde gjennomføringen av Direktiv 96/71/EF om utstasjonering av arbeidstager<sup>79</sup> med et nytt kap. XII B i arbeidsmiljøloven av 1977 i 2000. Det ble nok reist noen spørsmål internt i arbeidstagerorganisasjoner om å ta loven i bruk, bl.a. i forbindelse med utbyggingen av ny hovedflyplass på Gardermoen, men det ikke ansett som opportunt å fremme begjæringer. Det ble først aktualisert da vi stod foran den første EU/EØS-utvidelsen, fra 1. mai 2004. Den første begjæringen om «almengjøring» ble fremmet av LO 19. desember 2003 og gjaldt delvis «almengjøring» av tre landsomfattende tariffavtaler.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 88 (2008-2009), 25-27 og 67.

<sup>79</sup> Europaparlaments- og Rådsdirektiv 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting. Det norske «utsending» er visstnok brukt for å skille dette fra utstasjonering av diplomater o.l. Terminologien på hovedsprogene fransk, engelsk og tysk («détachement», «posting», «Entsendung») tilsier ikke noe slikt sproglig skille. Jeg foretrekker derfor termen «utstasjonering».

<sup>80</sup> De var Verkstedoverenskomsten 2002 – 2004 (VO) mellom LO og Fellesforbundet på den ene side og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Teknologibedriftenes Landsforening (TBL) på den annen side, Fellesoverenskomsten for byggfag 2002 – 2004 (FOB) mellom LO og Fellesforbundet på den ene side og NHO, Byggenæringens Landsforening (BNL) og Tekniske

Jeg skal ikke diskutere de enkelte forskriftsvedtakene. Rettsutviklingen på EF-rettsområdet er også for omfattende til å gå inn på i noen bredde. Jeg skal bare trekke frem noen enkelte punkter som har spesiell referanse til det som er tatt opp foran.

Rettspraksis fra EF-domstolen, i særdeleshet «Laval-trioen»,<sup>81</sup> har i store trekk slått fast noen grunnleggende skranker i EF/EØS-retten for hva en medlemsstat, og tariffparter, kan pålegge eller kreve av en utenlandsk tjenesteyder:<sup>82</sup>

- *Tematisk* kan det ikke kreves annet enn de typer vilkår som omfattes av «den harde kjerne» i utstasjoneringdirektivets art. 3 nr. 1, med tillegg av det som eventuelt kan regnes som «public policy»-regler etter direktivets art. 3 nr. 10. Den siste er en unntaksbestemmelse og skal fortolkes snevert. Den kan dessuten bare anvendes av statlige myndigheter, ikke av private tariffparter.
- *Nivåmessig* kan det ikke kreves mer eller bedre ydelser enn det som er det preseptoriske minimum for enhver på det området eller i den bransjen reglene gjelder. Direktivets art. 3 nr. 7 gir ikke mottagerlandet eller dets tariffparter adgang til å stille høyere krav overfor utenlandske tjenesteydere.
- Dette er imidlertid ikke til hinder for at preseptoriske *minima kan variere* mellom områder eller bransjer og derved ha et høyere nivå

---

Entreprenørers Landsforening (TELFØ) på den annen side og Landsoverenskomsten for elektrofagene 2002 – 2004 (LOK) mellom LO og El & IT Forbundet på den ene side og NHO og TELFØ på den annen side. Sammen med nye begjæringer 11. mai og 16. juli 2004 VO 2004 – 2006, FOB 2004 – 2006 og LOK 2004 – 2006 var disse avtalene grunnlaget for Tariffnemndas første vedtak i sak nr. 1/2003.

<sup>81</sup> Jeg bruker dette som en felles betegnelse på EF-domstolens avgjørelser i sak C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, [2007] EFD I-11767, sak C-346/06 *Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert v Land Niedersachsen*, [2008] EFD I-1989, og sak C-319/06 *Commission of the EC v Luxembourg*, [2008] EFD I-4323.

<sup>82</sup> Litteraturen om dette er allerede blitt nærmest uoverskuelig. For en nærmere drøftelse med videre henvisninger se S. Evju, *Posting Past and Present* (note 31), 29-33.

enn minstestandarder i generell lovgivning. Dette er nu også sagt meget klart i ESAs avgjørelse om «almengjøringsloven» (jfr. ovenfor m. note 2). I hvilken grad det vil kreves særlige grunner og forholdsmessighet etter den EF-rettslige læren om «tvingende almene hensyn», er foreløpig et uløst spørsmål. ESA uttalte seg ikke om dette, hverken positivt eller negativt.

Effektene av dette er at det er snevre grenser for hva Tariffnemnda kan fastsette i forskrifter som skal ha anvendelse for utenlandske arbeidsgivere og arbeidstagere. Slik norske tariffavtaler normalt er utformet, utelukkes det at en forskrift generaliserer alle normative bestemmelser; det er bare rom for en streng seleksjon (jfr. i 5.2 ovenfor).

Dette rammer også forskriften (16. desember 2005 nr. 1566) om utsendte arbeidstakere, som er gitt i medhold av arbeidsmiljølovens § 1-7. I forskriftens § 2 første ledd er det fastsatt hvilke «arbeids- og ansettelsesvilkår» som skal ha direkte anvendelse for utsendte arbeidstagere uavhengig av vedtak av Tariffnemnda. Etter § 2 første ledd litra a er det gjort gjeldende flere bestemmelser som ikke, eller neppe, kan anses å falle inn under «listen» i direktivets art. 3 nr. 1. Bestemmelsene om skriftlig arbeidsavtale (aml. § 14-5, § 14-6 og § 14-8) faller klart utenfor; det følger nu også av dommen i *Luxembourg-saken*.<sup>83</sup> Likeledes må nok bestemmelsene i lovens kap. 12 om «rett til permisjon» gjøre det, selv om noen kanskje kan presses inn under litra e eller f i direktivets oppregning. Lovens § 15-9 om oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon, er mer usikker; den kan muligens – i hvert fall for en del – la seg subsumere under art. 3 nr. 1 bokstav f. Det er formodentlig lettere å argumentere for at bestemmelsene i aml. § 14-12 – § 14-14 om innleie kan forankres i bokstav d om ”vilkår for utleie”.

Man kunne kanskje tenke seg å se på den norske lovgjennomføringen i aml. § 1-7 og forskriften som en anvendelse (også) av direktivets art. 3 nr. 10 første strekpunkt om «public policy»-bestem-

---

<sup>83</sup> Sak C-319/06 *Commission of the EC v Luxembourg* (jfr. note 77). Jfr. S. Evju, «Utstasjonering, vertsstatens reguleringsadgang, ”ordre public” – EF-domstolens dom 19. juni 2008, sak C 319/06 EF-kommisjonen mot Luxembourg», *Nytt i privatretten* 2008 nr. 3, 5-6.

melser. Noen indikasjon på at man faktisk har sett det på en slik måte, eller i det hele tatt vurdert de problemstillinger dette innebærer, er imidlertid ikke å finne i lovforarbeidene.<sup>84</sup> Etter dommen i *Luxembourg*-saken er problemet imidlertid blitt aksentuert, og spillerrommet er lite. En opprydning kunne være på sin plass.

## 7 Almengjøring og inkongruent kompetanse

### 7.1 Det personelle omfang – utstasjonerte og andre arbeidstagere

Da almengjøringsloven ble vedtatt, var det primære siktemålet *utenlandske* arbeidstagere som kommer midlertidig til Norge. Ordlyden i lovens (gamle § 1-1) er vid nok til å omfatte både individuelle arbeidsinnvandrere og utstasjonerte arbeidstagere. Av lovforarbeidene både da loven først kom til og senere er det imidlertid klart at det først og fremst har vært faren for «sosial dumping» i forbindelse med grensekryssende tjenesteydelser som er siktemålet.<sup>85</sup>

Det har aldri vært antydning som en del av lovens formål at også *norske* arbeidstagere som ikke omfattes av tariffavtale, skulle sikres «lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår» tariffbundne norske arbeidstagere har. Slik loven er bygget opp og formålsbestemmelsen er utformet, gir loven heller ikke hjemmel for «almengjøringsvedtak» på det grunnlag at norske arbeidstagere har mindreverdige eller vesentlig dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn de som gjelder i samme bransje i henhold til tariffavtaleregulering. Slike interne ulikheter er imidlertid en del av den norske arbeidsmarkedsvirksomheten.

Dette gjelder hvilket grunnlag et vedtak kan fattes på. Noe annet er hvem et vedtak får *rettsvirkninger* for. Fra først av var det ikke tvilsomt at et vedtak (en forskrift) om almengjøring også ville *omfatte* innenlandske arbeidstagere i arbeidsforhold som falt innenfor det

<sup>84</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 13 (1999-2000) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) og lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v. (allmenngjøringsloven)*, spesielt – og motsetningsvis – s. 25-26. Se til dette også S. Evju, «Utsjasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv», *Arbeidsrett* 2008, 1-20 (12-14).

<sup>85</sup> Se i 4.3 ovenfor; jfr. også f.eks. Ot.prp. nr. 26 (1992-93), 15.



saklige og personelle anvendelsesområdet for den tariffavtalen som ble «almengjort». Det fulgte direkte av lovtekstformuleringene i § 1/§ 1-1 jfr. § 3 første ledd første punktum, og det ble kritisk påpekt under stortingsbehandlingen.<sup>86</sup> Dette forholdet ble imidlertid ikke drøftet i Ot.prp. nr. 26 (1992-93). Der finnes det heller ikke noen diskusjon av forholdet til EF/EØS-rettens regler om ikke-diskriminering pga. nasjonalitet eller om fri bevegelighet. I og med at EØS-avtalen på det tidspunkt var vedtatt og stod foran ikrafttredelse, er dette bemerkelsesverdig, selv om det da ennå ikke var vedtatt noe EF-direktiv om utstasjonering. Traktat-/EØS-avtalereglene ville jo uansett ha anvendelse.

I *lovteksten* ble det som nevnt ikke trukket noe skille mellom det vi senere betegner utstasjonerte eller *utsendte* arbeidstagere i forbindelse med grensekryssende tjenesteydelser (etter art. 36 EØS), og individuelt vandrende arbeidstagere (etter art. 28 EØS). Det var kanskje ikke noen direkte oppfordring da til å diskutere forskjellen, ettersom EFs utstasjoneringsdirektiv (96/71/EF) fortsatt lå i fremtiden. Men EF-domstolens dom i *Rush* og det første direktivforslaget fra 1991, COM(91) 230 final, som var en sentral del av bakgrunnen for lovforslaget, burde gitt grunn til det. Når distinksjonen likevel ikke ble berørt, kan en mulig forklaring være at lovforslaget var ment slik at det ikke skulle være noen forskjell mellom de to kategoriene. Loven siktet seg i første rekke inn mot *utsendte* arbeidstagere. Hvis det treffes et «almengjøringsvedtak», vil det få *virkning* også for individuelle arbeidsinnvandrere på samme måte som for norske arbeidstagere. Uten et slikt vedtak vil individuelle arbeidsinnvandrere som ikke behøver arbeidstillatelse, stå like fritt som ikke tariffbundne norske arbeidstagere til å akseptere lønns- og arbeidsvilkår som er helt andre enn de eventuelle tariffmessige vilkår for vedkommende type arbeid.

Disse utgangspunktene kan enkelt sammenfattes slik: Et vedtak om almengjøring må bygge på vilkårssituasjonen for utenlandske arbeidstagere; den må sammenlignes med situasjonen for norske tariffbundne arbeidstagere på vedkommende område. I praksis vil det først og fremst, om ikke utelukkende, være utenlandske utstasjonerte

<sup>86</sup> Se Innst. O. nr. 98 (1992-93), 3-4, 5 og 6, og Ot.forh. 1992-93, 663-64, 670, 673 og 675.

arbeidstageres situasjon som er basis. Et vedtak som treffes, vil ha virkning for de utstasjonerte arbeidstagerne såvel som for norske arbeidstagere og utenlandske individuelle arbeidsinnvandrere som arbeider som arbeidstagere innenfor vedkommende område.

Disse utgangspunktene står nok fast. Men ser vi mer inngående på utformningen av lovens regler, er det ikke vanskelig å problematisere dem. Det henger sammen med at Tariffnemndas normeringskompetanse er EØS-rettslig *begrenset* forsåvidt gjelder utstasjonerte arbeidstagere. Dette er mitt tema i de tre avsluttende avsnittene her.

## 7.2 EØS-baserte begrensninger

Opprinnelig lød almengjøringslovens § 3 første ledd slik:

«Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje.»

Denne bestemmelsen i § 3 ble endret i 2000, da et nytt kap. XII B ble føyet inn i arbeidsmiljøloven av 1977 for å gjennomføre utstasjoneringsdirektivet. Bestemmelsen fikk da et *innskudd* og ble lydende:

«Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje, *med de begrensninger som følger av kap. XII B i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven)*» (min kursivering).

Intensjonen med denne tilføyelsen var, ifølge lovforarbeidene, å sikre at Tariffnemnda ikke skulle treffe vedtak som påla vilkår for utsendte arbeidstagere for slike *perioder* som disse ikke var omfattet av reglene i arbeidsmiljølovens kap. XII B om anvendelse av norsk rett.<sup>87</sup> Dette knytter seg til fjerde ledd i den nye § 73 M i arbeidsmiljøloven av 1977, nu § 2 fjerde ledd i forskriften om utsendte arbeidstagere, som gir et begrenset unntak fra anvendelsen av mottagerlandets rett ved helt korte «montørroppdrag». Bestemmelsene gjennomfører «montørklausulen» i direktivets art. 3 nr. 2. I denne forbindelse finnes det ikke noen diskusjon i forarbeidene av forholdet mellom utsendte arbeidstagere og andre – innenlandske eller utenlandske – arbeidstagere i relasjon til almengjøringsreglene.

<sup>87</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 13 (1999-2000), 32.

Det samme er tilfelle når det gjelder de endringene som ble gjennomført med arbeidsmiljøloven av 2005. Reglene i 1977-lovens kap. XII B ble da «overført» til en ny § 1-7 og til forskrifter gitt i medhold av denne. Formuleringen i almenngjøringslovens § 3 første ledd første punktum ble derefter lydende:

«Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalen omfatter, i en bransje eller en del av en bransje, *med de begrensninger som følger i og i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7*» (mine kursiveringer).

Løsningen med forskriftregulering ble foreslått av Arbeidslivslovutvalget. Utvalget var kritisk til den gjennomføringsløsningen som var valgt ved lovendringen i 2000, og hadde i den forbindelse en spesiell bemerkning til arbeidsmiljølovens § 73 M. Utvalgets innstilling hadde ikke med noe om endringer i almenngjøringsloven, og utvalget fremmet et lovforslag som ikke sa noe nærmere om utsendte arbeidstagere. Utvalget foreslo bare en enkel forskriftshjemmel hvorefter «Kongen gir forskrift om arbeidstaker som for et begrenset tidsrom utsendes fra utenlandsk virksomhet for å arbeide i Norge». Det skisserte imidlertid også et utkast til forskrift som i grunntrekkene samsvarte med 1977-lovens kap. XII B.<sup>88</sup>

Departementet fulgte ikke Arbeidslivslovutvalgets forslag fullt ut. Departementet var enig i forslaget om å «overføre» bestemmelsene i den gamle lovens kap. XII B til forskrift, men ville dessuten ta inn en *definisjon* av «utsendte arbeidstakere» i loven og i sammenheng med den «en angivelse av hvilke tilfeller som omfattes av det særlige regelverket», dvs. det regelverket som gjennomfører utstasjoneringsdirektivet.<sup>89</sup> I samsvar med forslaget i proposisjonen fikk den nye lovens § 1-7 definisjoner av såvel «utsendt arbeidstaker» som av hva som skal forstås med «utsending». I § 1-7, Utsendt arbeidstaker, heter det

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

(2) Utsending av arbeidstaker anses å foreligge når en utenlandsk virksomhet i forbindelse med tjenesteyting: ... sender en arbeidstaker til Norge ... »

<sup>88</sup> Se NOU 2004: 5 *Arbeidslivslovutvalget*, 495-97 og 536.

<sup>89</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*, 82-83.

Den nye utformningen av almengjøringslovens § 3 første ledd første punktum (jfr. ovenfor) knytter seg til dette. Proposisjonen (jfr. s. 345) og lovforarbeidene forøvrig har *ingen* drøftelser av eller bemerkninger til formuleringsendringen eller sammenhengen til arbeidsmiljølovens § 1-7.

### 7.3 Problemstilling: En ny kompetansebegrensning?

Tar vi utgangspunkt i ordlyden i almengjøringslovens § 3 første ledd første punktum, peker det seg ut alternative to lesemåter.

7.3.1 Bestemmelsen viser til «de begrensninger som følger i og i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7». I § 1-7 fastsettes det hvem som er utsendt arbeidstager og når det foreligger «utsending». Det fremgår at det *bare* er tale om arbeidstagere i utenlandske virksomheter som sender ansatte til Norge «i forbindelse med tjenesteyting». I dette ligger at (norske eller utenlandske) arbeidstagere i *norske* foretak *ikke* omfattes. Det gjør heller ikke personer som gjør seg nytte av retten til fri bevegelse for personer etter art. 28 EØS.

Forskriften som er gitt med hjemmel i lovens § 1 7, forholder seg helt til dette. Forskriften gir utelukkende bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår for «utsendte» arbeidstagere og gir ikke hjemmelsgrunnlag for å fastsette slike bestemmelser for andre kategorier arbeidstagere.

Ordlyden i almengjøringslovens § 3 inviterer da til den lesemåten at det *kun* kan treffes almengjøringsvedtak *med virkning for «utsendte» arbeidstagere*. Formuleringen «for alle arbeidstakere ... med de begrensninger som følger i og i medhold av arbeidsmiljøloven § 1-7», gir sproglig sett en personell begrensning: «alle», men med de begrensninger som følger av § 1-7 m.v. I tillegg kommer de materielle begrensninger som måtte følge av forskriftene til § 1-7 (og dessuten selvsagt de ytterligere grenser som eventuelt kan følge av EØS-avtalen.)

7.3.2 Den andre lesemåten er lovhistorisk. Hvis vi i tråd med almengjøringslovens opprinnelige utformning tar som utgangspunkt at vedtak om almengjøring skulle gjelde for alle arbeidstagere innenfor det saklige og personelle anvendelsesområdet for den tariffavtalen man hadde referanse til, ville det omfatte både norsk og utenlandske

arbeidstagere uavhengig av om de er ansatt i et norsk foretak eller hos en utenlandsk tjenesteyder.

Dernest må man bygge på at intensjonen med lovendringen («innskuddet») i 2000 bare var å avgrense Tariffnemndas kompetanse slik at den ikke skulle treffe vedtak som påla vilkår for utsendte arbeidstagere for slike *perioder* som disse ikke var omfattet av reglene i arbeidsmiljølovens kap. XII B, og at det med endringene i 2005 ikke var tilsiktet noen endring i dette henseende, selv om det lovteknisk var tale om en helt vesentlig endring av strukturen i regelverket.

En slik lovforståelse kan søke en viss støtte i annet ledd i den § 73 M i 1977-loven som almengjøringslovens § 3 da viste til. I den bestemmelsen, som er reelt sett uendret i 2005-forskriftens § 2 annet ledd, het det:

«Hvis arbeidsforholdet for en utsendt arbeidstaker faller inn under anvendelsesområdet for et vedtak etter lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v., skal de bestemmelser som er allmenngjort og som gjelder lønn eller arbeids- og ansettelsesvilkår etter § 73 M i denne lov, gjelde for arbeidsforholdet.»

Vektlegges innledningsordet «hvis», kan bestemmelsen leses slik at den forutsetter at det kan treffes almengjøringsvedtak som ikke tar sikte på eller vil omfatte utsendte arbeidstagere. Lesemåten er ikke tvingende; betingelsesformuleringen kan like gjerne oppfattes slik at den refererer seg til at ikke enhver utsendt arbeidstager vil være saklig omfattet av et almengjøringsvedtak. Men den første lesemåten lar seg anføre ut fra en lovhistorisk sammenhengsfortolkning. Tar man utformningen av lovens formålsbestemmelse og diskusjonen om den i betraktning, stå den likevel svakt. Det er ligger langt nærmere å forstå bestemmelsene slik at det (bare) kan fattes vedtak om almengjøring hvis det er begrunnet i og tar sikte på utsendte arbeidstageres forhold, men at forskriften da vil omfatte både norske og utenlandske arbeidstagere uavhengig av om de er ansatt i et norsk foretak eller hos en utenlandsk tjenesteyder, innenfor det saklige og personelle anvendelsesområdet for den tariffavtalen man forskriften har referanse til.

#### 7.4 Konklusjoner. Inkongruent kompetanse

I praksis er det utvilsomt det siste fortolkningsalternativet det er bygget på. Både Tariffnemndas vedtak, også etter 2005, og diskusjonene i

forbindelse med dem har forutsatt at almengjøringsvedtak har virkning for norske og utenlandske arbeidstagere som ikke er «utsendt».<sup>90</sup> Men som drøftelsen ovenfor viser, er en slik konklusjon ikke åpenbar. I beste fall kan det sies at almengjøringslovens § 3 første ledd første punktum, jfr. arbeidsmiljølovens § 1-7 med forskrifter, ikke er heldig utformet. Bestemmelsen gir grunnlag for en tvil som kan underbygges på rimelig måte om den personelle rekkevidden av Tariffnemndas kompetanse.

Den neste hovedkonklusjonen er at uansett fortolkningsalternativer er kompetansen etter almengjøringslovens § 3 *inkongruent*.

Efter det første av de to fortolkningsalternativene (7.3.1 ovenfor) har Tariffnemnda en – materielt sett begrenset – kompetanse i relasjon til utsendte arbeidstagere, men kan ikke fastsette forskrifter som skal gjelde for andre kategorier arbeidstagere. Derved blir det ulik regulering for utsendte og innenlandske arbeidstagere. Det vil åpenbart være i strid med EF/EØS-rettens forbud mot nasjonalitetsdiskriminering, ettersom det ikke gjelder bestemte minimumsstandarder for lønn efter alminnelig norsk rett, og fordi en forskrift kan tenkes å stille strengere krav enn de minstekrav som følger av lovgivning. Hensynet til retts-harmoni blir da et argument mot en slik forståelsesmåte.

Efter det andre fortolningsalternativet (7.3.2) har nevnden kompetanse til å fastsette forskrifter med virkning også for både norske arbeidstagere og for utenlandske arbeidstagere som er kommet til Norge som individuelle arbeidsinnvandrere. I forhold til disse to arbeidstagerkategoriene er Tariffnemndas materielle kompetanse *betinget*, av at det treffes vedtak som også skal omfatte utsendte arbeidstagere. Men kompetansen er *ikke* spesifikt begrenset. I forhold til norske og ikke-utsendte utenlandske arbeidstagere gjelder det ikke slike skranker med hensyn til temaer og nivåer som de som følger av EF/EØS-retten når det gjelder utsendte arbeidstagere. For slike *er* kompetansen spesifikt begrenset (jfr. i 6 ovenfor). Det vil med andre ord si at Tariffnemnda er endt opp med en mer omfattende inngreps-myndighet overfor «innlendinger» i vid forstand enn overfor utsendte

---

<sup>90</sup> Se senest «standardformuleringen» i Tariffnemndas vedtak 6. oktober 2008 om fastsettelse av forskrift om delvis allmenngjøring av Verkstedsoverenskomsten i skips- og verftsindustrien, s. 1, jfr. også s. 14 og 22.

arbeidstagere, skjønt det var, ihvertfall i det vesentlige, den siste kategorien som i sin tid begrunnet almengjøringsloven. Skal denne inkongruensen overvinnes, må det *impliseres* en forutsetning i kompetansenormene om at det ikke kan fastsettes andre regler for norske og ikke-utsendte arbeidstagere enn de som kan fastsettes innenfor EF/EØS-rettens rammer for utsendte arbeidstagere, selv om de EF/EØS-rettslige skrankene i seg selv bare gjelder for den siste kategorien. Men som nevnt er dette ikke noe som har vært viet oppmerksomhet eller er blitt vurdert i de ulike lovgivningsprosessene.

Denne rettslige og rettspolitiske anomalien kan være verdt å overveie. Den illustrerer dessuten at det er flere sider av almengjøringsordningen og gjennomføringsregelverket for utstasjonerte som er problematiske og har krav på oppmerksomhet. Lovendringene i 2009 har skrapet i overflaten, men ikke i dypet.