

ILOS KJERNEKONVENSJONER I MENNESKERETTSLOVEN

PROFESSOR DR. JURIS FINN ARNESEN OG FØRSTEAMANUENSIS PHD HILDE K. ELLINGSEN

SENTER FOR EUROPARETT, DET JURIDISKE FAKULTET, UNIVERSITETET I OSLO

INNHALDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING, MANDAT OG OPPLEGG.....	4
2. BAKGRUNNEN FOR MANDATET.....	5
3. ILOS KJERNEKONVENSJONER I NORSK RETT I DAG	6
3.1 Om ILO og kjernekonvensjonene	6
3.2 Gjennomføringen av kjernekonvensjonene i norsk rett i dag	7
3.3 Kontroll og håndheving	7
3.4 Tolkningen av kjernekonvensjonene som folkerettslige forpliktelser	9
3.5 Tolkningen av konvensjonene ved norske domstoler	10
4. TVANGSARBEID.....	14
4.1 Tvangsarbeid i norsk lov	14
4.2 Andre folkerettslige forpliktelser knyttet til tvangsarbeid	15
4.3 Tvangsarbeid i ILOs kjernekonvensjoner	16
4.4 Samlet vurdering	17
5. BARNEARBEID.....	19
5.1 Barnearbeid i norsk lov	19
5.2 Andre folkerettslige forpliktelser knyttet til barnearbeid.....	19
5.3 Barnearbeid i ILOs kjernekonvensjoner	20
5.4 Samlet vurdering	21
6. DISKRIMINERING.....	21
6.1 Diskriminering i norsk lov	21
6.2 Andre folkerettslige forpliktelser knyttet til diskriminering	22
6.3 Diskriminering i ILOs konvensjoner	25
6.4 Sammenfatning	25
7. ORGANISASJONS- OG FORHANDLINGSRETT	26
7.1 Organisasjons- og forhandlingsretten i norsk rett	26
7.2 Andre folkerettslige forpliktelser som berører organisasjons- og forhandlingsretten	29
7.2.1 Innledning	29
7.2.2 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)	30
7.2.3 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)	31
7.2.4 Den reviderte europeiske sosialpakten (RSP).....	32
7.2.5 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).....	33

7.2.6	EUs Charter om grunnleggende rettigheter	36
7.3	Organisasjons- og forhandlingsretten etter ILO-konvensjonene	37
7.4	Samlet vurdering	41
8.	ILO-KONVENSJONENE OG EØS-RETTE	42
8.1	Problemet	43
8.2	Situasjonene	44
8.2.1	Innledning	44
8.2.2	Etableringssituasjonen – C-438/05 Viking Line	45
8.2.3	Tjenestesituasjonen – C-341/05 Laval	47
8.2.4	Resonnementsmønsteret etter avgjørelsene i Viking og Laval	49
8.3	Utviklingen etter 2007	50
8.4	EU-domstolen og EMD: Ulike innfallsvinkler	53
8.4.1	Innledning	53
8.4.2	Den europeiske menneskerettsdomstolen	53
8.4.3	ILO	55
8.4.4	Høyesteretts tilnærming i Holship	57
8.5	Nærmere om EU-domstolens tilnærming i rettferdiggjøringsvurderingen	59
9.	RETTIGHETENE ETTER ILO-KONVENSJONENE I NORSK RETT I DAG	62
10.	ENDRINGER EN INNLEMMELSE GJENNOM MENNESKERETTSLOVEN VIL MEDFØRE	65
11.	ERSTATNINGSANSVAR	68
12.	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	71

1. Innledning, mandat og opplegg

LO har bedt oss utarbeide en juridisk utredning som vurderer forslaget om å innlemme ILOs kjernekonvensjoner i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Vi er bedt om å beskrive bakgrunnen for mandatet, omtale ILOs kjernekonvensjoner og hvordan disse per i dag er implementert i norsk rett. Videre er vi bedt om å gi en detaljert beskrivelse av den praksis som i dag foreligger fra ILOs tilsynsorganer som bidrar til å avklare innholdet i konvensjonsforpliktene og identifisere eventuelle konfliktområder mellom konvensjonsforpliktelsene og norsk intern rett/EØS-reglene på de ulike områder (typisk adgangen til streik, sympatiaksjoner, boikott, politiske demonstrasjoner mv). Skulle det konstateres at EU/EØS-reglene på noe punkt er i strid med ILOs kjernekonvensjoner, er vi bedt om å vurdere om det å følge sistnevnte vil utgjøre et tilstrekkelig kvalifisert brudd på EØS-retten til å utløse erstatningsansvar for staten i tråd med Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II). Avslutningsvis er vi bedt om å vurdere hvorvidt det finnes rettslige hindre for at ILOs kjernekonvensjoner tas inn i menneskerettsloven. Bakgrunnen for utredningen er et ønske om i størst mulig grad å kartlegge mulige virkninger av en ev. innlemmelse av ILOs kjernekonvensjoner i menneskerettsloven.

Utredningen er lagt opp slik at vi i neste avsnitt redegjør for mandatet og bakgrunnen for det. Ved vurderingen av om det er rettslige hindre for å innlemme kjernekonvensjonene i menneskerettsloven står forståelsen av disse konvensjonene sentralt. I avsnitt 3 redegjør vi derfor for prinsippene for tolkningen av konvensjonene. Disse prinsippene kan variere med hvilket organ som tar stilling til forståelsen av dem. Det er således ikke uten videre selvsagt at den forståelsen av en ILO-konvensjon som er lagt til grunn av ILOs egne organer uten videre vil bli lagt til grunn også av norske domstoler. En avgjørelse som kan illustrere dette er Rt. 1997 s. 580.

I avsnittene 4 til 6 behandler vi ILO-konvensjonenes forbud mot tvangsarbeid, barnarbeid og diskriminering. Fremstillingen her er lagt opp slik at vi først redegjør for hvordan tvangsarbeid, barnarbeid og diskriminering er regulert i norsk lov i dag, deretter for hvilke folkerettslige forpliktelser, bortsett fra ILO-konvensjonene, Norge har påtatt seg i forhold disse temaene. Deretter behandler vi de aktuelle forbudene slik de følger av ILO-konvensjonene. På denne måten søker vi å få frem hva en inkorporasjon av disse konvensjonene reelt sett vil bety for norsk rett.

De ILO-konvensjonene som reiser de vanskeligste spørsmålene, er ILO 87 og 98. Grunnen til dette er at EU-domstolen har lagt til grunn at bruk av kollektive kampskritt etter omstendighetene kan utgjøre begrensninger i etableringsretten og hindringer for fri

bevegelse for tjenesteytelser over landegrensene,¹ et standpunkt som er fulgt opp av EFTA-domstolen og akseptert av Høyesterett.² Dette innebærer en mulig spenning mellom den adgang til å benytte kollektive kampmidler som følger av ILO-konvensjonene 87 og den frihet fra begrensninger i etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester over landegrensene som følger av EØS-avtalen. Også ved behandlingen av organisasjons- og forhandlingsretten er fremstillingen lagt opp som ved behandlingen av de øvrige ILO-konvensjonene, men i tillegg har vi et eget avsnitt om forholdet mellom disse konvensjonene og EØS-retten som folkerettslig forpliktelse.

Dersom ILOs kjernekonvensjoner innlemmes i menneskerettsloven, vil det innebære at de ved motstrid skal gå foran annen lovgivning.³ Ved analysen av hvilken forskjell dette vil gjøre, er det nødvendig å sammenholde med ILO-konvensjonenes stilling i norsk rett i dag med hva en innlemmelse av dem i menneskerettsloven vil innebære, i tillegg til å drøfte de særlige spørsmål som oppstår i norsk rett dersom de rettigheter ILO-konvensjonene gir ikke lar seg forene med de friheter EØS-retten gir. Dette gjøres i avsnitt 10.

Dersom ILOs kjernekonvensjoner ikke lar seg forene med EØS-retten, vil situasjonen være at Norge ikke kan respektere sine folkerettslige forpliktelser etter ILO-konvensjonene uten å bryte med forpliktelsene etter EØS-retten, eller omvendt. Dette reiser spørsmålet om hvilke følger regelbrudd har, for Norge som folkerettssubjekt og for den som rammes av bruddet. Et stikkord i denne sammenheng er erstatningsansvar. Disse spørsmålene behandles i avsnitt 11.

I avsnitt 12 søker vi så å samle trådene.

2. Bakgrunnen for mandatet

EU-domstolens avgjørelser i sakene *Viking* og *Laval* er av mange forstått slik at EU- og EØS-rettens regler om fri bevegelse «trumfer» faglige rettigheter.⁴ EFTA-domstolens avgjørelse i *Holship* saken og Høyesteretts senere aksept av EFTA-domstolens tilnærming kunne også betraktes under en slik synsvinkel.⁵ Denne utredningen vil vise at det er

¹ De grunnleggende avgjørelsene her er EU-domstolens avgjørelser i henholdsvis sak C-438/05 *Viking Line* [2007] og sak C-341/05 *Laval* [2007], begge avsagt i desember 2007.

² Henholdsvis sak E-14/15 *Holship* [2016] og HR-2016-2554-P (*Holship*).

³ Jf. menneskerettsloven § 3.

⁴ Se Kurt Weltzien, *Boikott i arbeidskampsammenheng*, Bergen 2017, (Weltzien) avsnitt 14.2, med videre henvisninger.

⁵ Sak E-14/15 *Holship* [2016] og HR-2016-2554-P (*Holship*).

atskillige nyanser i dette bildet, men avgjørelsene er like fullt en del av bakgrunnen for at det i Arbeiderpartiets program for perioden 2017-2021 heter at partiet vil «[s]tarte et arbeid med sikte på at sentrale ILO-konvensjoner skal tas inn i menneskerettsloven», for på den måten styrke det organiserte arbeidslivet og derigjennom motvirke sosial dumping og arbeidslivskriminalitet.⁶ LO-kongressen 2017 sluttet seg langt på vei til vedtaket fra Arbeiderpartiets landsmøte, og i handlingsprogrammet for 2017-2021 heter det at LO vil: «Kreve at ILOs kjernekonvensjoner tas inn i Menneskerettsloven og ved konflikt går foran annen lovgivning, også lover med tilsvarende forrangsbestemmelser».⁷

3. ILOs kjernekonvensjoner i norsk rett i dag

3.1 Om ILO og kjernekonvensjonene

Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) ble etablert i 1919 gjennom Versailles-traktaten, og er i dag FNs særorganisasjon for arbeidslivet. Organisasjonen har som en del av sitt mandat å fremme sosial rettferdighet og rettigheter i arbeidslivet, og dette gjøres i form av konvensjoner og rekommandasjoner. ILO har en trepartstruktur, hvor arbeidsgivere og arbeidstakere deltar sammen med myndighetene i utformingen og håndhevelsen av konvensjoner og rekommandasjoner. Per i dag har ILO vedtatt 189 konvensjoner og seks protokoller, og Norge har ratifisert henholdsvis 110 og tre av disse.

ILOs mest sentrale konvensjoner kalles gjerne kjernekonvensjoner, og Norge har ratifisert disse. De åtte kjernekonvensjonene inneholder grunnleggende menneskerettigheter, og utgjør et minimum av rettigheter som skal respekteres i arbeidslivet. Konvensjonene deles gjerne inn i fire hovedkategorier: forbud mot barnearbeid; forbud mot tvangsarbeid, forbud mot diskriminering og rett til organisasjonsfrihet og kollektive forhandlinger. Disse ILO-konvensjonene er folkerettslig bindende avtaler. ILO har i tillegg utarbeidet tre viktige erklæringer som utgjør overordnede politiske styringsdokumenter: «Grunnleggende prinsipper og rettigheter i arbeidslivet (1998), «Rettferdig globalisering» (2008) og «Den globale jobb-pakten» (2009). Disse dokumentene er ikke rettslig bindende.

⁶ Jf. Arbeiderpartiets partiprogram for perioden 2017-2021, side 14.

⁷ Jf. LOs handlingsprogram 2017-2022 pkt. 3.5, på side 12.

3.2 Gjennomføringen av kjernekonvensjonene i norsk rett i dag

Norge er forpliktet til å oppfylle forpliktelsene i ILOs kjernekonvensjoner ved å tilpasse lovverk og praksis. Konvensjonene stiller imidlertid ikke krav om en spesiell gjennomføringsform, så dette er overlatt til hver enkelt stat. En skiller gjerne mellom tre hovedformer for gjennomføring av konvensjoner i norsk rett: passiv transformasjon (konstatering av rettsharmoni), aktiv transformasjon (gjengivelsesmetoden) og inkorporasjon (henvisningsmetoden).⁸ Ved passiv transformasjon gjøres ingen lovvedtak for å innarbeide konvensjonen i lovgivningen, ettersom norsk rett allerede anses å oppfylle konvensjonens krav. Ved aktiv transformasjon vedtas en lov eller enkeltstående lovbestemmelser som gjengir konvensjonens bestemmelser i mer eller mindre bearbeidet form. Inkorporasjon innebærer derimot at det vedtas en lov som gir konvensjonen direkte anvendelse i norsk rett.

Mange menneskerettighetskonvensjoner er inkorporert i norsk rett. Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs barnekonvensjon og FNs kvinnekonvensjon er inkorporert gjennom menneskerettsloven.⁹ Konvensjonen er gitt forrang for det tilfelle at det skulle oppstå konflikt mellom konvensjonsbestemmelsene og annen norsk lovgivning.¹⁰ FNs rasediskrimineringskonvensjon er inkorporert gjennom likestillings- og diskrimineringsloven.¹¹ Konvensjonen går ikke foran annen nasjonal lovgivning ved motstrid.

ILOs kjernekonvensjoner er i dag innarbeidet i norsk rett gjennom passiv og aktiv transformasjon (se nærmere punktene 4.4, 5.4 og 6.4, nedenfor).¹² LO har i sitt prinsippvedtak gått inn for at konvensjonene (i tillegg) skal inkorporeres i norsk rett gjennom menneskerettsloven.

3.3 Kontroll og håndheving

Ratifikeringen av ILOs kjernekonvensjoner innebærer at Norge har akseptert en internasjonal overvåking gjennom ILOs kontrollsystem. For å få en forståelse for

⁸ Om disse ulike gjennomføringsmetodene, se nærmere Ruud og Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2018, side 61-65.

⁹ Menneskerettsloven § 2.

¹⁰ Menneskerettsloven § 3.

¹¹ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering § 5.

¹² Hvilken status rettighetene etter ILO-konvensjonene har i norsk rett i dag er nærmere behandlet i kapittel 9.

rettskildebildet på dette området, vil vi i det følgende gi en kort skisse av dette kontrollsystemet.

ILO har ingen egen domstol som kan treffe bindende avgjørelser.¹³ Kontrollen med etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene skjer først og fremst ved at medlemsstatene inngir periodiske rapporter, som blir gransket av ILO Committee of Experts (Ekspertkomiteen).¹⁴ Ekspertkomiteen består av 20 uavhengige medlemmer. På grunnlag av rapportene og eventuell annen informasjon tar komiteen stilling til om konvensjonsforpliktelsene er oppfylt. Ekspertkomiteens syn kommer til uttrykk i rapporter som forelegges den årlige arbeidskonferansen. Her gjennomgås rapportene av Gjennomføringskomiteen, bestående av representanter fra regjeringene og arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene. Stater som ikke tilfredsstillende oppfyller sine forpliktelser, blir valgt ut til å forklare seg for komiteen.

I tillegg gir konstitusjonen anvisning på to ulike klageordninger. For det første kan en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon varsle om at en medlemsstat ikke etterlever sine forpliktelser etter ILO-konvensjonene.¹⁵ Styret i ILO kan forelegge en slik klage til den relevante myndighet for kommentar, og kan publisere klagen og tilsvaret.¹⁶ For det andre kan en medlemsstat inngi en klage hvis en annen medlemsstat ikke sikrer overholdelsen av ILO-konvensjonene.¹⁷ ILO kan i slike tilfeller nedsette en granskningskommisjon bestående av uavhengige eksperter, som rapporterer sine funn og anbefalinger.¹⁸ Rapporten kan bringes inn for den internasjonale domstolen i Haag (ICJ).¹⁹

En særskilt prosedyre finnes på organisasjonsfrihetens område. ILO-konvensjonene nr. 87 og 98 håndheves av Komiteen for organisasjonsfrihet, som ble opprettet av ILOs styre i 1950. Komiteen består av ni medlemmer, hvorav regjeringene, arbeidstakerne og arbeidsgiverne hver har tre representanter. Komiteen behandler klager fra arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjoner som mener at en bestemt medlemsstat har krenket organisasjonsfrihetens prinsipper eller sine forpliktelser knyttet til de to konvensjonene. Komiteen tar standpunkt til klagen og avgir en innstilling som behandles av styret i ILO.

¹³ Den internasjonale domstolen, ICJ, har likevel kompetanse til å avgjøre med (folkerettslig) bindende virkning hvordan konvensjonene er å forstå, se ILOs konstitusjon artikkel 37.

¹⁴ Artikkel 22 i ILOs konstitusjon

¹⁵ Artikkel 24 i ILOs konstitusjon.

¹⁶ Artikkel 25 i ILOs konstitusjon.

¹⁷ Artikkel 26 i ILOs konstitusjon.

¹⁸ Artikkel 26-28 i ILOs konstitusjon.

¹⁹ Artikkel 29 i ILOs konstitusjon.

3.4 Tolkningen av kjernekonvensjonene som folkerettslige forpliktelser

Hvis ILOs kjernekonvensjoner innlemmes i menneskerettsloven, vil det følge av menneskerettsloven § 2 at inkorporasjonen gjelder «i den utstrekning [konvensjonene] er bindende for Norge». Det er konvensjonenes autentiske versjon som er rettslig bindende som norsk rett, og konvensjonene skal tolkes etter folkerettslige tolkningsprinsipper. Inkorporasjonen gjelder med andre ord konvensjonens folkerettslige forpliktende innhold som sådan.²⁰ Spørsmålet i det følgende er hvordan bestemmelsene i ILO-konvensjonene skal forstås som folkerettslig forpliktelser.

Internasjonale konvensjoner skal tolkes i tråd med prinsippene nedfelt i Wien-konvensjonen om traktatretten art. 31–32, som anses å gi uttrykk for internasjonalt anerkjente tolkningsprinsipper. Utgangspunktet er at en traktat må fortolkes i god tro i tråd med den naturlige språklige forståelsen av begrepene i konvensjonen lest i sin kontekst, og i lys av konvensjonens gjenstand og formål, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1. Her kan man se hen til fortalen, appendix og tilhørende avtaler, jf. artikkel 31 nr. 2 og etterfølgende praksis og avtaler, jf. nr. 3. Konvensjonsteksten gir ikke alltid et klart svar på hvordan konvensjonen er å forstå, og i slike tilfeller kan man ty til forarbeidene og omstendighetene rundt avtaleinngåelsen, jf. artikkel 32.

Avgjørelser fra konvensjonsorganer nevnes ikke blant de faktorer som etter Wien-konvensjonen skal trekkes inn ved tolkningen av traktater. Konvensjonen gir imidlertid ikke et helt dekkende uttrykk for den betydning praksis fra internasjonale håndhevingsorganer gjerne har folkeretten.²¹ I juridisk litteratur har det vært omstridt hvilken status slike avgjørelser har.²² Det er klart at det vil være variasjoner mellom praksis fra ulike håndhevingsorganer. Når man anvender konvensjonspraksis som rettskildefaktor, må man anvende konvensjonsorganets egen «prejudikatslære».²³ ILOs håndhevingsorganer bygger i stor utstrekning på sin tidligere praksis. Videre har EMD har i flere dommer vist til, og bygget på praksis fra ILOs håndhevingsorganer ved fastleggelsen av konvensjonsforpliktelsene, og dermed indirekte ved tolking av bestemmelser i Den europeiske menneskerettskonvensjon.²⁴

²⁰ Arnfinn Bårdsen, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2017 side 160-187 på side 170-171.

²¹ Bårdsen side 164

²² For en redegjørelse for ulike synspunkter, se Geir Ulfstein, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», *Lov og Rett* 2012 side 552–570 (Ulfstein), på side 553–554.

²³ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utgave, Oslo 2015, (Arnesen og Stenvik), side 41.

²⁴ Se blant annet ECtHR, *Sigurjónsson v Iceland*, no. 16130/90 (1993) og ECtHR, *Demir and Baykara v Turkey*, no. 34503/97 (2008).

3.5 Tolkningen av konvensjonene ved norske domstoler

Konvensjonsstatene har ikke gitt ILOs håndhevingsorganer kompetanse til å avgi folkerettslig bindende uttalelser, og statene er derfor ikke rettslig forpliktet til å handle i tråd med organenes praksis. Dette innebærer ikke nødvendigvis at denne praksisen er uten betydning ved tolkningen av forpliktelsene etter ILOs kjernekonvensjoner. Høyesterett har ikke behandlet betydningen av praksis fra ILOs håndhevingsorganer uttrykkelig siden Rt. 1997 s. 580 (OFS). Her bemerket Høyesterett at ILOs organer, herunder Organisasjonsfrihetskomiteen, ikke har kompetanse til å avgjøre med bindende virkning for medlemsstatene hvordan ILOs konvensjonene skal forstås, og at organenes tolkninger på det aktuelle punkt heller ikke hadde «holdepunkter i konvensjonstekstene slik de ble forhandlet og vedtatt». Det er likevel grunn til å tro at Høyesterett ville uttalt seg noe mer fordelaktig om betydningen av ILO-praksis i dag. Høyesterett har anerkjent betydningen av praksis fra andre konvensjonsorganer i flere saker. Praksis fra EMD står i en særstilling, og Høyesterett har vært tydelig på at EMK skal tolkes etter den metoden som benyttes av EMD, likevel slik at det først og fremst er sistnevnte som skal utvikle traktaten. I Rt. 2005 s. 883 (Uskyldpresumsjon) visste Høyesterett til tolkningsprinsippene trukket opp i Høyesteretts praksis og uttalte følgende:

«[V]ed anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»²⁵

I Rt. 2008 s. 1764 uttalte Høyesterett at disse betraktningene også måtte ha gyldighet i forholdet mellom norsk lov og SP, men at det ikke uten videre kunne legges til grunn at avgjørelser fra FNs menneskerettskomité har samme gjennomslagskraft som avgjørelser fra EMD. På bakgrunn av en gjennomgang av forarbeidene til menneskerettsloven, fant Høyesterett at en konvensjonstolkning foretatt av Menneskerettskomitéen må ha «betydelig vekt som rettskilde».²⁶

Avgjørelsen referert i Rt. 2008 s. 1764 gjaldt avgjørelser fra FNs menneskerettskomité i individklagesaker, men det følger av høyesterettspraksis at også generelle rekommandasjoner/kommentarer har betydning for tolkningen av våre

²⁵ Avsnitt 45.

²⁶ Avsnitt 81.

konvensjonsforpliktelser. I Rt. 2015 s. 93 (Maria) fant Høyesterett at praksis fra FNs barnekomité var et «naturlig utgangspunkt» ved tolkningen av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, (og dermed også indirekte ved tolkningen av Grunnloven § 104, som var utformet etter mønster av denne bestemmelsen).²⁷

Hvilken vekt komiteuttalelser skal tillegges vil avhenge av hvor klart en slik uttalelse må anses å gi uttrykk for overvåkningsorganets forståelse av forpliktelsene etter konvensjonene, og man må særlig se hen til om det er snakk om en tolkningsuttalelse eller mer en tilråding om optimal praksis.²⁸ I HR-2016-2591-A uttalte Høyesterett følgende:

«Det er på det rene at komiteuttalelser generelt ikke er folkerettslig bindende, jf. Rt. 2009 side 1261 avsnitt 41 (Sri Lanka). Synspunktet er senest lagt til grunn i Rt. 2015 side 1388 avsnitt 151 (lengeværende barn II). Samtidig er det klart at slike uttalelser kan ha betydelig vekt som rettskilde, jf. Rt. 2008 side 1764 avsnitt 81 om konvensjonstolking foretatt av FNs menneskerettskomité, eventuelt vekt etter en mer sammensatt og konkret vurdering, jf. Rt. 2015 side 1388 avsnitt 151 flg. med ytterligere henvisninger.»²⁹

Som fremstillingen viser, har Høyesterett lagt til grunn at praksis fra internasjonale håndhevingsorganer tillegges vekt ved fortolkningen av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, men de nærmere detaljene varierer.

Det er på det rene at ILOs håndhevingsorganer ikke avgjør med folkerettslig bindende virkning hvordan konvensjonene er å forstå. Nasjonale domstoler må selv foreta en lojal tolkning av forpliktelsene, i tråd med det tolkningsprinsippene nedfelt i Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32.³⁰ En ubetinget plikt til å legge håndhevingsorganenes praksis til grunn ville også kunne by på utfordringer, skulle disse organene anlegge en praksis som griper direkte inn i forhold som er av avgjørende betydning for den norske modellen, slik som systemet for lønnsdannelse (frontfagsmodellen) og fredsplikten i tariffperioden. Det lar seg likevel vanskelig gjøre å innta en generell reservasjon i lovforarbeidene for slike tilfeller. Det skyldes at lovforarbeidene har begrenset vekt når den rettslige betydningen av konvensjonsorganenes avgjørelser skal bestemmes. For å sitere Ulfstein:

²⁷ Avsnitt 64. Dette ble fulgt opp i Rt. 2015 side 155.

²⁸ Rt. 2009 side 1261 avsnitt 44, Rt. 2012 side 1985 avsnitt 136 og Rt. 2015 side 193.

²⁹ Avsnitt 57. I den konkrete saken var det tale om uttalelsene fra konvensjonsorganet Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).

³⁰ Ulfstein, side 556.

«Stortingets uforbeholdne inkorporering av konvensjonene innebærer at norsk rett må bestemmes ut fra folkerettslige rettskilder. I en folkerettslig sammenheng har synspunkter fremmet i norske forarbeider ingen spesiell status som rettskildeargumenter. Norsk rett er blitt internasjonalisert i bokstavelig forstand.»³¹

Praksis fra ILOs håndhevingsorganer vil være rettskildefaktorer av sentral betydning ved fastleggelsen av forpliktelsene etter ILO-konvensjonene. Dette er især tilfellet for praksis fra Ekspertkomiteens, med sin særlige ekspertise. Komiteens forståelse av konvensjonene kommer til uttrykk både i rapportene og i deres detaljerte årlige «General Surveys».³² Praksis fra Organisasjonsfrihetskomiteen må også trekkes inn ved tolkningen av ILO-konvensjon nr. 87 og 98. Dette organet har en trepartstruktur, som gir det en særlig legitimitet, i tillegg har organet lang erfaring med å forvalte regelverket. Organisasjonskomiteens praksis er samlet i «Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO» (heretter Digest). Organisasjonsfrihetskomiteen siterer hyppig fra Digest i sine avgjørelser.

Det kan likevel være grunn til å understreke at ved inkorporering av folkerettsforpliktelser foreligger det prinsipielt sett to spørsmål. Det ene spørsmålet er hvilket innhold den folkerettslige forpliktelsen har, og svaret på dette fastlegges med grunnlag i folkerettslige rettskilder alene, slik Ulfstein påpeker. Et annet spørsmål er om folkerettsforpliktelsen *slik den er gjennomført i norsk rett* har samme innhold. Der det skjer en uforbeholden inkorporering overlapper disse to spørsmålene, men i andre tilfeller kan det tenkes at det ikke er samsvar mellom det innhold en bestemmelse har som folkerett og det innhold den samme bestemmelsen har som norsk rett, og spørsmålet da er hvilken tolkning norske domstoler vil legge til grunn.³³

I Innst.O. nr. 14 (1992-1993 s. 4, uttaler flertallet i Utenriks- og konstitusjonskomiteen at dersom

«Stortinget i et enkelttilfelle uttrykkelig gir til kjenne at en ny lov skal gjennomføres selv om den skulle være i motstrid til eksisterende lover eller forskrifter som gjennomfører EØS-forpliktelser, vil norske domstoler måtte respektere dette, selv om det medfører brudd på våre folkerettslige forpliktelser.»

³¹ Ulfstein, side 536. Ulfstein kritiserer derfor Høyesterett for likevel å holder seg til forarbeidene i enkelte avgjørelser.

³² Jf. artikkel 19 i ILOs konstitusjon.

³³ Se nærmere Arnesen og Stenvik, avsnitt 2.5

Vi forstår Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), slik at et samlet Høyesterett ikke hadde innvendinger mot dette synspunktet,³⁴ og vi legger til grunn at dette gjelder som generell regel. Prinsipielt sett er det bare grunnloven som begrenser Stortingets lovgivningsfrihet.

Endelig er det slik at selv ved en uforbeholden gjennomføring, er ikke dette til hinder for at lovgiver senere bestemmer at en avvikende regel likevel skal gjelde, selv om folkerettsforpliktelsen er gjennomført med «forrang» for annen lovgivning. Forrangsbestemmelsen er gitt ved lov, og kan fravikes ved lov.³⁵ Praksis i forbindelse med beslutning om tvungen lønnsnemnd er illustrativ. I slike beslutninger, hva enten de treffes i form av lovvedtak eller vedtak om provisorisk anordning, håndteres forholdet til forpliktelsene etter ILO-konvensjoner slik:

«Norge har ratifisert flere ILO-konvensjoner som verner organisasjonsfriheten og streikeretten (konvensjon nr. 87, 98 og 154). Slik konvensjonene har vært tolket av ILOs organer, stilles det strenge krav for inngrep i streikeretten, men det åpnes likevel for inngrep dersom streiken setter liv, helse eller personlig sikkerhet for hele eller store deler av befolkningen i fare. Sosialpakten under Europarådet har i artikkel 6 nr. 4 en tilsvarende bestemmelse som verner streikeretten. Artikkel 6 må imidlertid ses i sammenheng med artikkel G, som åpner for at det ved lov kan foretas begrensninger i streikeretten som er nødvendige i et demokratisk samfunn til vern av andre menneskers frihet og rettigheter, eller til vern av offentlige interesser, den nasjonale sikkerhet og moral i samfunnet.

Arbeids- og sosialdepartementet er av den oppfatning at tvungen lønnsnemnd i den omhandlede arbeidskonflikten er innenfor rammen av de konvensjonene Norge har ratifisert. Dersom det skulle påvises motstrid mellom internasjonale konvensjoner og Norges bruk av tvungen lønnsnemnd, mener Arbeids- og sosialdepartementet at det under enhver omstendighet er nødvendig å gripe inn i konflikten.»³⁶

Dette får alltid tilslutning ved stortingsbehandlingen, og Høyesteretts dom i OFS-saken, Rt. 1997 s. 580, gir grunn til å anta at norske domstoler vil respektere lovgivers vurdering i slike tilfelle.³⁷

³⁴ Jf. Rt. 2000 side 1811 (Finanger I), på side 1831 (flertallet), og på side 1838 (mindretallet).

³⁵ Se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utg., Bergen 2018 (Fredriksen og Mathisen), side 397.

³⁶ Prop. 10 L (2016-2017) side 3 til 4.

³⁷ Slik også Arnesen og Stenvik, side 143.

4. Tvangsarbeid

4.1 Tvangsarbeid i norsk lov

Grunnloven § 93 tredje ledd foreskriver at «[i]ngen skal holdes i slaveri eller tvangsarbeid» Bestemmelsen er utformet etter mønster av SP artikkel 8, EMK artikkel 4 og ILO-konvensjon nr. 29, jf. Dok nr. 16 (2011-2012) s. 110-111. Menneskerettsutvalget uttalte her:

«Forståelsen av «slaveri» og «tvangsarbeid» i Grunnloven bør ligge så tett som mulig opp mot den internasjonale forståelsen av disse forholdene. Dette har sammenheng med at moderne slaveri og tvangsarbeid i stor grad er grenseoverskridende, og det er lite Norge kan gjøre alene for å bekjempe for eksempel menneskehandel.»

SP artikkel 8 og EMK artikkel 4 er for øvrig inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven, og vi kommer nærmere tilbake til disse i neste avsnitt.

Tvangsarbeid kan falle inn under lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven) §§ 251 og 252 om hhv. tvang og grov tvang. Videre kan tvangsarbeid rammes av straffeloven §§ 257-258 som forbyr menneskehandel («trafficking»), dvs. handel med kvinner og barn for seksuell utnyttelse, tvangsarbeid eller lignende. Bestemmelsen er basert på Artikkel 5 i Protokoll for å forebygge, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn, som supplerer FN-konvensjonen mot grenseoverskridende organisert kriminalitet (Palermo-protokollen). Straffeloven § 259 forbyr videre slavehandel og det å bringe noen inn i slaveri. Forbudt om slaveri er forbudt etter § 260. Av relevans er også straffeloven § 315 som forbyr fremme av andres prostitusjon.

Høyesterett utla i HR-2017-1124-A begrepet «tvangsarbeid» (etter straffeloven 1902 § 224 annet ledd, som svarer til dagens § 257) slik:

«Ordet "tvang" gir assosiasjoner i retning av fysisk eller psykisk press. Det er språklig sett et ganske sterkt uttrykk. Ikke enhver form for negativ påvirkning vil være omfattet. Presset må være så kraftig at vedkommende som rammes settes ut av stand til å handle frivillig. Karakteristikken "tvangsarbeid" forutsetter at vedkommende ikke gis noe annet realistisk valg enn å arbeide. Dette dekker naturligvis situasjoner hvor det er umulig å bryte ut. Men det foreligger tvangsarbeid også dersom alternativene til dette arbeidet alt i alt vil være uforholdsmessig byrdefulle.»³⁸

³⁸ HR-20171124-A avsnitt 25.

Høyesterett viste deretter til definisjonen av tvangsarbeid inntatt i ILO-konvensjon nr. 29 artikkel 2 nr. 1, og pekte på at denne definisjonen også gir veiledning ved tolkningen av andre konvensjonsbestemmelser om tvangsarbeid, som EMK artikkel 4 og SP artikkel 8 nr. 3.³⁹ Høyesterett fremholdt at beskyttelsen mot "tvangsarbeid" i Grunnloven § 93 tredje ledd er utformet blant annet etter mønster fra ILO-konvensjon nr. 29 nr. 1, og fremholdt at straffebudet mot menneskehandel til tvangsarbeid ikke kan gå kortere enn Grunnloven § 93 tredje ledd.⁴⁰ Avgjørelsen viser tydelig hvordan Høyesterett trekker veksler på internasjonale menneskerettskonvensjoner ved fortolkningen av lovbestemmelser.

4.2 Andre folkerettslige forpliktelser knyttet til tvangsarbeid

Norge har ratifisert FNs konvensjon mot slaveri av 25. september 1926 (med endringsprotokoll av 7. desember 1953) og FNs supplerende konvensjon om avskaffelse av slaveriet, slavehandelen og slaverilignende institusjoner og praksis av 7. september 1956. Videre har Norge ratifisert FNs konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet av, med tilhørende protokoll for å forebygge, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn av 15. november 2000.

Tvangsarbeid er også regulert i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 8, som lyder slik (norsk oversettelse):

- «1. Ingen må holdes i slaveri; slaveri og slavehandel i enhver form skal være forbudt.
2. Ingen må holdes i trelldom.
3. a. Ingen må pålegges å utføre tvangsarbeid eller annet påtvunget arbeid.
- b. I land hvor frihetsberøvelse med straffarbeid kan idømmes som straff for en forbrytelse skal bestemmelsen i punkt a ikke være til hinder for å la noen utføre straffarbeid i samsvar med en dom på tvangsarbeid som er avsagt av en kompetent domstol.
- c. Uttrykket «tvangsarbeid eller annet påtvunget arbeid» i denne bestemmelse omfatter ikke:
 - i. Arbeid eller tjeneste, som ikke er nevnt under punkt b og som normalt kreves av den som er berøvet friheten i henhold til en lovlig beslutning truffet av en domstol, eller av den som er betinget løslatt fra slik frihetsberøvelse.
 - ii. Tjeneste av militær karakter og, i land som anerkjenner militærnekting av samvittighetsgrunner, annen samfunnstjeneste som i medhold av lov kreves av den som nekter militærtjeneste av samvittighetsgrunner.
 - iii. Tjeneste som kreves når nødstilstand eller ulykker truer samfunnets liv eller velferd.

³⁹ Avsnitt 30-32.

⁴⁰ Avsnitt 34.

iv. Arbeid eller tjeneste som inngår i vanlige borgerplikter.»

EMK artikkel 4 forbyr slaveri og tvangsarbeid. Bestemmelsen lyder slik (norsk oversettelse):

- «1. Ingen må bli holdt i slaveri eller trelldom.
2. Ingen må bli pålagt å utføre tvangsarbeid eller påtvunget arbeid.
3. I denne artikkel skal uttrykket «tvangsarbeid eller påtvunget arbeid» ikke omfatte:
 - a. arbeid som kreves utført under det vanlige forløp av frihetsberøvelse iverksatt i samsvar med bestemmelsene i artikkel 5 i denne konvensjon eller under betinget løslatelse fra slik frihetsberøvelse;
 - b. tjeneste av militær art eller, i land hvor nekting av samvittighetsgrunner er anerkjent, tjeneste som er pålagt istedenfor tvungen militærtjeneste;
 - c. tjeneste som blir pålagt i tilfelle av en nødstilstand eller ulykke som truer samfunnets liv eller velferd;
 - d. arbeid eller tjeneste som hører til vanlige borgerplikter».

Det kan også nevnes at EUs Charter om grunnleggende rettigheter oppstiller et forbud mot slaveri og tvangsarbeid. Bestemmelsen lyder slik (engelsk originalversjon):

- «1. No one shall be held in slavery or servitude.
2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour.
3. Trafficking in human beings is prohibited»

Charteret ble rettslig bindende ved Lisboa-traktaten i 2009, og har samme rettslige status som EU-traktaten, jf. TEU artikkel 6(1). Charteret er ikke tatt inn i EØS-avtalen.

4.3 Tvangsarbeid i ILOs kjernekonvensjoner

Tvangsarbeid er regulert i to av ILOs kjernekonvensjoner. Konvensjon nr. 29 om tvangsarbeid av 28. juni 1930 ble ratifisert av Norge 1. juli 1932. Konvensjonen pålegger medlemsstatene en grunnleggende forpliktelse til å avskaffe tvangs- eller pliktarbeid i alle former. Det følger videre av konvensjonen at ulovlig avkrevning av tvangs- eller pliktarbeid skal være straffbart nasjonalt (artikkel 25). Tvangsarbeid er definert i artikkel 2 første ledd som «alt arbeide eller enhver tjeneste som forlanges av noen under trusel om straff og til hvilket arbeide eller tjeneste vedkommende ikke frivillig har tilbudt sig». For at det skal være tale om tvangsarbeid etter konvensjonen må det altså være tale om arbeid eller tjeneste som er ytt under trussel om sanksjoner, og arbeidet må være foretatt mot vedkommendes vilje. Det nærmere innholdet i disse kriteriene er utpenslet i praksis fra ILOs overvåkningsorganer. Sanksjonene kan være av ulik art, slik som straff eller tap

av rettigheter eller privilegier.⁴¹ Truslene kan være grove, slik som trusler om vold, men kan også være snakk om ulike former for psykisk press.⁴² Når det gjelder manglende frivillighet, innebærer dette at vedkommende enten må ha blitt engasjert mot sin vilje eller etter fratatt muligheten til å forlate arbeidsplassen uten å miste retten til lønn eller andre goder.⁴³ Artikkel 2 annet ledd lister opp tilfeller som faller utenfor definisjonen av tvangsarbeid, herunder obligatorisk militærtjeneste og arbeid i forbindelse med krig og naturkatastrofer.

ILO-konvensjon nr. 105 om avskaffelse av tvangsarbeid 25. juni 1957, ratifisert av Norge 14. april 1958, inneholder bestemmelser som forbyr statene å holde noen i tvangsarbeid. Etter artikkel 1 er statene forpliktet til å avskaffe tvangsarbeid i særlig definerte tilfeller: som et middel til politisk tvang eller opplæring; som straff for å ha eller uttrykke politiske meninger eller meninger som strider mot det etablerte politiske, sosiale eller økonomiske systemet; som en metode for å mobilisere og gjøre bruk av arbeidskraft for økonomiske utbyggingsformål; som middel til arbeidsdisiplin; som straff for å ha deltatt i streik eller som et middel til rasemessig, sosial, nasjonal eller religiøs diskriminering. Statene er også pålagt å motarbeide slike former for tvangsarbeid.

Konvensjonen inneholder ingen definisjon av tvangsarbeid, og baserer seg dermed på definisjonen i ILO-konvensjon nr. 29, jf. ovenfor. Denne definisjonen er også videreført i Protokoll til ILO-konvensjon nr. 29 fra 2014, jf. protokollens fortale og artikkel 2 nr. 1. Protokollen gjentar forpliktelsene for å hindre tvangsarbeid, pålegger statene å beskytte ofre og gi dem tilgang til rettsmidler, og vektlegger sammenhengen mellom tvangsarbeid og menneskehandel. Protokollen ble ratifisert av Norge 9. november 2015.

4.4 Samlet vurdering

Norges forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 29 og 105 er langt på vei gjennomført i Grunnloven § 93 tredje ledd og straffeloven.⁴⁴ Presumsjonsprinsippet vil her komme inn med stor tyngde, og den norske rettsregelen vil yte liten motstand mot å bli tolket i tråd med forpliktelser etter de nevnte konvensjonene.

⁴¹ A Global Alliance Against Forced Labour: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work (2005) side. 5.

⁴² Forced Labour and Human Trafficking: Casebook of Court Decisions (ILO, 2009) pp. 12-13. A Global Alliance Against Forced Labour: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work (2005) side 5.

⁴³ ILO Global Estimate of Forced Labour: Results and Methodology (ILO, 2012) side 19.

⁴⁴ Konvensjonen ble nevnt særskilt i Dokument 16 (2011–2012). Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, se side 111.

Det er videre vårt syn at forpliktelsene etter ILO-konvensjon nr. 29 og 105 i det store og hele er innlemmet i menneskerettsloven gjennom SP artikkel 8 og EMK artikkel 4. Disse bestemmelsene har forrang ved motstrid med annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. FNs menneskerettskomité har fremholdt at definisjonen av tvangsarbeid i ILO-konvensjon nr. 29 artikkel 2 gir veiledning ved tolkningen og anvendelsen av SP artikkel 8 nr. 3.⁴⁵ På samme måte har Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) slått fast at definisjonen av tvangsarbeid i ILO-konvensjon nr. 29 artikkel 2 er et utgangspunkt for tolkningen av EMK artikkel 4, jf. *Van der Musselle v Belgium*.⁴⁶ Likevel ble det fremhevet at det må tas hensyn til EMKs særtrekk, og at konvensjonen er et «living instrument».⁴⁷ EMD har også uttalt at EMK artikkel 4 innebærer et krav om kriminalisering av tvangsarbeid, jf. *Siliadin v France*.⁴⁸ Samlet sett mener vi derfor at inkorporasjon av ILO-konvensjon nr. 29 og 105 i norsk rett vil ha begrenset selvstendig betydning.

Når det er sagt, vil en inkorporering av ILO-konvensjon nr. 29 og 105 i menneskerettsloven gi en signaleffekt, både internt i Norge og overfor andre stater og internasjonale organisasjoner. Når konvensjoner i sin originale utforming tas direkte inn i lovgivningen og gis en formell rettslig stilling, sendes det ut et sterkt signal om konvensjonens status.⁴⁹ Videre vil en innlemmelse av disse konvensjonene i menneskerettsloven kunne heve deres status som rettskilde. Slik situasjonen er i dag, vil disse konvensjonene være indirekte kilder, som kommer inn gjennom tolkningen av andre lovbestemmelser. Hvis konvensjonene gjøres til norsk lov, vil de utgjøre primære rettskilder, på lik linje med EMK og SP. Forpliktelsenes innhold vil derfor måtte klarlegges med utgangspunkt i konvensjonsorganenes praksis. ILOs håndhevingsorganer har en rikholdig praksis knyttet til hva som er å anse som tvangsarbeid etter konvensjonene, og det er grunn til å tro at rettens aktører i større grad vil oppsøke denne praksisen hvis konvensjonene tas inn i menneskerettsloven.

⁴⁵ Se uttalelse 31. oktober 2005 *Bernadette Faure mot Australia* (1036/2001) avsnitt 7.5

⁴⁶ ECtHR, *Van der Musselle v Belgium*, no. 8919/80 (1983) avsnitt 32.

⁴⁷ ECtHR, no. 8919/80 (1983) avsnitt 32. Dette ble gjentatt i ECtHR, *Stummer v Austria*, no 3745/02 (2011) avsnitt 117-118.

⁴⁸ ECtHR, *Siliadin v France*, no 73316/01 (2005).

⁴⁹ Jf. argumentasjonen i Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) punkt 8.4.2.

5. Barnearbeid

5.1 Barnearbeid i norsk lov

FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) av 11. november 1989 er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2, og har dermed forrang ved eventuell motstrid etter loven § 3.

Lovgiver har gjennomført forpliktelsen til å forby og regulere barnearbeid ved bestemmelser i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) kapittel 11. Foruten forpliktelsene etter barnekonvensjonen, gjennomfører kapitlet ILO-konvensjon nr. 138 og Rådsdirektiv 94/33/EF, jf. punkt 5.2. nedenfor. Paragraf 11-1 oppstiller et generelt forbud mot barnearbeid. Her heter det at barn under 15 år eller skolepliktig alder ikke skal utføre arbeid unntatt kulturelt arbeid, lett arbeid etter fylte 13 år og arbeid som ledd i barnets skolegang etter fylte 14 år etter godkjenning fra skolemyndighetene. Arbeidsmiljøloven kapittel 11 inneholder videre regler om arbeidstid, forbud mot nattarbeid, helsekontroll, pauser og fritid. Reglene er spesifisert i forskrift 12. juni 2011 nr. 1355 om organisering, ledelse og medvirkning kapittel 12. Overtredelse av bestemmelsene i lov og forskrift kan straffes etter arbeidsmiljøloven § 19-1.

De verste formene for barnearbeid rammes av bestemmelsene i straffeloven. Her kan det særlig vises til straffeloven §§ 251 og 252 om hhv. tvang og grov tvang og § 257-258 som forbyr menneskehandel («trafficking») dvs. handel med kvinner og barn for seksuell utnyttelse, tvangsarbeid eller lignende. Etter omstendighetene, kan forholdet også straffes som medvirkning til seksuallovbrudd, jf. straffeloven § 15 jf. kapittel 26 eller medvirkning til narkotikaovertrerdelse etter straffeloven § 15, jf. §§ 231-232.

5.2 Andre folkerettslige forpliktelser knyttet til barnearbeid

FNs barnekonvensjon artikkel 32 oppstiller et vern mot økonomisk utbytting av barn. Bestemmelsen lyder slik:

- «1. Partene anerkjenner barnets rett til beskyttelse mot økonomisk utbytting og mot å utføre ethvert arbeid som kan være farlig eller til hinder for barnets utdanning, eller skadelig for barnets helse eller fysiske, psykiske, åndelige, moralske eller sosiale utvikling.
2. Partene skal treffe lovgivningsmessige, administrative, sosiale og undervisningsmessige tiltak for å sikre gjennomføringen av denne artikkel. For dette formål og idet det tas hensyn til relevante bestemmelser i andre internasjonale instrumenter skal partene særlig:
 - a) fastsette minstealder eller -aldre for adgang til sysselsetting,
 - b) sørge for passende regulering av arbeidstid og arbeidsforhold, og

c) fastsette passende straffer eller andre sanksjoner for å sikre effektiv håndheving av denne artikkel.»

Ikke alle former for barnarbeid er i strid med bestemmelsen. Barnet skal for det første beskyttes mot økonomisk utbytting og for det andre arbeid som er farlig for barnets helse eller utvikling eller hindrer barnets utdanning.

Rådsdirektiv 94/33/EF pålegger statene å treffe nødvendige tiltak for å forby barnarbeid (jf. artikkel 1). Likevel kan statene ved lov eller forskrift fastsette at forbudet mot barnarbeid ikke får anvendelse på barn som utøver kulturell virksomhet, barn over 14 år som arbeider som ledd i en ordning med vekslende praktisk og teoretisk opplæring eller utplassering i foretak, og barn over 14 år som utfører annet lett arbeid (artikkel 4). Direktivet inneholder for øvrig detaljerte bestemmelser om arbeidsgiveres forpliktelser (artikkel 6), arbeidstid (artikkel 8) osv. Det heter i fortalen til direktivet at det «tas hensyn til Den internasjonale arbeidsorganisasjons prinsipper om vern av unge personer på arbeidsplassen, herunder prinsippene om minstealder for adgang til sysselsetting eller arbeid».

5.3 Barnarbeid i ILOs kjernekonvensjoner

Barnarbeid er regulert i to ulike konvensjoner. Konvensjon nr. 138 om minstealder for adgang til sysselsetting av 26. juni 1973 ble ratifisert av Norge 8. juli 1980.

Konvensjonen pålegger statene å føre en politikk som tar sikte på en effektiv avskaffelse av barnarbeid og en gradvis heving av minstealderen for adgang til sysselsetting eller arbeid til et nivå som gjør det mulig for unge personer å oppnå en mest mulig fullstendig fysisk og mental utvikling (artikkel 1). Minstealderen for adgang til sysselsetting skal ikke være lavere enn den alderen da skoleplikten opphører og ikke i noe tilfelle lavere enn 15 år (artikkel 2 nr. 3). Unntak gjelder likevel for enkelte former for lett arbeid; her er aldersgrensen 13 år (artikkel 7 nr. 1). Barn og unge kan også utføre arbeid som ledd i opplæring og deltakelse i kunstneriske forestillinger (artikkel 6 og 8). Når det gjelder arbeid som etter sin natur eller de forhold det utføres under vil kunne sette unge menneskers helse, sikkerhet eller moral i fare, skal minstealderen ikke være lavere enn 18 år (artikkel 3 nr. 1).

Konvensjon nr. 182 om forbud mot og umiddelbare tiltak for å avskaffe de verste former for barnarbeid av 17. juni 1999 ble ratifisert av Norge 21. desember 2000. Konvensjonen pålegger medlemsstatene å forby og avskaffe de verste formene for barnarbeid (artikkel 1). Med dette menes blant annet slavearbeid, salg av barn, gjeldsslaveri, bruk av barn til prostitusjon eller produksjon av pornografi, bruk av barn til narkotikaproduksjon og tvungen eller obligatorisk rekruttering av barnesoldater (artikkel 3). Som barn regnes alle under 18 år (artikkel 2).

5.4 Samlet vurdering

Arbeidsmiljøloven inneholder detaljerte regler om barnearbeid, og disse bestemmelsene er ment å gjennomføre forpliktelsene etter ILO-konvensjon nr. 138.

Konvensjonsforpliktelsene vil derfor, i tråd med presumsjonsprinsippet, virke inn på tolkningen av arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Norge er videre folkerettslig forpliktet til å forby barnearbeid gjennom direktiv 94/33/EF og FNs barnekonvensjon. Sistnevnte pålegger medlemsstatene å ta hensyn til «relevante bestemmelser i andre internasjonale instrumenter». FNs barnekomité har lagt til grunn at barnekonvensjonen artikkel 32 må leses i lys av ILOs konvensjoner nr. 138 og 182. Komiteen uttalte følgende i Generell Kommentar nr. 4 (2003) punkt 18:

«Komiteen ber innstendig partene om å treffe alle nødvendige tiltak for å avskaffe alle former for barnearbeid, og starte med de mest skadelige, gjennomgå med jevne mellomrom nasjonale bestemmelser om nedre aldersgrense for arbeidsforhold, for å bringe dem i samsvar med internasjonale standarder, og regulere arbeidsmiljø og arbeidsvilkår for ungdom som er i arbeid (i samsvar med artikkel 32 i konvensjonen, og i samsvar med ILOs konvensjoner nr. 138 og 182), for å sikre at de er forsvarlig beskyttet, og at de har tilgang til rettslige erstatningsordninger.»

Innholdsmessig er forpliktelsene etter ILO konvensjon nr. 138 og 182 langt på vei på linje med forpliktelser som allerede følger av FNs barnekonvensjon, som er gjort til norsk rett med forrang fremfor annen lov i tilfelle motstrid, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. FNs barnekonvensjon er likevel en generell konvensjon, som ikke bare knytter seg til barnearbeid. De nevnte ILO-konvensjonene har en langt mer detaljert regulering av barnearbeid enn barnekonvensjonens artikkel 32, og ILOs håndhevingsorganer har en omfattende praksis hvor forbudet utpensles i nærmere detalj. Hvis ILOs kjernekonvensjoner tas inn i menneskerettsloven, vil rettsanvendere i større grad måtte se hen til denne praksisen for å klarlegge konvensjonsforpliktelenes innhold. I praksis vil dermed en innlemmelse av konvensjonene i menneskerettighetsloven kunne styrke forbudet mot barnearbeid.

6. Diskriminering

6.1 Diskriminering i norsk lov

I 2014 fikk Grunnloven en egen bestemmelse om likhet og ikke-diskriminering. Det følger nå av Grunnloven § 98 at «[a]lle er like for loven. Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.»

Grunnloven § 98 binder offentlige myndigheter. Lovgiver har imidlertid vedtatt en rekke lovbestemmelser som forbyr også privat diskriminering. I 2017 fikk vi en ny felles likestillings- og diskrimineringslov, jf. lov 19. desember 2017 nr. 115 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven). Loven erstattet fire tidligere lover: lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering), lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven), lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) og lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Loven gjelder på alle samfunnsområder (med unntak av familieliv og rent personlige forhold) og gir likt vern uavhengig av diskrimineringsgrunnlag. Diskriminering, i betydningen direkte eller indirekte forskjellsbehandling, er som utgangspunkt forbudt, jf. § 6. Likevel åpner loven for forskjellsbehandling på strenge vilkår, jf. §§ 9 og 10. Lovens kapittel 5 inneholder særlige regler om diskriminering i arbeidsforhold. Her kan det særlig vises til § 34 som krever lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi, på tvers av fag.

Det finnes også enkelte spredte diskrimineringsbestemmelser i lovgivningen for øvrig. Straffeloven § 186 rammer den som i ervervsvirksomhet nekter en person varer eller tjenester, eller nekter en person adgang til en offentlig sammenkomst, på grunn av personens hudfarge, religion og livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne. Særlige regler om diskriminering i arbeidsforhold finnes også i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Forbudet mot diskriminering i § 13-1 gjelder diskrimineringsgrunnene politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder, jf. første ledd; for øvrige diskrimineringsgrunner er det vist til likestillings- og diskrimineringsloven, jf. fjerde ledd. For arbeidere på skip, gjelder diskrimineringsbestemmelsene i lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven) kapittel 10.

Ikke-diskrimineringslovverket gjennomfører i noen grad EØS-rettslige forpliktelser. Det innebærer at forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 etter omstendighetene kan komme til anvendelse, slik at reglene går foran annen norsk lovgivning i tilfelle konflikt.

6.2 Andre folkerettslige forpliktelser knyttet til diskriminering

Et diskrimineringsforbud følger av FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 26. Artikkel 26 lyder slik:

«Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling forøvrig.»

Listen over diskrimineringsgrunnlag er ikke uttømmende. Bestemmelsen forbyr forskjellsbehandling på generelt grunnlag, og er ikke knyttet til de enkelte rettighetene etter konvensjonen. Dette står i kontrast til diskrimineringsforbudet nedfelt i EMK artikkel 14. Denne bestemmelsen lyder slik:

«Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.»

Diskrimineringsvernet etter konvensjonens artikkel 14 er begrenset til de rettigheter konvensjonen beskytter, og kan derfor omtales som et «aksessorisk» diskrimineringsvern. Et «aksessorisk» diskrimineringsvern finnes også i FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 2 og i den Reviderte Europeiske Sosialpakt (RSP) del V artikkel E. Av disse er det bare RSP som ikke er omfattet av menneskerettsloven.

Et selvstendig diskrimineringsforbud finnes i tilleggsprotokoll 12 til EMK. Protokollen ble vedtatt for å sikre at diskrimineringsforbudet ble en egen rettighet i konvensjonen. Norge signerte tilleggsprotokollen 2003, men har foreløpig ikke ratifisert protokollen, og den er dermed ikke bindende for Norge.

FNs konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (Kvinnediskrimineringskonvensjonen) regulerer forskjellsbehandling basert på kjønn, og er omfattet av menneskerettsloven. Uttrykket «diskriminering av kvinner» er definert som enhver forskjellsbehandling, utestengning eller begrensning på grunnlag av kjønn som har som virkning eller formål å oppheve eller svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av kvinners menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile eller ethvert annet område, uavhengig av sivilstatus og med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt (artikkel 1). Konvensjonen forplikter statene til å føre en politikk som tar sikte på å avskaffe alle former for kvinnediskriminering (artikkel 2), og som ledd i dette å nedfelle prinsippet om likestilling i sin nasjonale lovgivning, forby diskriminering av kvinner og å innføre et likeverdig rettsvern for kvinners rettigheter. Statene er forpliktet til å avdekke og forhindre diskriminering, men også å forhindre diskriminering utøvet av private.

Konvensjonen inneholder også en rekke mer detaljerte forpliktelser. Diskriminering i arbeidslivet er regulert i artikkel 11, og statene pålegges her å treffe tiltak for å sikre blant annet retten til lik lønn (bokstav d).

FN-konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (rasediskrimineringskonvensjonen) regulerer forskjellsbehandling basert på rase. Konvensjonen tar sikte på å sikre menneskerettighetene for alle mennesker, uavhengig av rase. Konvensjonen forplikter statene til å føre en politikk rettet mot bekjempelse av rasediskriminering, jf. artikkel 2. Statene skal avstå fra handlinger og praksis som innebærer eller oppmuntrer til rasediskriminering, og sikre likebehandling innenfor egen forvaltning, jf. artikkel 2 bokstav a og b. Konvensjonen pålegger statene å beskytte den enkelte mot diskriminering fra private, organisasjoner eller grupper og fremme aktivitet knyttet til integrering, jf. artikkel 2 bokstav d og e. Konvensjonen er inkorporert gjennom likestillings- og diskrimineringsloven, jf. § 5.

EUs charter om grunnleggende rettigheter har en egen bestemmelse om ikke-diskriminering. Artikkel 21 lyder som følger:

- «1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.
2. Within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.»

Likebehandling mellom kvinner og menn er uttrykkelig regulert i Charteret artikkel 23:

«Equality between women and men must be ensured in all areas, including employment, work and pay. The principle of equality shall not prevent the maintenance or adoption of measures providing for specific advantages in favour of the under-represented sex.»

Som nevnt i punkt 4.2, er ikke Charteret innlemmet i EØS-avtalen. Det finnes likevel en rekke EØS-rettslige forpliktelser knyttet til likebehandling og ikke-diskriminering. Likelønns- og likebehandlingsprinsippet er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 69 og 70, som svarer til art. 157 TFEU. Norge følger EUs regelverk for likestilling mellom kjønnene, jf. Direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 (likestillingsdirektivet), direktiv 2004/113/EF (likebehandling i tilgangen til levering av varer og tjenester), som er tatt inn i EØS-avtalen.

6.3 Diskriminering i ILOs konvensjoner

ILO-konvensjon nr. 100 og 111 regulerer likebehandling i arbeidslivet. Konvensjon nr. 100 om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidere for arbeid av lik verdi av 29. juni 1951 ble ratifisert av Norge 24. september 1959. Konvensjonen forplikter statene til å fremme prinsippet om likelønn ved hjelp av lover, forskrifter og kollektive avtaler (artikkel 2). Uttrykket «lønn» er definert til å omfatte grunnlønn, minstelønn og tilleggsgodtgjørelse i form av kontanter eller naturalier (artikkel 1). ILO-konvensjonen definerer ikke arbeid av lik verdi, men ILOs ekspertkomité har uttalt at en må kunne sammenligne på tvers av sektorer for å kunne endre den lave verdsettelsen av kvinneyrker.⁵⁰

Konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke av 25. juni 1958 ble ratifisert av Norge 24. september 1959. Etter konvensjonen er statene forpliktet til å føre en politikk som tar sikte på å fremme like muligheter og likebehandling for å fjerne diskriminering i arbeidslivet (artikkel 2). Med diskriminering menes enhver forskjellsbehandling, utelukkelse eller særfordel som hindrer eller vanskeliggjør lik adgang til eller behandling i sysselsetting eller yrke (artikkel 1). Artikkel 1(1)(a) lister opp syv ulike diskrimineringsgrunnlag: rase, hudfarge, nasjonalitet, kjønn, religion, sosial opprinnelse og politisk oppfatning. Statene skal, ved metoder tilpasset nasjonale forhold, søke samarbeid med arbeidslivets organisasjoner, vedta lovgivning for å fremme likebehandling, avskaffe lover og praksis som strider mot en slik politikk mv. (art. 3).

6.4 Sammenfatning

ILO-konvensjon nr. 100 og 111 har betydning som rettskildedefaktorer ved tolkning og anvendelse av internrettslige regler som forbyr diskriminering. Bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven og øvrig diskrimineringslovgivning skal, i tråd med presumsjonsprinsippet, så vidt mulig tolkes slik at de samsvarer med forpliktelsene etter nevnte konvensjoner.

Forbudet mot diskriminering i arbeidslivet nedfeller seg også i de konvensjonene som allerede er inkorporert gjennom menneskerettsloven. Norge er forpliktet etter SP artikkel 26 til å forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling basert på rase, hudfarge, kjønn, religion osv. Bestemmelsen er generell, og omfatter derfor også diskriminering i arbeidslivet. I tillegg finnes det konvensjoner som forbyr forskjellsbehandling basert på særlige

⁵⁰ International Labour Office: Equal Remuneration. General Survey by the Committee of experts on the application of conventions and recommendations, International Labour Conference, 72 session, Genève 1986, pkt. 22.

diskrimineringsgrunnlag. Rasediskrimineringskonvensjonen regulerer diskriminering på grunnlag av rase, og kvinnekonvensjonen pålegger statene å sikre likebehandling basert på kjønn. Statene har etter sistnevnte konvensjon også en særlig forpliktelse til å sikre likelønn. Kvinnekonvensjonen er tatt inn i menneskerettsloven, mens rasediskrimineringsloven er tatt inn gjennom likestillings- og diskrimineringsloven.

Samlet sett er det vår vurdering at forpliktelsene etter disse konvensjonene går like langt som forpliktelsene etter ILO-konvensjon nr. 100 og 111. En innlemmelse av konvensjonene i menneskerettsloven vil derfor ha beskjedne konsekvenser for norsk rett. Likevel kan en innlemmelse av konvensjonene i menneskerettighetsloven innebære at konvensjonene synliggjøres, at deres status heves, og at praksis fra ILOs håndhevingsorganer vil innta en mer sentral rolle. Håndhevingsorganene har etter hvert fått en rikholdig praksis knyttet til diskriminering i arbeidslivet, og denne praksisen må antas å bli løftet frem hvis konvensjonene gjøres til norsk lov ved inkorporasjon.

7. Organisasjons- og forhandlingsrett

7.1 Organisasjons- og forhandlingsretten i norsk rett

Det følger av Grunnloven § 101 første ledd at «[e]nhver har rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger, herunder fagforeninger og politiske partier.» Høyesterett uttalte i HR-2016-2554-P (Holship) at ved fastleggelsen av retten til foreningsfrihet etter Grl. § 101 første ledd er det naturlig å ta utgangspunkt i retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11, ettersom grunnlovsbestemmelsen er utformet med denne som forbilde.⁵¹ Høyesterett uttalte derfor at retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven ikke er absolutt; det kan gjøres inngrep i denne retten dersom inngrepet er hjemlet i lov; er begrunnet i et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn.⁵²

Paragraf 101 kom inn ved grunnlovsrevisjonen i 2014, men bestemmelsen var ikke ment å endre rettstilstanden.⁵³ Organisasjonsfriheten var vernet i norsk lov også forut for det. Det vises til HR-2008-2036-A avsnitt 42-43:

⁵¹ HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 81. At Grunnlovens rettighetsbestemmelser skal tolkes i tråd med sine folkerettslige forbilder var slått fast allerede i Rt. 2013 side 93 (Maria), se avsnitt 57.

⁵² Holship avsnitt 82.

⁵³ Se Dokument nr. 16 (2011-2012) side 165.

«42. Det ulovfestede norske prinsipp om organisasjonsfrihet bygger først og fremst på alminnelige rettsoppfatninger, lovgivningsforutsetninger og praksis i arbeidslivet, og er autoritativt slått fast ved Høyesteretts dom i Rt-2001-1413 Norsk Folkehjelp.

43. Det følger av denne dommen at det ulovfestede norske organisasjonsfrihetsprinsipp ikke bare gir rett til å danne og slutte seg til foreninger, men også omfatter negativ organisasjonsfrihet.»

Vernet av organisasjonsfriheten fulgte også av menneskerettsloven, som inkorporerte SP artikkel 22, ØSK artikkel 8 og EMK artikkel 11 i norsk rett. Disse bestemmelsene kommer vi tilbake til straks nedenfor.

Det rettslige grunnlaget for den kollektive arbeidsrett er for øvrig trukket opp i lov 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister (arbeidstvistloven) og lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven) og lov 5. desember 1947 nr. 1 (boikottloven). Arbeidstvistloven har ingen bestemmelser om forhandlingsrett, og heller ingen bestemmelser om krav til eller anerkjennelse av organisasjoner. Loven bygger likevel på at partene har frihet til å forhandle. Hvorvidt partene vil inngå tariffavtale er imidlertid ikke et rettslig spørsmål. I staten er forhandlingsretten lovfestet i tjenestetvistloven. Partene har på visse betingelser en gjensidig rett og plikt til å inngå i forhandlinger med henblikk på å inngå tariffavtale om lønns- og arbeidsvilkår, jf. §§ 2-3.

Arbeidskamp er et godkjent virkemiddel både for arbeidsgiver og arbeidstakersiden i interessetvister når konflikten ikke kan løses gjennom forhandlinger eller på annen fredelig måte.⁵⁴ Retten til arbeidskamp er indirekte regulert i arbeidstvistloven § 8 og tjenestetvistloven § 20, som regulerer fredsplikten. Her heter det at rettsvister ikke må søkes løst ved arbeidskamp, og at interessetvister ikke kan søkes løst ved streik, lockout eller annen arbeidskamp uten at kravene til plassoppsigelse og megling er oppfylt. Gjelder interessetvisten revisjon av en tariffavtale, må gyldighetstiden for denne være utløpt.

Streik og lockout, som er hovedformene for arbeidskamptiltak, er uttrykkelig definert i arbeidstvistloven og tjenestetvistloven. Streik er i førstnevnte lov definert som «hel eller delvis arbeidsstans som arbeidstakere i fellesskap eller i forståelse med hverandre iverksetter for å tvinge frem en løsning av en tvist mellom en fagforening og en

⁵⁴ Arbeidskamp kan defineres som «en fellesbetegnelse på de kamptiltakene som en fagforening eller en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening kan iverksette overfor hverandre for å presse frem en løsning på en interessetvist eller en rettsvist», jf. Weltzien, side 31. Arbeidskamp er et «fellesuttrykk som omfatter både streik og lockout og andre kampmidler – «annen arbeidskamp», jf. Stokke, Evju og Frøland, *Det kollektive arbeidslivet* (2003), side 136.

arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening.», jf. arbeidstvistloven § 1 bokstav f. Tjenestetvistloven § 21 nr. 1 er i det vesentlige likelydende. Lockout er definert som «hel eller delvis arbeidsstans som en arbeidsgiver iverksetter for å tvinge frem en løsning av en tvist mellom en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening og en fagforening, uten hensyn til om andre arbeidstakere tas inn istedenfor de utestengte», jf. arbeidstvistloven § 1 bokstav g. Tjenestetvistloven § 21 nr. 2 lyder i det vesentlige likt. Begge lover regulerer også det som vanligvis kalles blokade iverksatt i forbindelse med streik eller lockout.⁵⁵ Blokade fra arbeidstakersiden innebærer at «vedkommende bedrift søkes sperret for arbeidskraft», mens blokade fra arbeidsgiversiden innebærer at «de utestengte arbeidstakerne søkes hindret i å få annet arbeid», jf. arbeidstvistloven § 1 f og g, og tilsvarende tjenestetvistloven § 21 annet og tredje ledd.

Arbeidstvistloven § 8 og tjenestetvistloven § 20 regulerer også «annen arbeidskamp», som utgjør en «restkategori av tiltak som kan benyttes i arbeidskampen».⁵⁶ Begrepet er ikke legaldefinert, men i teorien har «annen arbeidskamp» blitt definert som «enhver form for aksjon, handling eller unnlattelse som «avviker fra det 'normale' handlingsmønster ... og som har til formål å virke som pressmiddel i en tvist».⁵⁷ Stokke, Evju og Frøland beskriver «annen arbeidskamp» slik:

«Etter lov og rettspraksis omfatter dette *enhver* form for aksjon *hvis* den har som *formål* å være et pressmiddel for å fremtvinge en løsning av et retts- eller interessedrivings spørsmål. Dette vil omfatte blant annet nedsettelse av arbeidstempoet («gå sakte»-aksjoner), partiell arbeidsvegving (stans av visse, men ikke alle arbeidsoppgaver), overtidsnektelse, obstruksjon o.l.»⁵⁸

Hvis boikott foretas overfor en tariffbundet motpart, kan dette være å anse som «annen arbeidskamp», men hvis boikotten derimot foretas overfor en part som ikke er tariffbundet, vil forholdet reguleres av boikottloven.⁵⁹ Boikottloven § 1 definerer boikott som «en oppfordring, avtale eller liknende tiltak som for å tvinge, skade eller straffe noen tar sikte på å hindre eller vanskeliggjøre en persons eller virksomhets økonomiske samkvem med andre». Definisjonen er vid, og omfatter faktiske handlinger som flagging,

⁵⁵ For en nærmere behandling av grensdragningen mellom boikott og blokade, se Weltzien kapittel 9.

⁵⁶ Weltzien side 55.

⁵⁷ Weltzien side 143. Definisjonen er bygget på en sammenstilling av elementer fra hhv. Jakhelln, Gisle og Aune, red 2012, *arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidstvistloven*, og Thorkildsen, *Annen arbeidskamp enn streik og lockout*. Institutt for offentlig retts skriftserie (1990) side 55.

⁵⁸ Stokke, Evju og Frøland, side 137 (kursiv i original).

⁵⁹ Stokke, Evju og Frøland side 138.

rop, sperrelinjer m.m. Selv om boikott sjelden benyttes som arbeidskampmiddel, kan det være aktuelt i visse tilfeller, som for å hindre sosial dumping når en fagforening ikke har medlemmer i bedriften. Boikott utgjør et lovlig arbeidskampmiddel, men kampmiddelet er underlagt regulering i boikottloven § 2. Her heter det at en boikott er rettsstridig i følgende situasjoner:

- «a) når den har et rettsstridig formål eller ikke kan nå sitt mål uten å føre til et rettsbrudd;
- b) når den blir foretatt eller holdt vedlike ved rettsstridige midler eller på en unødig opphissende eller krenkende måte eller ved usanne eller misvisende opplysninger;
- c) når den vil skade vesentlige samfunnsinteresser eller virke utilbørlig, eller når det ikke er noe rimelig forhold mellom den interesse som skal fremmes ved boikotten og den skade som den vil føre med seg;
- d) når den blir foretatt uten at den som boikotten er rettet mot har fått rimelig varsel, eller uten at det på forhånd overfor ham og dem som en boikottoppfordring er rettet til, er gjort fyllestgjørende rede for grunnen til boikotten.»

Sympatiaksjoner er aksjoner der formålet med kampmidlene er å støtte en part i en annen interesstvist for å bidra til å fremtvinge en løsning av konflikten.⁶⁰ Fredsplikten som følger av tariffavtale omfatter ikke sympatiaksjoner, og slike aksjoner kan som hovedregel iverksettes dersom hovedkonflikten er lovlig.

Arbeidskampmidler må skilles fra rene såkalte politiske aksjoner, som ikke retter seg mot deltakernes eller tredjeparters tarifforhold. En form for politisk aksjoner kan være demonstrasjonsstreik, hvor fagforeninger legger ned arbeidet og gjennomfører en politisk markering. Fredsplikten omfatter ikke slike politiske aksjoner. Retten til politisk streik er ikke lovfestet, men følger av praksis fra Arbeidsretten.

7.2 Andre folkerettslige forpliktelser som berører organisasjons- og forhandlingsretten

7.2.1 Innledning

Gjennom tiltredelse av flere internasjonale konvensjoner har Norge påtatt seg rettslige forpliktelser knyttet til beskyttelse av organisasjonsfrihet, forhandlingsrett og streikerett. Disse konvensjonene skal underlegges en autonom fortolkning, og det er dermed ikke avgjørende hvordan tilsvarende begreper brukes i norsk rett. I omtalen av arbeidskampmidler, brukes for eksempel begrepet «streik» som en fellesbetegnelse på

⁶⁰ Stokke, Evju og Frøland side 138.

ulike former for kampmidler, som ikke er å anse som streik etter arbeidstvistloven og tjenestetvistloven.

Retten til å iverksette kollektive aksjoner er ikke ubegrenset. Adgangen til arbeidskamp kan i noen utstrekning reguleres gjennom lovgivning uten å komme på kant med konvensjonenes krav. Det kan være gode grunner til at statene ønsker å begrense retten til kampskritt. Begrensninger kan settes av hensyn til arbeidsgivere og andre arbeidstakere, av hensyn til brukere eller kunder eller av hensyn til samfunnet som sådan.⁶¹ Begrensningene kan være av prosessuell karakter, men det kan også være tale om materielle begrensninger. I hvilken utstrekning de folkerettslige instrumentene åpner for unntak fra retten til å iverksette kampskritt vil bli behandlet nedenfor.

7.2.2 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

I FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 22 er organisasjonsfriheten og fagforeningsfriheten regulert samlet. Bestemmelsen lyder som følger (norsk oversettelse):

- «1. Enhver skal ha rett til foreningsfrihet, heri innbefattet retten til å danne og slutte seg til fagforeninger til beskyttelse av egne interesser.
2. Utøvelsen av denne rettighet skal ikke være underkastet andre begrensninger enn slike som er foreskrevet i lov, og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale eller offentlige sikkerhet, den alminnelige samfunnsorden (ordre public), til beskyttelse av den offentlige helse eller moral eller beskyttelse av andres rettigheter og friheter. Denne artikkel skal ikke være til hinder for at det for medlemmer av de væpnete styrker og politiet gjøres lovlige begrensninger i utøvelsen av denne rettighet.»

SP artikkel 22 verner altså etter ordlyden bare organisasjonsfriheten, og bestemmelsen har ingen direkte henvisning til streikeretten. Praksis fra Menneskerettskomiteen er ikke helt entydig hva gjelder streikeretten. I avgjørelsen av en individklage i 1986, la komiteen til grunn at streikeretten ikke var omfattet av konvensjonen.⁶² I senere periodiske rapporter, synes likevel komiteen å ha innfortolket en rett til streik i SP artikkel 22.⁶³

⁶¹ For en oversikt over hvilke hensyn som kan tilsi begrensninger i retten til kampskritt, se Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike* (2003) side 75-86.

⁶² J.B v Canada, CCPR/C/28/D/1982, 18. Juli 1986.

⁶³ Se for eksempel tilbakemeldinger på statenes rapporter CCPR/C/EST/CO/3 (Estland) av 28. juli 2018 avsnitt. 15 og CCPR/C/79/Add63 (Guatemala) 3. april 1996 avsnitt 23. For et motsatt syn, se Weltzien side 178-179.

7.2.3 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)

Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 8 nr. 1 og 2 har følgende ordlyd:

«1. Konvensjonspartene forplikter seg til å sikre:

- a. Rett for enhver til, for å fremme og beskytte sine interesser på det økonomiske og sosiale område, å danne fagforeninger og slutte seg til en fagforening etter eget valg bare avhengig av vedkommende forenings vedtekter. Utøvelsen av denne rett må ikke underkastes andre innskrenkninger enn dem som følger av lov, og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller den alminnelige samfunnsorden eller for å verne andres rettigheter og friheter,
- b. Rett for fagforeninger til å danne nasjonale forbund eller gruppevise sammenslutninger og rett for disse til å danne eller slutte seg til internasjonale fagforeningsorganisasjoner,
- c. Rett for fagforeninger til fritt å utøve sin virksomhet uten andre begrensninger enn dem som følger av lov, og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller den alminnelige samfunnsorden eller for å verne andres rettigheter og friheter,
- d. Rett til å streike, forutsatt at streikeretten blir utøvet i samsvar med lovene i det enkelte land.

2. Denne artikkel skal ikke være til hinder for at det fastsettes lovlige innskrenkninger i utøvelsen av disse rettigheter for personer som tjenestegjør i de væpnede styrker, politiet eller statsforvaltningen.»

I ØSK er altså streikeretten nevnt særskilt i artikkel 8 nr. 1 bokstav d, men Norge signerte og ratifiserte ØSK med reservasjon mot bokstav d.⁶⁴

Både SP og ØSK overlater likevel i stor utstrekning reguleringen av FNs menneskerettighetsvern på den kollektive arbeidsrettens område til ILO. Det heter nemlig i SP artikkel 22 nr. 3 og ØSK artikkel 8 nr. 3 at disse bestemmelsene ikke gir stater som er parter i ILO-konvensjon 87 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten adgang til å treffe lovgivningstiltak eller anvende loven på en måte som griper inn i de garantier konvensjonen fastsetter.

⁶⁴ Reservasjonen lyder som følger: "Subject to reservations to article 8, paragraph 1 (d) "to the effect that the current Norwegian practice of referring labour conflicts to the State Wages Board (a permanent tripartite arbitral commission in matters of wages) by Act of Parliament for the particular conflict, shall not be considered incompatible with the right to strike, this right being fully recognised in Norway." Forbeholdet ble ansett påkrevd dels av hensyn til praksisen med bruk av tvungen lønnsnemnd og dels fordi det i fremtiden kunne komme på tale med forbud mot streik, jf. NOU 1994:1, Streikerett for politiet og lensmannsetaten, side 8.

7.2.4 Den reviderte europeiske sosialpakten (RSP)

Europarådets konvensjon om sosiale rettigheter («Sosialpakten») av 18. oktober 1961 ble ratifisert av Norge i 1962 og trådte i kraft i 1965. Konvensjonen ble revidert i 1996, og Norge ratifiserte den reviderte konvensjonen 7. mai 2001. Konvensjonen er ikke inkorporert i norsk rett. Den reviderte sosialpakten regulerer både organisasjonsfriheten og den kollektive forhandlingsretten i hhv. artikkel 5 («The right to organise») og 6 (The right to bargain collectively). Artikkel 6(4) har følgende ordlyd:

«With a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively, the Parties undertake [to recognize]:

4. the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into.»

Her ser vi at sosialpakten har en bestemmelse som uttrykkelig regulerer retten til kampskritt. Sosialpaktkomiteen, som overvåker og håndhever konvensjonen, har lagt til grunn at bestemmelsen verner ulike former for kampskritt.⁶⁵ Både kampskritt fra arbeidstaker- og arbeidsgiversiden er omfattet.⁶⁶ Det fremgår uttrykkelig at retten til streik kan begrenses ved kollektiv avtale. I tillegg må artikkel 6 ses i sammenheng med artikkel G, hvor det fremgår at rettighetene og forpliktelsene etter paktens del I ikke kan være underlagt noen restriksjoner eller begrensninger unntatt slike som er fastsatt ved lov, og som er nødvendig i et demokratisk samfunn til vern av andre menneskers frihet og rettigheter, eller til vern av offentlige interesser, den nasjonale sikkerhet og helse og moral i samfunnet. Det innebærer blant annet at retten til kampskritt kan begrenses for visse yrker (slik som politi og domstol) og for visse kategorier arbeid (som ‘essential services’).⁶⁷ Unntakshjemmelen har klare likhetstrekk med EMK artikkel 11(2), og det vises derfor til fremstillingen nedenfor.

⁶⁵ Se klagesak 85/2012 LO og TCO mot Sverige avsnitt 117, hvor sosialpaktkomiteen uttalte at «Further to the right to strike, Article 6 § 4 encompasses other types of action taken by employees or trade unions, including blockades or picketing.»

⁶⁶ Se nærmere Evju, “The Right to Collective Action under the European Social Charter”, *European Labour Law Journal* (2011), 196-224, side 201-209.

⁶⁷ For en nærmere oversikt, se Lenia Samuel, *Fundamental Social Rights: Case Law of the European Social Charter* (2002) side 155-159.

7.2.5 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Organisasjonsfriheten er også regulert i den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 11. Bestemmelsen har overskriften «Forsamlings- og foreningsfrihet» og er formulert som følger (norsk oversettelse):

- «1. Enhver har rett til fritt å delta i fredelige forsamlinger og til frihet til forening med andre, herunder rett til å danne og slutte seg til fagforeninger for å verne sine interesser.
2. Utøvelsen av disse rettigheter skal ikke bli undergitt andre innskrenkninger enn de som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter. Denne artikkel skal ikke hindre at lovlige innskrenkninger blir pålagt utøvelsen av disse rettigheter for medlemmene av de væpnede styrker, av politiet og av statsforvaltningen.»

Retten til å etablere og slutte seg til organisasjoner er en del av forsamlingsfriheten.⁶⁸ Bestemmelsen verner ikke bare den positive, men også den negative organisasjonsretten.⁶⁹ Den positive organisasjonsfriheten innebærer at arbeidstakere og andre skal stå fritt til å danne sammenslutninger, fagforeninger mv, mens den negative organisasjonsfriheten sikrer at de skal stå fritt til å være uorganiserte. EMD har likevel holdt det åpent om den positive og den negative organisasjonsfriheten nyter det samme beskyttelsesnivå etter artikkel 11 nr. 2.⁷⁰

EMD har behandlet en rekke saker om organisasjonsfrihet i henhold til artikkel 11. Opprinnelig tolket domstolen bestemmelsen forholdsvis snevert, og retten til kollektive forhandlinger ble ikke ansett vernet.⁷¹ Medlemmer av en fagforening hadde rett til å beskytte sine interesser, og fagforeninger skulle bli hørt, men hver stat sto fritt til å bestemme hvordan dette skulle gjøres; retten til å forhandle kollektivt og inngå kollektive avtaler var bare en av flere muligheter. Det skjedde imidlertid en vidtgående endring av praksis i 2008 ved domstolens storkammeravgjørelse i *Demir and Baykara*. Domstolen fant, under henvisning til den utvikling som hadde funnet sted nasjonalt og internasjonalt, at retten til kollektive forhandlinger var vernet av EMK artikkel 11. Domstolen viste til at retten til kollektive forhandlinger var beskyttet både av ILO-konvensjon nr. 98, ILO-

⁶⁸ EctHR, *Sigurjónsson v Iceland*, no. 16130/90 (1993) avsnitt 32.

⁶⁹ EctHR, *Sørensen and Rasmussen v Denmark*, nos. 52562/99 and 52620/99 (2006) avsnitt 54-56.

⁷⁰ *Sørensen and Rasmussen* avsnitt 56.

⁷¹ Se blant annet ECtHR, *National Union of Belgian Police v Belgium*, no. 4464/70 (1975) avsnitt 39, ECtHR, *Swedish Engine Drivers' Union v Sweden*, no. 5614/72 (1976) avsnitt 40, Schmidt and Dahlström, no. 5589/72 (1976) avsnitt 36.

konvensjon 151, Sosialpakten og EUs Charter om grunnleggende rettigheter. Videre viste domstolen til at flertallet av europeiske stater anerkjente retten til kollektive forhandlinger. På grunn av den utviklingen som hadde funnet sted, fant domstolen grunn til å revurdere sin praksis:

«[T]he Court considers that, having regard to the developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in such matters, the right to bargain collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the “right to form and to join trade unions for the protection of [one’s] interests” set forth in Article 11 of the Convention, it being understood that States remain free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions.»⁷²

Noen måneder etter EMDs storkammeravgjørelse i *Demir and Baykara*, anerkjente domstolen at også streikeretten var vernet av artikkel 11, jf. *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*.⁷³ Også i denne forbindelse viste domstolen til at ILOs håndhevingsorganer har ansett streikeretten som en naturlig følge av arbeidstakernes foreningsfrihet, vernet av ILO-konvensjon nr. 87:

«The strike, which allows unions to make their voice heard, constitutes an important aspect for the members of a union to protect their interests [and] the right to strike is recognized by the supervisory bodies of the International Labor Organization (ILO) as an inseparable corollary of the freedom to associate in trade unions.»⁷⁴

Enerji gjaldt politisk streik, og ikke streik iverksatt som ledd i en interesseløst. I *RMT*, som gjaldt et lovfestet forbud mot sympatistreik, la EMD likevel til grunn at EMK artikkel 11 verner streikeretten også i interesseløst.⁷⁵ Domstolen henviste til avgjørelsen i *Enerji*, uten at forskjellen ble problematisert.⁷⁶ Domstolen la også her vekt på vernet etter ILO-konvensjon nr. 87 og den Europeiske Sosialpakt for å fastlegge beskyttelsen etter konvensjonens artikkel 11. Domstolen viste til at konvensjonsteksten

⁷² Avsnitt 154.

⁷³ ECtHR, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, no. 68959/01 (2009).

⁷⁴ *Enerji* avsnitt 24. Dette er bekreftet også i senere saker, se blant annet ECtHR, *Tymoshenko and others v Ukraine*, no 48408/12 (2014), avsnitt 78 og ECtHR, *Hrvatski Liječnički Sindikat*, no. 36701/09 (2014) avsnitt 49.

⁷⁵ Se imidlertid ECtHR, *Association of Academics v Iceland*, no. 2451/16 (2018) avsnitt 24, hvor EMD uttalte at "[t]he right to collective bargaining has not been interpreted as including a “right” to a collective agreement. Nor does the right to strike imply a right to prevail."

⁷⁶ ECtHR, *RMT v UK*, no. 31045/10 (2014) avsnitt 84.

måtte tolkes i lys av øvrig internasjonal rett samt praksis fra andre konvensjonsorganer og europeiske stater, og fant at :

«[i]t would be inconsistent with this method for the Court to adopt in relation to Article 11 an interpretation of the scope of freedom of association of trade unions that is much narrower than that which prevails in international law.»⁷⁷

Likevel tok ikke domstolen stilling til spørsmålet om streikeretten var å anse som en essensiell del av organisasjonsfriheten, med den konsekvens at rettigheten nyter et særlig sterkt vern.⁷⁸

Verken retten til kollektive forhandlinger eller streikeretten er absolutte rettigheter; begrensninger vil være lovlige hvis vilkårene i artikkel 11 nr. 2 er oppfylt. Inngrepene i retten til organisasjonsfrihet må dermed være «foreskrevet ved lov» og være «nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter».⁷⁹ Domstolen benyttet andre konvensjoner, herunder ILO-konvensjonen nr. 98, som tolkningsfaktor ved fastleggelsen av innholdet av unntaksbestemmelsen.⁸⁰ I *Demir and Baykara v Turkey* slo EMD uttrykkelig fast at unntakshjemmelen skal underlegges en streng fortolkning, slik at bare tungtveiende hensyn kan begrunne restriksjoner på organisasjonsfriheten.⁸¹ Statenes skjønnsmargin – “margin of appreciation” – kan likevel avhenge av hva slags kampskritt det er snakk om. Som EMD uttalte i *RMT*:

«If a legislative restriction strikes at the core of trade-union activity, a lesser margin of appreciation is to be recognised to the national legislature and more is required to justify the proportionality of the resultant interference, in the general interest, with the exercise of trade-union freedom. Conversely, if it is not the core but a secondary or accessory aspect of trade-union activity that is affected, the margin is wider and the interference is, by its nature, more likely to be proportionate as far as its consequences for the exercise of trade-union freedom are concerned.»⁸²

⁷⁷ *RMT* avsnitt 76.

⁷⁸ *RMT* avsnitt 84.

⁷⁹ Se nærmere om denne vurderingen, ECtHR, *Association of Academics v Iceland*, no. 2451/16 (2018) avsnitt 25 flg.

⁸⁰ Sistnevnte ble omtalt som «the “principal instrument protecting, internationally, the right for workers to bargain collectively and enter into collective agreements.”, jf. *Demir and Baykara* avsnitt 166.

⁸¹ *Demir and Baykara* avsnitt 119.

⁸² Avsnitt 87.

EMD fant at retten til sympatistreik n t et aksessorisk vern etter konvensjonen, og statene ble derfor gitt en vid skjønnsmargin.⁸³

7.2.6 EUs Charter om grunnleggende rettigheter

EUs Charter om grunnleggende rettigheter reguleres organisasjonsfriheten og forhandlings- og streikerett i to forskjellige bestemmelser: Organisasjonsfriheten fremgår av artikkel 12(1), mens artikkel 28 sikrer retten både til å forhandle, slutte avtaler og iverksette streik. Artikkel 12(1) lyder som følger:

«Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association at all levels, in particular in political, trade union and civic matters, which implies the right of everyone to form and to join trade unions for the protection of his or her interests.»

Det fremgår av Explanations to the Charter at Artikkel 12(1) svarer til EMK artikkel 11:

«The meaning of the provisions of paragraph 1 of this Article 12 is the same as that of the ECHR, but their scope is wider since they apply at all levels including European level. In accordance with Article 52(3) of the Charter, limitations on that right may not exceed those considered legitimate by virtue of Article 11(2) of the ECHR. is right is also based on Article 11 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers.»⁸⁴

Charterets artikkel 28 lyder som følger:

«Workers and employers, or their respective organisations, have, in accordance with Union law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action.»

I Explanations til artikkel 28 står det følgende:

«This Article is based on Article 6 of the European Social Charter and on the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers (points 12 to 14). The right of collective action was recognised by the European Court of Human Rights as one of the elements of trade union rights laid down by Article 11 of the ECHR. As regards the appropriate levels at which

⁸³ Avsnitt 88.

⁸⁴ 2007/C 303/02 side 22.

collective negotiation might take place, see the explanation given for the above Article. The modalities and limits for the exercise of collective action, including strike action, come under national laws and practices, including the question of whether it may be carried out in parallel in several Member States.»⁸⁵

Charteret har således sin parallell i EMK artikkel 11. Forholdet mellom EMK og Charteret reguleres da i Charterets artikkel 52 nr. 3. Det fremgår av denne bestemmelsen at i den grad Charteret inneholder rettigheter som samsvarer med rettigheter garantert av EMK, skal betydningen og omfanget av disse rettighetene være det samme som i EMK. Det er likevel intet til hinder for at Charteret gir en mer vidtrekkende beskyttelse enn det som følger av EMK. Denne konvensjonen utgjør dermed en slags nedre grense for rettighetsbeskyttelsen etter Charteret.

I *Viking* og *Laval* tolket EU-domstolen artikkel 28 i Charteret til å omfatte retten til kampskritt. I *Viking* uttalte domstolen følgende:

«[T]he right to take collective action, including the right to strike, is recognised both by various international instruments which the Member States have signed or cooperated in ... [T]he right to take collective action, including the right to strike, must therefore be recognised as a fundamental right which forms an integral part of the general principles of Community law».⁸⁶

Selv om Charteret ikke er en del av EØS-avtalen, har EFTA-domstolen slått fast at retten til kollektive forhandlinger og til å treffe kollektive tiltak utgjør grunnleggende rettigheter, som utgjør en del av de uskrevne prinsipper i EØS-retten.⁸⁷ Tolkningen av Charteret artikkel 12(1) og 28 vil derfor kunne virke inn på tolkningen av disse prinsippene.

7.3 Organisasjons- og forhandlingsretten etter ILO-konvensjonene

Foreningsfriheten er en av ILOs kjerneverdier, og kommer til uttrykk i ILO-konstitusjonens fortale. ILO-konvensjonene gir et sterkt vern om organisasjons- og forhandlingsretten.

ILO-konvensjon nr. 87 om foreningsfrihet og beskyttelse av organisasjonsretten av 7. september 1948 ble ratifisert av Norge 4. juli 1949. Konvensjonen forplikter statene til å

⁸⁵ 2007/C 303/02 side 26.

⁸⁶ C-438/05 *Viking Line* avsnitt 43 og 44. Se også C-341/05 *Laval*, avsnitt 90-91. Charteret var på dette tidspunktet ikke et rettslig bindende instrument.

⁸⁷ E-14/15, *Holship* [2016] avsnitt 122-123.

sørge for at alle arbeidere og arbeidsgivere har rett til å danne eller slutte seg til de organisasjoner de selv måtte ønske (artikkel 2), for å fremme og forsvare sine egne interesser (artikkel 10). Arbeider- og arbeidsgiverorganisasjoner skal ha autonomi og frihet fra myndighetenes innblanding, ved blant annet å utforme egne vedtekter, velge egne representanter og organisere sin egen virksomhet (artikkel 3). Slike organisasjoner skal ikke være gjenstand for oppløsning eller suspensjon (artikkel 4), og de har rett til å opprette, danne og slutte seg til forbund og hovedorganisasjoner (artikkel 5 og 6). Arbeidstakere, arbeidsgivere og deres organisasjoner skal respektere landets lover (artikkel 8). Statene skal videre treffe alle nødvendige og passende tiltak for å sikre at arbeiderne og arbeidsgiverne fritt kan utøve organisasjonsretten (artikkel 11).

ILO-konvensjon nr. 98 om gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten og retten til å føre kollektive forhandlinger av 7. januar 1949 ble ratifisert av Norge 17. februar 1955. For å sikre organisasjonsretten og retten til å forhandle kollektivt, fastlegger konvensjonen en rekke forpliktelser. Når det gjelder sysselsetting, skal arbeidstakere nyte tilstrekkelig vern mot diskriminering som innebærer et angrep på foreningsfriheten (artikkel 1). Videre skal arbeidernes og arbeidsgivernes organisasjoner nyte tilstrekkelig vern mot enhver innblanding fra den annen part eller dens representanter eller medlemmer (artikkel 2). Om nødvendig skal det opprettes organer for å sikre respekten for organisasjonsretten og (artikkel 3) og iverksettes tiltak for å oppmuntre og fremme utbygging og bruk av et forhandlingsapparat med sikte på regulering av arbeidsvilkår ved hjelp av kollektive avtaler (artikkel 4).

Etter ILO-konvensjon nr. 87 skal organisasjonene være sikret uavhengighet fra myndighetene, mens de etter ILO-konvensjon nr. 98 også skal være sikret mot enhver innblanding fra hverandre, særlig skal arbeidstakerorganisasjoner være sikret mot påvirkning fra arbeidsgiversiden. ILO-konvensjon nr. 98 pålegger i tillegg staten å ta nødvendige skritt for å sikre respekten for organisasjonsretten.

Konvensjonene verner etter sin ordlyd bare retten til å være organisert (den positive organisasjonsfriheten) og ikke retten til å være uorganisert (den negative organisasjonsfriheten). Etter ILOs praksis er det overlatt til lovgivningen i det enkelte land om man tillater begrensninger i den negative organisasjonsfrihet.⁸⁸

⁸⁸ Det likevel bare slik at loven kan åpne for å avtale organisasjonsplikt (closed-shop agreements); en lovpålagt organisasjonstvang vil være i strid med prinsippene for organisasjonsfriheten. EMK artikkel 11 beskytter den negative organisasjonsfriheten i større utstrekning, se *Sørensen and Rasmussen v Denmark* avsnitt 75-77.

Adgangen til å forhandle og inngå tariffavtaler er sentrale deler av organisasjonsfriheten. Retten til kollektive forhandlinger fremgår uttrykkelig av ILO-konvensjon nr. 98 artikkel 4:

«Der det er nødvendig, skal tiltak som passer til forholdene i landet gjøres for å oppmuntre og fremme full utbygging og bruk av et frivillig forhandlingsapparat mellom arbeidsgivere eller arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidernes organisasjoner med sikte på regulering av arbeidsvilkår ved hjelp av kollektive avtaler.»

Gjennom sin praksis har ILOs håndhevingsorganer utviklet det nærmere innholdet i forhandlings- og avtalefriheten. Selv om verken konvensjon nr. 87 eller nr. 98 etter ordlyden verner retten til å gå til arbeidskamp, følger det av praksis fra ILOs håndhevingsorganer at retten til streik er omfattet.⁸⁹ Håndhevingsorganene anser streikeretten som en logisk konsekvens av organisasjonsfriheten og den kollektive forhandlingsretten.⁹⁰ Ekspertkomiteen uttalte i sin General Survey fra 1994 at «the right to strike is an intrinsic corollary of the right of association protected by Convention No. 87.»⁹¹ Retten til streik er primært innfortolket i artikkel 3 og 10 i konvensjon nr. 87.⁹²

Streik er ansett som et viktig virkemiddel for å forsvare faglige interesser og fremme lønnskrav.⁹³ Streikeretten er imidlertid ikke absolutt. Utøvelsen av streikeretten kan underlegges vilkår og restriksjoner, og i eksepsjonelle tilfeller kan det nedlegges et generelt forbud mot streik.⁹⁴ Gjennom praksis er det utviklet kriterier for når inngrep i streikeretten er i overensstemmelse med konvensjonene. Det vil ikke være i strid med ILO-konvensjonene å kreve varsling og forsøk på meglings før streik kan iverksettes.⁹⁵ Videre vil det være forenlig med konvensjonene å pålegge tvisteløsning hvis en streik vil ramme særlig viktige tjenester eller virksomheter i samfunnet («essential services»)⁹⁶

⁸⁹ Arbeidsgiversiden i ILO har siden 2012 har ment at ILO-konvensjonene ikke verner retten til kollektive kampskritt, se nærmere *It ain't over 'til it's over : the right to strike and the mandate of the ILO Committee of Experts revisited / Claudia Hofmann and Norbert Schuster ; International Labour Office ; Global Labour University (GLU) Geneva: ILO, 2016.*

⁹⁰ Se bla Digest 2006 avsnitt 523.

⁹¹ Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations: General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining (Geneva: ILO, 1994) avsnitt 179.

⁹² Om disse artiklene, se ovenfor.

⁹³ Se bla. Digest 2006 avsnitt 522.

⁹⁴ General Survey 1994 avsnitt 179. Et generelt forbud mot streik kan bare gjelde i nødstilfelle, og må være av begrenset varighet, jf. Digest 2006 avsnitt 570.

⁹⁵ Digest 2006 avsnitt 551-553.

⁹⁶ Digest 2006 avsnitt 564.

Dette omfatter tjeneste eller virksomhet hvis avbrudd setter liv, helse eller personlig sikkerhet i fare for hele eller deler av befolkningen. Fra praksis kan det trekkes frem vannforsyningstjenesten, politiet, fengselsvesenet, lufttrafikken og sykehussektoren.⁹⁷ Det kreves likevel at skadevirkningene er klare og nært forestående. For det andre kan streikeretten begrenses for offentlige tjenestemenn i statlig forvaltningsvirksomhet («public servants exercising authority in the name of the State»)⁹⁸.

Begrepet «streik» er tolket vidt, til å omfatte «wild-cat strikes, tools-down, go-slow, work to rule and sit-down strikes».⁹⁹ Også blokade er omfattet av vernet etter konvensjonene.¹⁰⁰ ILOs håndhevingsorganer har anerkjent at også andre aksjonsformer enn streik kan være omfattet av konvensjonene. Både Ekspertkomiteen og Organisasjonskomiteen har anerkjent sympatiaksjoner. Ekspertkomiteen har lagt til grunn at sympatistreik i prinsippet er vernet, dersom hovedkonflikten er lovlig:

«It would appear that more frequent recourse is being had to this form of action (i.e. sympathy strikes) because of the structure or the concentration of industries or the distribution of work centres in different regions of the world. The Committee considers that a general prohibition of sympathy strikes could lead to abuse and that workers should be able to take such action provided the initial strike they are supporting is itself lawful.»¹⁰¹

Ekspertkomiteen har ikke endelig tatt stilling til om boikott er vernet etter ILO-konvensjon nr. 87. Likevel har komiteen uttalt at

«it appears to the Committee that where a boycott relates directly to the social and economic interests of the workers involved in either or both of the original dispute and the secondary action, and where the original dispute and the secondary action are not unlawful in themselves, then that boycott should be regarded as a legitimate exercise of the right to strike. This is clearly consistent with the approach the Committee has adopted in relation to ‘sympathy strikes’.»¹⁰²

⁹⁷ Digest 2006 avsnitt 585.

⁹⁸ Digest 2006 avsnitt 573-574.

⁹⁹ Se Digest 2006 avsnitt 545, hvor det heter at slike kampstritt bare kan nektes når de opphører å være fredelige.

¹⁰⁰ Jf. Digest 2006 avsnitt 648 som omtaler «[t]he action of pickets»

¹⁰¹ Observation (CEACR) concerning the UK - adopted 1989, published 76th ILC session (1989). Det samme er lagt til grunn av Organisasjonsfriheitskomiteen, se Digest 2006 avsnitt 534 og 538.

¹⁰² Observation (CEACR) concerning the UK - adopted 1989, published 76th ILC session (1989)

Etter konvensjon nr. 87 er streik vernet som et virkemiddel for å fremme arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår eller spørsmål om fagforeningsrettigheter. Rent politiske streiker omfattes ikke av ILO-konvensjonene,¹⁰³ men vanskelige grenseoppganger kan oppstå der det politiske og yrkesmessige henger tett sammen.

7.4 Samlet vurdering

Selv om ILO-konvensjon nr. 87 og 98 ikke er direkte inkorporert i norsk rett, har disse konvensjonene sentral betydning som rettskildefaktorer ved tolkning og anvendelse av internrettslige regler. De krav konvensjonene stiller, er etter sitt innhold rettet mot den interne rett. Det påhviler staten å påse både at rettighetene respekteres og at de er effektivt sikret gjennom den nasjonale rettsorden. Som følge av presumsjonsprinsippet, vil norske domstoler så vidt mulig tolke norsk lov slik at bestemmelsene i konvensjonene får gjennomslag her.

ILO-konvensjonene får også betydning ved at de utgjør momenter ved tolkingen av de konvensjoner som er omfattet av menneskerettsloven. Eksempelvis anvender den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) ILO-konvensjonene så vel som praksis fra ILOs håndhevingsorganer som momenter ved tolking av EMK artikkel 11. Dette er særlig synlig etter avgjørelsen i *Demir & Baykara* og *Enerji*. EMDs tilnærming til spørsmålet om kollektive kampskritt nyter vern etter konvensjonen er likevel ikke helt sammenfallende med den tilnærming ILOs håndhevingsorganer benytter. EMD tar først stilling til om et kampskritt i det hele tatt nyter vern etter konvensjonen, jf. artikkel 11(1). Deretter vurderer domstolen om det kan gjøres inngrep i denne rettigheten, jf. artikkel 11(2), og det beror på om begrensningen har hjemmel i lov, forfølger et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn. EMDs tilnærming til vernet etter artikkel 11 er med andre ord forholdsvis skjematisk. De bredere vurderingene skjer innenfor rammene av kriteriet «nødvendig i et demokratisk samfunn», som gir anvisning på en bred vurdering av om inngrepet er forholdsmessig. ILOs konvensjonsorganer har en langt mer kasuistisk praksis knyttet til fortolkningen av ILO-konvensjon nr. 87 og 98. Vernet etter konvensjonene er ikke forankret i klare kriterier, slik tilfellet er for EMK artikkel 11. ILOs konvensjonsorganer foretar heller ikke en vurdering av om inngrep i konvensjonsrettighetene er "nødvendig i et demokratisk samfunn".

Til tross for ulikheter i tilnærming, er det stor grad av sammenfall hva gjelder konvensjonsorganenes oppfatning av beskyttelsens utstrekning. På enkelte punkter kan det imidlertid synes som om ILOs håndhevingsorganer har lagt til grunn en noe videre forståelse av hvilke kampskritt som nyter vern etter ILO-konvensjonene. Dette er særlig

¹⁰³ Se Digest 2006 avsnitt 528.

tydelig hva gjelder sympatistreik.¹⁰⁴ Hovedinntrykket er likevel at EMD bestreber seg på å innfortolke tilsvarende beskyttelse i EMK artikkel 11, og dermed trekke opp de samme rammer for retten til kampskritt som det som følger av ILO-konvensjonene.

Dette er særlig tydelig i EMDs nylig avsagte avgjørelse i *Ognevenko v Russia*.¹⁰⁵ En lokomotivfører hadde blitt sagt opp på grunn av sin deltakelse i en streik, og russiske domstoler fant oppsigelsen gyldig sett hen til en russisk lov som forbød streik i transportsektoren. Spørsmålet for EMD var om dette inngrepet i foreningsfriheten var forenlig med EMK artikkel 11(2), nærmere bestemt om inngrepet var «nødvendig i et demokratisk samfunn». Domstolen fant at lokomotivførere ikke var en yrkesgruppe som kunne frarøves streikeretten. Med henvisning til praksis fra ILOs håndhevingsorganer, fant EMD at transportsektoren ikke utgjorde en «essential service». Domstolen viste til at det under enhver omstendighet kreves tungtveiende grunner til for å begrunne et fullstendig streikeforbud, og at en henvisning til streikens økonomiske konsekvenser er ikke tilstrekkelig. Standpunktet ble underbygget med å vise til at heller ikke ILOs konvensjonsorganer anser de økonomiske konsekvensene ved en streik som tilstrekkelig tungtveiende til å nedlegge streikeforbud. Avgjørelsen illustrerer at vurderingstemaet «nødvendig i et demokratisk samfunn» kan ta opp i seg de vurderinger ILOs håndhevingsorganer foretar når de avgjør om inngrep i foreningsfriheten er forenlig med konvensjon nr. 87 og 98. Videre viser avgjørelsen at EMD går langt i å tolke Den europeiske rettighetskonvensjon i tråd med praksis fra ILOs håndhevingsorganer.

8. ILO-konvensjonene og EØS-retten

¹⁰⁴ I *RMT* aksepterte EMD et absolutt forbud mot sympatistreik, til tross for at slik streik i prinsippet ble ansett vernet av EMK artikkel 11. ILOs ekspertkomité har gjentatte ganger kritisert Storbritannias forbud mot sympatistreik, se for eksempel Observation (CEACR) - adopted 1995, published 82nd ILC session (1995). Her uttalte Ekspertkomiteen følgende: “The Committee draws the Government’s attention to paragraph 168 of its 1994 General Survey on Freedom of Association and Collective Bargaining where it indicates that a general prohibition on sympathy strikes could lead to abuse and that workers should be able to take such action, provided the initial strike they are supporting is itself lawful. The lifting of immunity opens such industrial action to be actionable in tort and therefore would constitute a serious impediment to the workers’ right to carry out sympathy strikes.”

¹⁰⁵ ECtHR, *Ognevenko v Russia*, no. 44873/09 (2018).

8.1 Problemet

Etter vårt syn reiser ikke en innlemmelse av ILO-konvensjonene om tvangsarbeid, barnearbeid og diskriminering i menneskerettsloven spesielle EØS-rettslige spørsmål. EØS-retten forbyr imidlertid, som EU-retten, restriksjoner på etableringsadgangen og på adgangen til å yte tjenester over landegrensene. Dette forbudet er ikke uten nyanser og unntak, men er forstått slik at det i utgangspunktet rammer alle tiltak som kan hindre, vanskeliggjøre eller gjøre det mindre attraktivt å etablere seg i et annet EØS-land enn det man er hjemmehørende i, eller å yte tjenester over landegrensene. Restriksjonsbegrepet er også forstått slik at det ikke bare omfatter hindringer som kan tilbakeføres til offentlige organer. Også hindringer som følger av avtaler mellom arbeidslivets parter og handlinger foretatt av dem kan utgjøre restriksjoner.

Et sentralt element i de rettigheter ILO konvensjonene 87 og 98 gir, er retten til å foreta kollektive kampskritt. Denne retten er også uttrykkelig anerkjent i EØS-retten,¹⁰⁶ men forholdet mellom denne og foretakenes rett til fravær av hindringer for etableringsadgang og adgang til å yte tjenester over landegrensene reiser vanskelige spørsmål. Den videre analysen er lagt opp slik at vi først, i avsnitt 8.2 presenterer situasjonene spørsmålene oppstår i, og domstolenes behandling av disse. De grunnleggende avgjørelsene i denne materien, henholdsvis C-438/05 *Viking Line* og C-341/05 *Laval* ble avsagt av EU-domstolen i desember 2007. Siden den gang har spørsmålet blitt viet atskillig oppmerksomhet av andre internasjonale tvisteløsningsorganer. Det er også skjedd endringer i EUs traktatgrunnlag og sekundærlovgivning, det har vært en omfattende akademisk debatt, i tillegg til at EU-domstolen selv har avsagt atskillige dommer der rettigheter som nyter EU-rettslig vern må avstemmes mot hverandre. Dette er dommer som kan gi veiledning om forholdet mellom retten til kollektive kampskritt på den ene siden og retten til fravær av hindringer for etableringsadgang og tjenesteflyt på den andre. En redegjørelse for denne utviklingen følger i avsnitt 8.3, før vi avsnitt 8.4 vender tilbake til en analyse av de situasjonene der retten til å gå til kollektive kampskritt, som akseptert i EØS-retten, står mot de rettigheter reglene om de fire friheter gir grunnlag for. I avsnitt 8.5 samler vi trådende og fremsetter noen prognoser om hvordan retten til å treffe kollektive kampskritt kan bli avstemt mot EØS-rettens prinsipper om fri bevegelse i dag.

¹⁰⁶ Jf. nå EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 28.

8.2 Situasjonene

8.2.1 Innledning

En forutsetning for EØS-reglene om tjenesteflyt og etableringsrett skal komme til anvendelse, og dermed også en forutsetning for en eventuell spenning i forhold til retten til å gå til kollektive kampskritt, er at den faktiske situasjonen det er på tale å gi reglene anvendelse på inneholder et grenseoverskridende element. Et slikt element vil foreligge der et foretak hjemmehørende i ett EØS-land ønsker å etablere seg i et annet, og der et foretak hjemmehørende i ett EØS-land utfører oppdrag i et annet. De grunnleggende avgjørelsene fra EU-domstolen gjaldt nettopp disse to situasjonene.

I C-438/05 *Viking* gikk medlemmer av det finske sjømannsforbundet ansatt i fergeselskapet Viking Line til streik for å hindre at fergeselskapet flyttet et skip fra det finske skipsregisteret til estiske. Det finske sjømannsforbundets kampskritt ble forsterket ved at det internasjonale transportarbeiderforbundet (ITF) oppfordret sine medlemmer til å boikotte Viking. Det er sikker EØS-rett at registrering i et lands skipsregister er å anse som en etablering. Når formålet med streiken var å hindre Viking Line i å flytte det aktuelle skipet til det estiske skipsregisteret, var således hensikten å hindre etablering i et annet EØS-land, Estland. Saken reiste dermed spørsmålet om forholdet mellom retten til å gå til kollektive kampskritt og retten til å etablere seg i det EØS-land man måtte ønske.

I C-341/05 *Laval*, gikk svenske fagforeninger til blokade av en byggeplass i Sverige der det latviske selskapet Laval utførte arbeid for det svenske selskapet Baltic med utstasjonerte arbeidstakere.¹⁰⁷ Formålet med blokaden var dels å tvinge Laval til å tiltre tariffavtale med svenske fagforeninger, og dels å tvinge Laval til å garantere sine ansatte en minstelønn beregnet på grunnlag av svenske statistikker. Laval var part i tariffavtaler med latviske fagforeninger innenfor det aktuelle aktivitetsområdet, og ingen av de ansatte var medlemmer i noen svensk fagforening. Laval var i Sverige i anledning oppdraget for Baltic, og reglene om fri bevegelighet for tjenesteytelse kom dermed til anvendelse.

En etter vårt syn viktig forskjell mellom de to sakene er, som vi også kommer nærmere tilbake til, at i *Viking Line* ble det gått til kollektive kampskritt for å ivareta interessene til egne medlemmer i det foretaket kampskrittet ble tatt overfor, mens dette ikke var tilfellet i *Laval*.¹⁰⁸ Ved analysen av dommene er det etter vårt syn viktig å ta i betraktning at de er avsagt av de samme dommerne, med en ukes mellomrom, at rettsmøtet i de to sakene ble holdt to påfølgende dager, og det tok tett på ett år fra de

¹⁰⁷ Weltzien peker på at blokaden det var snakk om etter norsk rett ville vært å anse som en boikotthandling omfattet av boikottloven, jf. Weltzien side 183.

¹⁰⁸ I dette henseende er det likhetspunkter mellom faktum i C-341/05 *Laval* og E-14/15 *Holship*, som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor.

muntlige forhandlingene ble avholdt til dom forelå. Sammenholder man premissene i de to avgjørelsene, ser man også at de på mange punkter er helt likelydende.

I begge sakene ble det gjort gjeldende at kollektive kampskritt falt utenfor anvendelsesområdet for reglene om etableringsrett og fri bevegelighet for tjenesteytelse, med andre ord at slike tiltak aldri kunne utgjøre slike hindringer etablerings- og tjenestereglerne forbyr. EU-domstolen delte ikke dette synet,¹⁰⁹ og det er i dag sikker rett at kollektive kampskritt etter omstendighetene kan være å anse som slike restriksjoner reglene om etableringsrett og tjenesteflyt i utgangspunktet forbyr.

8.2.2 Etableringssituasjonen – C-438/05 Viking Line

Dersom Viking Line flyttet det aktuelle skipet fra det finske til det estiske skipsregisteret, ville dette ha som konsekvens at Viking Line ikke lenger ville være forpliktet til å lønne besetningsmedlemmene i samsvar med finsk lønnsnivå, en plikt om fulgte av så vel finsk rett som tariffavtalen med det finske sjømannsforbundet. Det finske sjømannsforbundet stilte krav til Viking Line om at bemanningen på det aktuelle skipet skulle økes, og at utflaggingsplanen skulle skrinlegges. Viking Line gikk ikke med på å skrinlegge utflaggingsplanen, og sjømannsforbundet stilte da krav om at Viking Line etter en utflagging fremdeles skulle opptre i samsvar med finsk rett, den gjeldende tariffavtalen, bemanningsavtalen for det aktuelle fartøyet og at en eventuell utflagging ikke skulle medføre oppsigelser eller endringer i arbeidsvilkår på de av selskapets fartøy som seiler under finsk flagg.¹¹⁰ En innfrielse av disse kravene ville nøytralisere de økonomiske fordelene ved utflaggingen, og det finske sjømannsforbundet varslet at det ville ta kollektive kampskritt, streik, for å tvinge gjennom kravet.

Som nevnt fant EU-domstolen at adgangen til å gjøre bruk av kollektive kampskritt for å tvinge et foretak til å slutte seg til en tariffavtale som medfører at det blir mindre attraktivt å gjøre bruk av etableringsretten må vurderes mot forbudet mot hindringer i etableringsadgangen.¹¹¹ I denne sammenheng kan det være grunn til å merke seg at EU-domstolen bemerket særskilt at retten til å iverksette kollektive kampskritt ikke nødvendigvis innebærer inngrep i de fire friheter.¹¹² Dette får betydning når vi senere drøfter spørsmålet om når bruk av kollektive kampskritt utgjør en restriksjon.¹¹³

¹⁰⁹ C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 37 flg., C-341/05 *Laval*, avsnitt 86 flg.

¹¹⁰ C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 15.

¹¹¹ C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 33 flg.

¹¹² C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 52.

¹¹³ Etter vår oppfatning er det mye som kan tilsa at EFTA-domstolen tolket restriksjonsbegrepet vel vidt når den i E-14/15 *Holship*, fant at en boikott med det formål å tvinge et foretak til å tiltre en tariffavtale i

EU-domstolen fant også at retten til å iverksette kollektive kampskritt er en grunnleggende rettighet EU-domstolen skal sikre overholdelsen av. I argumentasjonen trekker EU-domstolen blant annet på ILO-konvensjon 87 om foreningsfrihet og EUs charter om grunnleggende rettigheter.¹¹⁴ I forlengelsen av dette påpeker domstolen at beskyttelsen av grunnleggende rettigheter er et hensyn som kan begrunne innskrenkninger i forpliktelsen etter fellesskapsretten til å sikre de fire friheter.¹¹⁵ Et kollektivt kampskritt som streik er derfor innenfor rammene av hva EU-retten tillater der det er nødvendig for å sikre at arbeidsplasser eller arbeidsvilkår ikke blir bragt i fare eller alvorlig truet.¹¹⁶

I den konkrete saken kan det synes som Viking Line hadde forpliktet både seg selv som morselskap og alle datterselskap til ikke å si opp ansatte som følge av utflaggingen, og at den lovgivningen og de overenskomster som gjaldt ansettelsesforholdet før utflaggingen også ville bli overholdt også etter utflaggingen. Hvorvidt det faktisk forelå en slik forpliktelse overlot EU-domstolen til den nasjonale domstolen å avgjøre, men domstolen påpekte at dersom det forelå en slik forpliktelse, ville ikke arbeidsplasser eller arbeidsvilkår være truet.¹¹⁷

EU-domstolen overlot også til den nasjonale domstolen å avgjøre om kampskrittet var nødvendig, men bemerket at domstolen i den forbindelse måtte vurdere om det fantes andre, mindre inngripende tiltak, og om disse hadde blitt uttømt før kampskrittet ble satt i verk.¹¹⁸

I C-438/05 *Viking Line*, var det også spørsmål om de tiltak det internasjonale transportarbeiderforbundet hadde truffet lot seg forene med reglene om etableringsrett. Formålet dette forbundets kampskritt forfulgte var dels å hindre at skip ble registrert i andre land enn det eier og kaptein har reell tilhørighet til, og dels å forbedre arbeidsforholdene til sjøfolk ansatt på skip som seiler under bekvemmelighetsflagg. For så vidt gjaldt det første formålet, bemerket EU-domstolen at der de tiltak ITF treffer hindrer redere i å registrere skip i andre EØS-stater enn dem de egentlige eierne av skipene er hjemmehørende i, tillater ikke EU-retten tiltakene.¹¹⁹

det landet foretaket er etablert som har som virkning at foretaket ikke kan benytte egne ansatte til visse gjøremål, var et tiltak som hadde til formål å etablere en pliktposisjon etableringsreglene ikke tillater påtvunget.

¹¹⁴ C-438/05 *Viking Line*, avsnittene 43 og 44.

¹¹⁵ C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 45.

¹¹⁶ C-438/05/ *Viking Line*, avsnitt 81.

¹¹⁷ C-438/05/ *Viking Line*, avsnitt 81-83.

¹¹⁸ C-438/05/ *Viking Line*, avsnitt 87.

¹¹⁹ C-438/05/ *Viking Line*, avsnitt 88.

EU-domstolens avgjørelse i C-438/05 *Viking Line*, er entydig med hensyn til at foreningsfriheten, herunder retten til å benytte kollektive kampskritt, er en grunnleggende EU-rettslig rettighet. Dommen er også entydig med hensyn til at det å benytte kollektive kampskritt ikke nødvendigvis vil være en restriksjon på etableringsadgangen. Det generelle utgangspunktet, først uttalt i C-55/94 *Gebhard* og siden gjentatt en rekke ganger om at et nasjonalt tiltak, eller tiltak truffet av arbeidslivets parter, som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende frihetene som sikres i EØS-retten eller gjøre utøvelsen av dem mindre interessant, er en krenkelse av disse frihetene,¹²⁰ er således ikke mer enn nettopp et utgangspunkt. Dommen viser videre at det å benytte kollektive kampskritt i det minste er forenlig med EØS-retten der dette er nødvendig for å sikre arbeidsplasser og arbeidsvilkår som er alvorlig truet.¹²¹ I nødvendighetskravet ligger det at det formålet bruken av kollektive kampskritt forfølger ikke kan nås med virkemidler som virker mindre forstyrrende på etableringsadgangen. Dommen gir imidlertid ikke svar på hva løsningen blir der de formål som forfølges ikke kan ivaretas med tiltak som virker mindre forstyrrende enn det aktuelle kollektive kampskrittet, men det uttales at de rettigheter som følger av bestemmelsene om de fire friheter «must be balanced» mot de hensynene som forfølges gjennom bruk av kollektive kampskritt.¹²² Hvordan denne avbalanseringen skal skje, sier likevel dommen ikke noe eksplisitt om.

8.2.3 Tjenestesituasjonen – C-341/05 *Laval*

Som nevnt var Laval et latvisk selskap som hadde utstasjonert arbeidstakere i Sverige for å utføre byggearbeid der. De aller fleste av Lavals ansatte var organisert i latvisk fagforening, og Laval var bundet av tariffavtale med denne. En svensk fagforening for bygningsarbeidere innledet forhandlinger med Laval med sikte på at selskapet skulle tiltre den svenske tariffavtalen for bygningsarbeidere. En slik tiltredelse ville innebære at Laval ikke bare ble bundet av avtalens bestemmelser om avlønning mv av ansatte, men også av bestemmelsene om tilskudd til svenske fagforeninger. Den svenske fagforeningen krevde videre at Laval skulle garantere at de ansatte som ble benyttet til bygningsoppdraget i Sverige ble tilbudt en minstelønn beregnet på grunnlag av lønnsstatistikken for skogs- og betongarbeidere i Stockholmsregionen. Fagforeningen varslet at det ville bli iverksatt kollektive kampskritt om det ikke ble oppnådd enighet. Det ble ikke oppnådd enighet, og

¹²⁰ C-55/94 *Gebhard*, avsnitt 37, og nylig EFTA-domstolen i E-14/15 *Holship*, avsnitt 115. Vi kommer nærmere tilbake til restriksjonsbegrepet nedenfor.

¹²¹ C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 81 flg.

¹²² C-438/05 *Viking Line*, avsnitt 79. Dette er senere fulgt opp, og utviklet, se sak C-201/15 *AGET Iraklis*, avsnitt 77.

det ble tatt kollektive kampskritt i form av blokade av byggeplassen og ulike former for solidaritetsaksjoner. Laval anla sak ved den svenske Arbetsdomstolen og krevde dom for blant annet at blokaden og solidaritetsaksjonene var ulovlige. Arbetsdomstolen benyttet adgangen til å innhente tolkningsuttalelse fra EU-domstolen, og spurte om det alminnelige forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, traktatens forbud mot restriksjoner på adgangen til å yte tjenester over landegrensene eller utstasjoneringdirektivet¹²³ er til hinder for at en fagforening benytter kollektive kampskritt for å tvinge et utenlandsk foretak som utstasjonerer arbeidstakere i Sverige å tiltre en svensk tariffavtale.

Som nevnt fant EU-domstolen i C-438/05 *Viking Line* at selv om retten til å iverksette kollektive kampskritt nyter vern som en grunnleggende rettighet etter fellesskapsretten, må utøvelsen av den underkastes begrensninger. Det er bare i den grad utøvelsen av denne rettigheten er nødvendig for å ivareta de hensyn den er utslag av, at slik bruk kan begrunne hindringer i tjenesteflyten.

Domstolen fant at aksjonene utgjorde en restriksjon på Laval's tjenestefrihet,¹²⁴ og foretok etter dette en nærmere vurdering av hvorvidt restriksjonen kunne rettferdiggjøres med grunnlag i tvingende allmenne hensyn. Selv om hensynet til å beskytte de utstasjonerte arbeidstakerne mot sosial dumping ble ansett å utgjøre et legitimt hensyn,¹²⁵ fant EU-domstolen at tiltaket ikke oppfylte kravet til proporsjonalitet. Kravene som ble forsøkt tvunget igjennom var for omfattende, ettersom de gikk utover det som fulgte av utstasjoneringdirektivet, og siden det heller ikke fremgikk klart av tariffavtalen hvilke forpliktelser arbeidsgiver påtok seg, medførte kravet en rettsusikkerhet som i selv ble ansett som en restriksjon.¹²⁶

Avgjørelsen i C-341/05 *Laval* tilfører noe til det inntrykket avgjørelsen i C-438/05 *Viking* etterlater. For det første bekrefter avgjørelsen at foreningsfriheten, og dermed retten til å gå til kollektive kampskritt nyter EU/EØS-rettslig vern, og i prinsippet kan legitimere begrensninger i de friheter som følger av traktatens bestemmelser om de fire friheter. For det annet viser avgjørelsen at kollektive kampskritt kan benyttes til å beskytte andre enn egne medlemmers interesser.¹²⁷ For det tredje viser avgjørelsen at harmoniseringstiltak, som utstasjoneringdirektivet, har betydning for hvilke krav som kan søkes tvunget gjennom ved kollektive kampskritt. Kollektive kampskritt kan ikke

¹²³ Direktiv 96/71/EF.

¹²⁴ C-341/05 *Laval*, avsnitt 99.

¹²⁵ C-341/05 *Laval* avsnitt 103-107.

¹²⁶ C-341/05 *Laval* avsnitt 108-111.

¹²⁷ C-341/05 *Laval*, avsnitt 103 og 107.

benyttes for å etablere et høyere beskyttelsesnivå enn harmoniseringstiltaket selv åpner for. For det fjerde viser avgjørelsen at det EU/EØS-rettslige forutberegnelighetsprinsippet – i EU-retten kjent som prinsippet om legal certainty – innebærer at de krav som søkes tvunget gjennom ved bruk av kollektive kampskritt, må være rimelig klare og entydige, slik at tjenesteyter har en mulighet til å sette seg inn i dem på forhånd. Dommen gir oss ikke veiledning med hensyn til hvordan den avveiningen C-438/05 *Viking Line* gir anvisning på skal gjennomføres.¹²⁸

8.2.4 Resonnementsmønsteret etter avgjørelsene i *Viking* og *Laval*

Avgjørelsene i *Viking* og *Laval* viser at bruk av kollektive kampskritt kan utgjøre en hindring for de fire friheter. Samtidig indikerer uttalelser i C-438/05 *Viking* at bruken av slike kampmidler ikke nødvendigvis kvalifiserer som restriksjon.¹²⁹ Dette passer ganske godt med tendenser i EU-domstolens praksis som har vært der siden avgjørelsen i C-55/94 *Gebhard*, nemlig at formuleringen om at «alle tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen eller gjøre utøvelsen av dem mindre interessant ... er en krenkelse av disse friheter»¹³⁰ er et utgangspunkt, men ikke mer. Dette innebærer at en vurdering av forholdet mellom ILO-konvensjonene 87 og 98 og EØS-rettens regler om fri bevegelse må vurderes konkret ut fra det som søkes oppnådd med bruken av kampskrittet. Etter vårt syn er derfor det sentrale at bruken av kollektive kampmidler er et virkemiddel for å oppnå noe, slik at vurderingen mot EØS-retten må relateres til det som søkes oppnådd.

Der bruken av kampskrittet er en hindring for en av de fire frihetene, må det først avgjøres om det målet som søkes oppnådd gjennom bruken av kampmiddelet er utslag av hensyn EØS-retten anerkjenner. Her viser både *Viking* og *Laval*, og også en rekke øvrige avgjørelser fra EU-domstolen, at sosiale og arbeidsmarkedsmessige hensyn er legitime.¹³¹

Når det er etablert at det målet som søkes oppnådd er utslag av hensyn EØS-retten anerkjenner, må det tas stilling til om bruken av det kollektive maktmiddelet er nødvendig for å oppnå målet. Vurderingstemaet her er om målet kan realiseres med tiltak som virker mindre forstyrende for de fire friheter. Der svaret på dette spørsmålet er benektende, blir spørsmålet om de hensynene som bærer det målet som søkes realisert er

¹²⁸ For en sammenligning av Schmidberger og *Viking/Laval*, se Weatherill, Steve, “*Viking and Laval: The Internal Market Perspective*” In *Viking, Laval and Beyond*, Mark Freedland and Jeremias Prassl (eds), Bloomsbury Publishing, 2015, side 32-39.

¹²⁹ C-438/05 avsnitt 52.

¹³⁰ E-14/15 *Holship*, avsnitt 115.

¹³¹ Se C-438/05 *Viking Line* avsnitt 78 og 79.

så tungtveiende at de «trumfer» fri bevegelighet. Dette er den såkalte avveiningstesten det gis anvisning på i C-438/05 *Viking Line*, men som ikke ble foretatt. EU-domstolen har imidlertid foretatt slike avveininger i andre saker der rettigheter som begge nyter EU-rettslig vern står mot hverandre, både før og etter 2007.

8.3 Utviklingen etter 2007

Viking og *Laval* ble avsagt i 2007, og det kan ikke uten videre legges til grunn at EU-domstolen vil innta samme tilnærming skulle tilsvarende spørsmål komme opp på ny. Domstolen vil under enhver omstendighet måtte se hen til den rettsutvikling som har funnet sted siden 2007. Menneskeretts charteret ble bindende for medlemsstatene og EUs institusjoner ved Lisboa-traktaten i 2009, og har nå samme rettslige status som traktatene, jf. TEU artikkel 6.¹³² EU-domstolens avgjørelser i *Viking* og *Laval* falt også før EMDs avgjørelser i *Demir & Baykara* og *Enerji*, hvor EMD uttrykkelig anerkjente at retten til kollektive forhandlinger og streik var omfattet av EMK artikkel 11.¹³³ Videre har også praksisen fra øvrige håndhevelsesorganer utviklet seg atskillig etter at disse avgjørelsene falt. Her kan vi særlig vise til praksis fra ILOs ekspertkomite og Sosialpaktkomiteen.

ILOs ekspertkomité adresserte EU-domstolens avgjørelser i *Viking* og *Laval* i kjølvannet av den såkalte BALPA-saken. Saken hadde sitt utspring i British Airways' planer om å lansere et datterselskap i Frankrike, som skulle fly mellom ulike europeiske flyplasser og USA. Den britiske pilotforeningen BALPA fryktet for betingelsene til britiske piloter, og da forhandlinger ikke førte frem, vedtok foreningen å gå til streik. Under henvisning til EU-domstolens avgjørelser i *Viking* og *Laval*, truet British Airways med erstatningssøksmål hvis streiken ble gjennomført som planlagt. Frykten for erstatningsansvar gjorde at BALPA avblåste streikeplanene. BALPA klaget til ILOs ekspertkomite, som kommenterte EU-domstolens tilnærming i *Viking* og *Laval* på følgende måte:

«[The Committee observes] with serious concern the practical limitations on the effective exercise of the right to strike of the BALPA workers in this case. The Committee takes the

¹³² Om betydningen av dette, se Weatherill (2015) side 37-39.

¹³³ Se blant annet Federico Fabbrini, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press 2014, side 180: “[P]recisely the transformations that occurred in the case law of the ECtHR [in *Demir & Baykara* and *Enerji*] may lead the ECJ to review its *Viking* and *Laval* jurisprudence on the right to strike”. Se også Keith Ewing and John Hendy, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara* (201) 39 *Industrial Law Journal* 2, side 48, som har hevdet at *Demir & Baykara* og *Enerji* “provide the best opportunity to clean up the mess left by the ECJ in the *Viking* and *Laval* cases”.

view that the omnipresent threat of an action for damages that could bankrupt the union, possibly now in the light of the Viking and Laval judgments, creates a situation where the rights under the Convention cannot be exercised. ... The Committee thus considers that the doctrine that is being articulated in these ECJ judgments is likely to have a significant restrictive effect on the exercise of the right to strike in practice in a manner contrary to the Convention.»¹³⁴

Avgjørelsen viser tydelig hvordan frykten for erstatningsansvar kan få fagforeninger til å avstå fra å iverksette kampmidler. EU-domstolens avgjørelser i *Viking* og *Laval* har derfor hatt en betydelig «chilling effect» på fagforeningene der aksjonene ville ha grenseoverskridende virkning.¹³⁵

Sosialpaktkomiteen behandlet EU-domstolens *Laval*-avgjørelse i en avgjørelse i 2013, etter at Sverige hadde vedtatt en lov som begrenset adgangen til å anvende arbeidskamp overfor virksomheter i grensekryssende aktivitet. Formålet var å leve opp til forpliktelsene etter EU-retten («Lex Laval»). Loven la blant annet opp til at arbeidskamp med formål om å inngå tariffavtale med en tjenesteyter fra et annet EU-land bare kunne benyttes for å oppnå lønns- og arbeidsvilkår omfattet av opplistingen i utstasjoneringdirektivet, og bare dersom vilkårene falt sammen med vilkårene i en tariffavtale som var gjort allment gjeldende for bransjen. Komiteen fant at loven ikke i tilstrekkelig grad anerkjente den grunnleggende rettigheten til kollektive forhandlinger nedfelt i Den Reviderte Sosialpakten artikkel 6 nr. 4.¹³⁶ Sveriges forsøk på å etterleve sine forpliktelser etter EU-retten medførte dermed brudd på retten til kollektive kampskritt etter RSP. Saken er godt egnet til å illustrere at medlemsstatene kan bli stilt overfor innbyrdes motstridende forpliktelser, hvilket bringer dem i en vanskelig spagat mellom EU-retten på den ene siden og internasjonale rettigheter om organisasjonsfrihet og kollektive aksjoner på den annen.

Hvis EU-domstolen skulle ønske å justere kurs, finnes det to ulike innfallsvinkler. Et *første alternativ* kan være å anvende det såkalte «Albany-unntaket» som gjelder på konkurranserettens område. I *Albany*, la EU-domstolen til grunn at tariffavtaler nyter immunitet mot forbudet mot konkurransebegrensende avtaler etter artikkel 101 TFEU.¹³⁷

¹³⁴ Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part A) to the ILO 99th Session, 2010 p. 209.

¹³⁵ Tonia Novitz and Phil Sypris, The United Kingdom, In *Viking, Laval and Beyond*, p. 262.

¹³⁶ Se Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden, Klage nr. 85/2012

¹³⁷ Sak C-67/96 *Albany* [1999]. Forutsetningen er avtalen har til formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår, jf. *Albany* avsnitt 60 og sak C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media* [2014] avsnitt 23.

I *Viking* avviste EU-domstolen uttrykkelig at unntaket kunne overføres til området for de økonomiske friheter, så dette er neppe et realistisk alternativ.¹³⁸

En annen innfallsvinkel vil være å foreta en mer åpen balansering av organisasjonsfriheten mot retten til fri bevegelse. EU-domstolen tyr til en slik balansering av rettigheter («fair balancing») i tilfeller der to Charter-rettigheter står mot hverandre. Når medlemsstatene skal sikre beskyttelsen av ulike grunnleggende rettigheter som potensielt kan komme i konflikt, har EU-domstolen ved flere anledninger pålagt medlemsstatene å sikre «a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the EU legal order».¹³⁹ En slik åpen balansering av rettighetene, sikrer at avveiningen ikke får en slagside mot en av dem.

Denne fremgangsmåten avviker fra hvordan domstolen går frem når den undersøker om en restriksjon på den frie bevegelse likevel kan aksepteres. I slike tilfeller tar EU-domstolen nemlig utgangspunkt i retten til fri bevegelse, og vurderer om en restriksjon er forankret i legitime hensyn, og om den er egnet og nødvendig for å nå formålet. Likevel finnes det avgjørelser som ligger et sted midt mellom disse to tilnærmingene. EU-domstolens tilnærming i *Schmidberger* ligger tett opptil en slik «balancing of rights», selv om EU-domstolen tok utgangspunkt i en restriksjonsvurdering. Den østerrikske stat var saksøkt for å ha latt vær å gripe inn da en gruppe demonstranter blokkerte Brennerpassasjen i protest mot miljø- og helsebelastningene forårsaket av tungtransport. EU-domstolen ble bedt om å ta stilling til om staten med det hadde brutt forpliktelsen til å sikre fri bevegelse av varer, jf. artikkel 34 og 35 TFEU. EU-domstolen ga klart uttrykk for at dette var en sak der yrings- og foreningsfriheten måtte avveies mot retten til fri bevegelse:

«In those circumstances, the interests involved must be weighed having regard to all the circumstances of the case in order to determine whether a fair balance was struck between those interests. The competent authorities enjoy a wide margin of discretion in that regard.»¹⁴⁰

Her viste EU-domstolen tilbakeholdenhet, og overlot staten atskillig skjønnsmargin i vektingen av de motstående hensyn.¹⁴¹ Ved å åpne for en mer åpen balansering av

¹³⁸ *Laval* avsnitt 48-51.

¹³⁹ Se blant annet sak C-580/13, *Coty* [2015] avsnitt 34 og C-149/17 *Bastei Lübbe* [2018] avsnitt 45.

¹⁴⁰ Sak C-112/00 *Schmidberger*, avsnitt 81.

¹⁴¹ For en sammenligning av *Schmidberger* og *Viking/Laval*, se Weatherill, Steve, “Viking and Laval: The Internal Market Perspective” In *Viking, Laval and Beyond*, Mark Freedland and Jeremias Prassl (eds), Bloomsbury Publishing, 2015, side 32-39.

organisasjonsfriheten mot retten til fri bevegelse, vil EU-domstolen kunne hensynta organisasjonsfriheten i større grad enn den gjorde i *Viking* og *Laval*.

EU-domstolen kan åpne for en slik åpen balansering – en «balancing of rights» - ved å gå veien om artikkel 16 i Charteret.¹⁴² Bestemmelsen verner retten til å opprette og drive egen virksomhet, og lyder slik: «The freedom to conduct a business in accordance with Community law and national laws and practices is recognised». Etableringsretten og tjenestefriheten kan anses som utslag av retten til å drive egen virksomhet, og kan dermed bringes inn under Charteret artikkel 16. Dette vil åpne for en mer åpen balansering av organisasjonsfriheten mot retten til å drive virksomhet. Her vil EU-domstolen blant annet kunne se hen til, eller anvise nasjonale domstoler til å se hen til, om tiltaket forskjellsbehandlet nasjonale og utenlandske virksomheter, og trekke inn hva slags type kampsritt det er tale om.

8.4 EU-domstolen og EMD: Ulike innfallsvinkler

8.4.1 Innledning

Skulle EU-domstolen i fremtiden holde fast ved at utøvelsen av retten til kampsritt utgjør en restriksjon på den frie bevegelse som må kunne begrunnes i tvingende allmenne hensyn, kan det med en viss rett hevdes at organisasjonsfriheten i realiteten blir underkastet de økonomiske rettighetene i TEUV. En slik over/underordning av rettigheter som springer ut av det samme rettsgrunnlaget står i motsetning til hvordan EMD går frem når domstolen vurderer om det har funnet sted en krenkelse av EMK artikkel 11, og er også vanskelig å forene med tilnærmingen til ILOs håndhevingsorganer.

Siktemålet i det følgende er å drøfte om det er grunnlag for å nyansere den tilnæringsmåten EU-domstolen gjorde bruk av i henholdsvis *Viking* og *Laval*, og dermed om retten til å benytte kampsritt kan ha et noe sterkere vern enn disse avgjørelsene umiddelbart kan gi inntrykk av.

8.4.2 Den europeiske menneskerettsdomstolen

Når EMD vurderer om det har funnet sted en krenkelse av konvensjonen, tar domstolen utgangspunkt i konvensjonsrettigheten. Hvis det foreligger et inngrep i rettigheten, vurderer domstolen, med mindre det er snakk om en absolutt rettighet, hvorvidt inngrepet likevel er tillatt. En rekke av EMKs bestemmelser, herunder artikkel 11, åpner for innskrenkninger i rettighetsvernet. For så vidt gjelder foreningsfriheten, følger dette uttrykkelig av EMK artikkel 11(2). Her heter det at utøvelsen av rettighetene ikke skal bli

¹⁴² Betydningen av Charteret artikkel 16 er også behandlet i Weltzien side 203-205.

«undergitt andre innskrenkninger enn de som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

EMD har anlagt en annen tilnærming når to rettigheter som nyter vern etter konvensjonen står mot hverandre. EMD uttalte i *Chassagnou and others v France* at en må akseptere at beskyttelsen av en konvensjonsrettighet «may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention». Domstolen tilføyet at «[i]t is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a “democratic society”». ¹⁴³ Hvis to konvensjonsrettigheter står mot hverandre, skal det være likegyldig hvilken rettighet man tar utgangspunkt i. ¹⁴⁴ Domstolens holdning kom klart til uttrykk i *Von Hannover II*, som gjaldt avveiningen mellom EMK artikkel 8 (privatliv) og artikkel 10 (ytringsfrihet). Her uttalte domstolen følgende:

«In cases such as the present one, which require the right to respect for private life to be balanced against the right to freedom of expression, the Court considers that the outcome of the application should not, in theory, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 8 of the Convention, by the person who was the subject of the article, or under Article 10 by the publisher. Indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect.» ¹⁴⁵

Den skisserte balansetesten innebærer at konvensjonsrettighetene avveies mot hverandre, uten at domstolen går inn i unntaksbestemmelsene i EMK artikkel 8(2) eller 10(2), og vurderer hvorvidt inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. ¹⁴⁶

En slik balansert avveining skal likevel bare skje der det er snakk om to rettigheter som begge er vernet av konvensjonen. ¹⁴⁷ En potensiell konflikt mellom en bestemmelse nedfelt i EMK og en rettighet som ikke nyter vern etter konvensjonen – men er utledet av EU/EØS-retten – kan derfor ikke løses ved å ty til den nevnte balansetesten. Det

¹⁴³ ECtHR, *Chassagnou and Others v. France*, nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95 (1999) avsnitt 113.

¹⁴⁴ Se nærmere Bekkedal, Tarjei. “Overkonstitusjonalisert og underanalysert: En EØS-rettslig analyse av Høyesteretts plenumsavgjørelse i Havnearbeiderdommen” *Jussens Venner* 2017 side 273–314 på side 293.

¹⁴⁵ ECtHR, *Von Hannover v Germany* (No. 2), nos. 40660/08 and 60641/08 (2012) avsnitt 106.

¹⁴⁶ For en nærmere redegjørelse for EMDs balansetest, se Bekkedal, Tarjei, “Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred - om EMDs balansetest” *Lov og Rett* 2014, side 315–333.

¹⁴⁷ Bekkedal (2017) side 294.

avgjørende for om et inngrep i foreningsfriheten går klar av artikkel 11 er hvorvidt det oppfyller vilkårene i artikkel 11(2), gjerne omtalt som *lovskravet*, *formålsskravet* og *forholdsmessighetskravet*. Unntaksadgangen er snever, jf. EMDs uttalelse i *Jehovah's Witnesses v Moscow*:

«[E]xceptions to the rule of freedom of association are to be construed strictly and only convincing and compelling reasons can justify restrictions on that freedom.»¹⁴⁸

Hvorvidt beskyttelsen av en virksomhets interesse i å etablere seg eller yte tjenester kan falle inn under formålet om å «beskytte andres rettigheter og friheter» og dermed utgjør et legitimt hensyn etter EMK artikkel 11(2) er ikke uten videre gitt. Arbeidskampmidler vil nærmest uten unntak innebære en ulempe for den som rammes; det er et iboende trekk og langt på vei selve formålet med aksjonen. Som EMD uttalte i *Ognevenko v Russia*: «[A]ny strike implies certain economic losses, but it does not follow that any strike could be prohibited for risk of those losses».¹⁴⁹ Den streiken er rettet mot kan neppe anses som en tredjepart etter bestemmelsen, ettersom vedkommende kan ivareta sine interesser ved å komme fagforeningen i møte.¹⁵⁰

Nødvendighetsvilkåret skal uansett tolkes strengt.¹⁵¹ De beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre veies mot hverandre. Unntaksadgangen vil måtte ses i lys av arten av den aktivitet som begrenses, ettersom det skal mer til for å akseptere begrensninger i aktiviteter som omfattes av artikkelens kjerne, enn virksomhet i dens randsone.¹⁵²

8.4.3 ILO

Nå som vi har sett hvordan EMD håndterer potensielle rettighetskonflikter, kan vi gå over til å se på hvordan slike konflikter håndteres av ILOs håndhevingsorganer. Her må vi

¹⁴⁸ ECtHR, *Jehovah's Witnesses of Moscow and others v Russia*, no 302/02 (2010) avsnitt 100. Tilsvarende *Demir and Baykara* avsnitt 119.

¹⁴⁹ ECtHR, *Ognevenko v Russia*, no. 44873/98 [2018] avsnitt 73.

¹⁵⁰ Veldman, Albertine. "The Protection of the Fundamental Right to Strike within the Context of the European Internal Market: Implications of the Forthcoming Accession of the EU to the ECHR." *Utrecht Law Review* 9, no. 1 (2013) 104-117, p. 114 (med henvisning til praksis fra ekspertkomiteen under Den europeiske sosialpakten).

¹⁵¹ Se også ECtHR, *Young, James and Webster v UK*, no. 7601/76; 7806/77 (1981) avsnitt. 104: "[N]ecessity in this context does not have the flexibility of such expressions as 'useful' or 'desirable'." Se også ECtHR, *Weber v Switzerland*, no. 11034/84 (1990) avsnitt 47, hvor EMD uttalte at nødvendighet må være «convincingly established».

¹⁵² *RMT* avsnitt 87.

kunne slå fast at EU-domstolens tilnærming i *Viking* og *Laval* ikke uten videre vil være forenlig med forpliktelsene som følger av ILO-konvensjon No. 87 og 98.¹⁵³ Retten til bruk av kampmidler etter ILO-konvensjonene er som vi så i avsnitt 7.3 riktignok ikke ubegrenset, men unntaksadgangen er likevel snever og avgrenset. ILOs rettsorden anerkjenner ikke at organisasjonsfriheten og retten til kollektive forhandlinger og kampskritt begrenses av hensyn til å sikre bedrifters markedsadgang.¹⁵⁴ Konvensjonsorganene har heller ikke åpnet for å begrense streikeretten med henvisning til en balansering av motstridende interesser. Ekspertkomiteen har vært tydelig på dette:

«[W]hen elaborating its position in relation to permissible restrictions that may be placed upon the right to strike, [the Committee] has never included the need to assess the proportionality of interests bearing in mind a notion of freedom of establishment or freedom to provide services. (...) The Committee is of the opinion that there is no basis for revising its position in this regard». ¹⁵⁵

Oppsummeringsvis kan vi slå fast at forpliktelsene etter EU og EØS-retten på den ene siden og EMK artikkel 11 og ILO-konvensjon artikkel 87 og 98 på den annen, står i et anspent forhold til hverandre.¹⁵⁶ Som vi har sett, kan en potensiell konflikt mellom retten til fri bevegelse og organisasjonsfriheten tilsynelatende løses ulikt, avhengig av om en tar utgangspunkt i forpliktelsene etter EMK artikkel 11 og ILO-konvensjon No 87 og 98 eller om man tar utgangspunkt i EU-retten eller EØS-avtalens bestemmelser. Etter EMK artikkel 11 og ILO-konvensjon No 87 står streikeretten sterkt, og denne kan bare begrenses rent unntaksvis. Motsatt, tar vi utgangspunkt i forpliktelsene etter EU-retten eller EØS-avtalen, blir spørsmålet om kollektive kampskritt som gjør utøvelsen av den frie bevegelse mindre attraktiv likevel kan forsvares som en legitim begrensning.

¹⁵³ ILC, 99th session (2010) Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III p. 209).

¹⁵⁴ Se CFA, sak 1963 Australia 2000 nr. 241.

¹⁵⁵ Se Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part A) to the ILO 99th Session, 2010 p. 209.

¹⁵⁶ Dette illustreres godt av det som skjedde med Sverige etter en lovendring i kjølvannet av EU-domstolens avgjørelse i *Laval*, for å leve opp til sine traktatforpliktelser. Denne loven ble funnet uforenlig med både ILO-konvensjonene og den Europeiske Sosialpakt, se hhv Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A) to the ILO 99th Session, 2010 p. 209 og sak 85/2012 fra sosialpaktkomiteen (særlig avsnitt 118-122).

8.4.4 Høyesteretts tilnærming i Holship

En rettsstilstand der det utgangspunktet man tar har betydning for det resultat man kommer til, stiller statene i en vanskelig stilling. Situasjonen kan da lett bli at én folkerettslig forpliktelse ikke kan etterkommes uten at en annen brytes. Spørsmålet om hvordan etableringsretten kan forenes med retten til å anvende kampmidler ble behandlet av Høyesterett i plenumsdommen HR-2016-2554-P (Holship), avsagt 16 desember 2016. Saken gjaldt forhåndsprøving av lovligheten av en boikott som Norsk Transportarbeiderforbund (NTF) hadde varslet overfor Holship Norge AS (Holship) etter boikottloven § 3. Boikotten skulle hindre ansatte i Holship i å losse og laste skip som selskapet mottok i Drammen Havn. Formålet var å tvinge Holship til å tiltre en tariffavtale (Rammeavtalen) som gir havnearbeidere tilknyttet «Administrasjonskontoret» i Drammen havn fortrinnsrett til losse- og lastearbeider i havnen. Fortrinnsretten hadde forankring i ILO-konvensjon nr. 137 om sosiale følger av nye metoder for godsbehandling i havner artikkel 3, og Rammeavtalen var en gjennomføring i norsk rett av forpliktelsene etter denne. Spørsmålet for Høyesterett var om en slik boikott, for å tvinge frem tiltredelse til tariffavtalen, var i strid med EØS-avtalens artikkel 31 om etableringsretten. Det sentrale var her at to rettigheter potensielt sto mot hverandre: På den ene siden retten til å iverksette kampskritt etter EMK og Grunnloven, på den andre siden etableringsretten slik den er vernet etter EØS-avtalen. Det rent EØS-rettslige spørsmålet var langt på vei avgjort gjennom EFTA-domstolens forutgående tolkningsuttalelse.

Høyesteretts flertall fant ikke grunn til å ta stilling til om boikott i det hele tatt var et vernet kampmiddel etter Grunnloven § 101 og EMK artikkel 11, ettersom retten i alle tilfelle kunne begrenses. Høyesterett bemerket at retten til fri etablering fremgår av EØS-avtalen artikkel 31 og dermed har hjemmel i lov, og at retten tar sikte på å beskytte andres rettigheter og friheter og dermed er legitimt begrunnet. Høyesterett forsøkte deretter etter beste evne å unngå konflikt mellom organisasjonsfriheten og etableringsretten ved å vekte disse rettighetene mot hverandre:

«Etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 utgjør en fundamental rett for EØS-samarbeidet, og dersom boikott er beskyttet etter Grunnloven § 101 første ledd, må disse rettighetene som ledd i proporsjonalitetsvurderingen avveies mot hverandre. Denne avveiningen er av samme karakter som den avveining som må foretas når det på grunnlag av grunnrettigheter i EU- og EØS-retten blir gjort inngrep i etableringsretten: Mens rettigheter etter EØS-avtalen kan rettferdiggjøre inngrep i grunnlovfestede eller konvensjonsbaserte menneskerettigheter, kan grunnlovfestede eller konvensjonsbaserte menneskerettigheter rettferdiggjøre inngrep i rettigheter etter EØS-avtalen.

Selv om vilkårene for inngrep i menneskerettigheter og rettigheter etter EØS-avtalen er formulert noe forskjellig, må substansen i avveiningene bli den samme. Riktignok kan det ikke utelukkes at Grunnloven § 101 første ledd i fremtiden kan bli tolket på en måte som avviker fra EMDs tolking av EMK artikkel 11 og EU-domstolens og EFTA-domstolens syn på foreningsfriheten som grunnleggende rettighet i EU- og EØS-retten. Det kan heller ikke utelukkes at EMD kan komme til å ha et annet syn på hvordan foreningsfriheten må avveies mot retten til fri bevegelighet i det indre marked, enn det EU-domstolen og EFTA-domstolen vil ha. Jeg kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å hevde at det i dag eksisterer noen forskjell her. Uansett om man tar utgangspunkt i Grunnloven og avveier de rettigheter som følger av den, mot rettigheter etter EØS-avtalen, eller om man tar utgangspunkt i EØS-avtalen og avveier rettigheter etter den mot Grunnloven, må man ved vurderingen av om det er grunnlag for inngrep, søke å finne frem til et rimelig balansepunkt mellom de aktuelle rettighetene. Resultatet av avveiningen av foreningsfriheten mot etableringsfriheten bør ikke avhenge av hvilket regelsett man tar utgangspunkt i.»¹⁵⁷

Grunnloven § 101 ble tolket slik at den ikke skulle komme i konflikt med EØS-avtalen artikkel 31, som verner retten til grensekryssende etablering. Boikotten ble likevel ansett som en restriksjon som måtte rettferdiggjøres med grunnlag i læren om tvingende allmenne hensyn. Ut fra en nærmere vurdering av aksjonen, fant Høyesterett at boikotten var i strid med etableringsretten.¹⁵⁸ Det er likevel ikke sakens resultat som er av interesse her; snarere er det interessant å se hvordan Høyesterett gikk frem i et tilfelle hvor retten til kampmidler måtte avstemmes mot retten til fri etablering.

I et tilfelle som dette, hvor to rettigheter står mot hverandre, er det forståelig at domstolen forsøker å finne et rimelig balansepunkt mellom rettighetene. Høyesterett valgte en avveiningsnorm som ligger tett opp mot den metoden EMD bruker når to konvensjonsrettigheter støter mot hverandre.¹⁵⁹ En sammenlignbar balansetest ble, etter inspirasjon fra EMD, gjennomført i Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) og Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto), der ytringsfriheten sto mot privatlivets fred. I de nevnte tilfellene var det snakk om å balansere rettigheter på lovs nivå.¹⁶⁰ Men også der rettigheter som kan utledes

¹⁵⁷ Holship avsnitt 85-86.

¹⁵⁸ Avsnitt 96-119. Som nevnt var dette spørsmålet allerede langt på vei avgjort gjennom EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i saken.

¹⁵⁹ Bekkedal (2017) side 292.

¹⁶⁰ Ved tolkningen av rettsstridskravet i straffeloven § 390 ble kravene i EMK artikkel 8 (privatliv) balansert mot artikkel 10 (ytringsfrihet).

av Grunnloven står mot rettigheter med lovs rang, tyr Høyesterett til en slik balansering. Rt. 2007 s. 1807 (Vigrid) kan tjene til illustrasjon.¹⁶¹

I *Holship* la Høyesterett til grunn at avveiningen mellom retten til fri bevegelse og foreningsfriheten ville slå likt ut, uavhengig av om det var EMD eller EU/EFTA-domstolen som sto for balanseringen. Som fremstillingen ovenfor har vist, kan en imidlertid ikke uten videre legge til grunn at domstolen i Strasbourg vil benytte samme avveiningsnorm som domstolene i Luxembourg. EMD starter med et annet utgangspunkt enn EU- og EFTA-domstolen. Mens førstnevnte undersøker hvorvidt streikeretten er overtrådt, skal de sistnevnte domstolene bringe på det rene hvorvidt de økonomiske frihetene er trådt for nær. Ettersom både EMD og EU/EFTA-domstolen hegner om de regler de er satt til å forvalte, og legger til grunn at begrensninger skal undergis en streng fortolkning, er det ikke vanskelig å se for seg at en potensiell rettighetskonflikt kan bedømmes ulikt.¹⁶²

LO har klaget den norske stat inn for EMD med påstand om at staten med rettstilstanden etter *Holship* har brutt sine forpliktelser EMK artikkel 11. Det gjenstår å se om saken vil bli tatt under realitetsbehandling, og om den i så fall vil føre frem. Uavhengig av resultatet i denne konkrete saken, viktig å få frem at fremgangsmåten for å avdekke brudd på EMK artikkel 11 er en annen enn metoden benyttet av Høyesterett i *Holship*. Praksis ved EMD er ikke å foreta en balansert avveining slik Høyesterett gjorde i *Holship*.

Mindretallet i *Holship* – syv dommere – fant at boikotten ikke hadde et rettsstridig formål, i det den fremmet et legitimt mål. Mindretallets resonnementer bygger på avgjørelsene i *Viking* og *Laval*, lovgivningsinitiativer i EU og at EFTA-domstolen hadde misforstått den ordningen som tariffavtalen etablerte. For mindretallet var det da ikke nødvendig å ta stilling til avveiningen mellom rettigheter med ulikt grunnlag.

8.5 Nærmere om EU-domstolens tilnærming i rettferdigjøringsvurderingen

Streik og boikott er arbeidskampmidler som står til arbeidstakernes disposisjon. Som vi har sett, kan bruken av disse i det konkrete tilfellet være å anse som en restriksjon i etableringsretten eller på bevegelse for tjenester. Det vil derfor være situasjoner der bruken av kampmiddelet, det vil si så vel den omstendighet at det brukes som omfang og varighet, må begrunnes på en måte som tilfredsstillende EØS-rettens krav.

¹⁶¹ Her vurderte Høyesterett Grunnloven § 100 (ytringsfrihet) opp mot straffeloven 135 a (vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer).

¹⁶² Se nærmere Bekkedal (2017).

Det foreligger ingen sekundærlovgivning som regulerer bruken av arbeidskampmidler. Dette medfører at det i utgangspunktet er opp til den enkelte stat å bestemme hvilket vern bruken av arbeidskampmidler skal ha innenfor deres jurisdiksjon.

Oppad begrenses EØS-statenes adgang til å verne bruken av arbeidskampmidler ved at vekten av de hensyn bruken av arbeidskampmiddelet ivaretar i det enkelte tilfellet må være større enn vekten av de begrensningene i EØS-frihetene bruken av det medfører. Denne vurderingen, som kan kalles proporsjonalitet i snever forstand, eventuelt reell balansering, kan formuleres som et spørsmål om «inngrepet i grunnfrihetene er så stort at det står i et helt urimelig forhold til målsettingen»,¹⁶³ og vi finner en uttrykkelig henvisning til dette prinsippet i sak C-438/05 *Viking*.¹⁶⁴ EU-domstolen praktiserer denne balansetesten slik at den gir atskillig rom for ulike politiske valg medlemsstatene i mellom, og testen er av Fredriksen og Mathisen karakterisert som en «kvalifisert urimelighetssensur» av det nasjonale beskyttelsesnivået.¹⁶⁵ Etter EØS-retten er det dermed langt på vei overlatt den enkelte EØS-stat å definere det vernet bruken av kampmidler skal ha hos seg.

Når EØS-retten gir den enkelte EØS-stat atskillig frihet i etableringen av det beskyttelsesnivået retten til bruk av arbeidskampmidler skal nyte, blir spørsmålet hvilket vern den enkelte stat kan tilby, uten at vernet innebærer et så stort inngrep i tjeneste- eller etableringsfriheten at den urimelighetssensuren som ligger i den snevrere proporsjonalitetstesten slår inn.

I denne vurderingen er det etter vårt syn tre forhold som står sentralt. Det første forholdet er at retten til å benytte arbeidskampskritt er uttrykkelig anerkjent som en grunnleggende rettighet i EU-retten, jf. for så vidt uttalelsene i både *Viking* og *Laval*, og EUs Charter om grunnleggende rettigheter artiklene 12 og 28.¹⁶⁶ Det andre forholdet er at EMD har funnet at streikeretten er vernet av EMK art. 11.¹⁶⁷ Dette tilsier at vernet om adgangen til å benytte arbeidskampskritt i nasjonal rett i det minste må kunne settes på et nivå disse regelsettene krever uten at dette anses som en kvalifisert urimelig begrensning i tjeneste- eller etableringsfriheten etter EØS-retten. Et tredje forhold, som etter det vi har kunnet konstatere ikke har vært løftet særlig frem i debatten, men som tilsier at det skal en del til før det beskyttelsesnivået arbeidstakernes bruk av kampskritt har etter nasjonal rett anses som en urimelig begrensning i tjeneste- og etableringsfriheten, er at det

¹⁶³ Fredriksen og Mathisen, side 127, med henvisning til sak C-126/15 *Kommisjonen mot Portugal*.

¹⁶⁴ Sak C-438/05 *Viking*, avsnitt 46, hvor det også vises til sak C-112/00 *Schmidberger*.

¹⁶⁵ Fredriksen og Mathisen, side 129.

¹⁶⁶ Se avsnitt 7.2.6 foran.

¹⁶⁷ Se avsnitt 7.2.5 foran.

arbeidskampskrittet som står til arbeidsgivernes disposisjon, lockout, bare svært sjelden vil kvalifisere som restriksjon i en av de fire frihetene. Dette tilsier at EØS-statene, om de ønsker, uhindret av EØS-retten i det minste må kunne gi arbeidstakersidens adgang til å benytte kampmidler et vern som gjør at bruken av dem kan fylle den funksjonen slike kampskritt er ment å ha.

Dette medfører i sin tur at den reelle EØS-rettslige testen vil være om bruken av kampmiddelet i det konkrete tilfellet er nødvendig for å realisere det mål som søkes oppnådd, og om dette målet er et EØS-retten tillater at det arbeides for gjennom tiltak som virker begrensende på utvekslingen av varer, tjenester, personer eller kapital over landegrensene. Vender vi tilbake til sak C-438/05 *Viking*, ser vi at EU-domstolen uttrykkelig fastslår at EU-retten hensynet til å beskytte arbeidsvilkår og arbeidsplasser ikke kan begrunne kollektive kampskritt «if it were established that the jobs or conditions of employment at issue were not jeopardised or under serious threat».¹⁶⁸ EU-domstolen påpeker at dette vil være tilfellet dersom

«it transpired that the undertaking referred to by the national court in its 10th question was, from a legal point of view, as binding as the terms of a collective agreement and if it was of such a nature as to provide a guarantee to the workers that the statutory provisions would be complied with and the terms of the collective agreement governing their working relationship maintained»¹⁶⁹

Kollektive kampmidler kan tenkes brukt defensivt, som i sak C-438/05 *Viking*, og offensivt, typisk for å oppnå bedre arbeidsbetingelser. EU-domstolens henvisning til traktatens bestemmelser om sosial- og arbeidspolitikken, nå TEUV art. 153, viser at arbeidskampmidler kan brukes ikke bare til å forsvare eksisterende arbeidsvilkår, men også som virkemiddel i kampen for bedre.¹⁷⁰

I vurderingen av om bruken av kampmiddelet er nødvendig, inngår spørsmålet om det som søkes oppnådd kan nås ved bruk av andre, like effektive, midler. Som regel vil dette spørsmålet kunne besvares benektende. Arbeidstakersiden råder ikke over andre virkemidler enn arbeidskampskritt i arbeidet for bedre lønns- og arbeidsbetingelser enn dem arbeidsgiveren er forpliktet til å tilby.

Vender vi tilbake til sak C-341/05 *Laval*, ser vi at grunnen til at de arbeidskampskritt som ble truffet der ble funnet å være i strid med reglene om fri bevegelighet for tjenester var sammensatt. Det er imidlertid grunn til å understreke at EU-domstolen finner at også

¹⁶⁸ Sak C-438/05 *Viking*, avsnitt 81.

¹⁶⁹ Sak C-438/05 *Viking*, avsnitt 82.

¹⁷⁰ Se sak C-438/05 *Viking* avsnitt 79. Se også avsnitt 86.

kampskritt en fagforening tar for å sikre utstasjonerte arbeidstakere, det vil si andre enn egne medlemmer, lønns- og arbeidsvilkår på et bestemt nivå, er omfattet av formålet om å beskytte arbeidstakere.¹⁷¹ Når aksjonene ble funnet å være ulovlige restriksjoner skyldtes det dels at de lønnsvilkårene det gjaldt var slike som er regulert gjennom utstasjoneringdirektivet, som regulerte den aktuelle situasjonen, og dels fordi det var umulig eller urimelig vanskelig for den arbeidsgiveren aksjonene var rettet mot å bringe på det rene innholdet i de forpliktelsene han eventuelt skulle påta seg.

Vi ser etter dette at EØS-statene i det minste kan gi streikeretten det vern andre folkerettslige forpliktelser enn EØS-avtalen krever.¹⁷² Vi ser også at for så vidt gjelder vern utover dette, er det den snevre proporsjonalitetstesten som setter begrensningene. Dette innebærer at det bare er der retten til bruk av arbeidskampmidler er gitt et vern som medfører en kvalifisert urimelig begrensning i de fire friheter at den vil være i strid med EØS-retten. I forlengelsen av dette ligger at det for alle praktiske formål vil være norsk rett som bestemmer hvilket vern adgangen til bruk av slike kampmidler vil ha, og dermed også når bruken av dem kan utløse erstatningsansvar overfor den kampskrittene er rettet mot.

9. Rettighetene etter ILO-konvensjonene i norsk rett i dag

Det følger av Grunnloven § 92 at «Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og for Norge bindende traktater om menneskerettighetene». Denne plikten må antas å omfatte både inkorporerte og ikke-inkorporerte traktater.¹⁷³ Høyesterett gjorde det imidlertid klart i HR-2016-2554-P (Holship) at Grunnloven § 92 ikke kan forstås slik at alle internasjonale menneskerettighetstraktater som Norge er bundet av, slik som ILOs kjernekonvensjoner, er inkorporert i Grunnloven med grunnlovs trinnhøyde. Bestemmelsen pålegger

¹⁷¹ Sak C-341/05 *Laval*, avsnitt 107. EFTA-domstolens uttalelser i sak E-14/15 *Holship* avsnitt 127, som kan leses slik at det er en forutsetning at de arbeidstakernes aksjoner til støtte for er involvert i en arbeidstvist, er ikke helt lette å forene med dette.

¹⁷² I denne sammenheng kan det være grunn til å nevne at anskaffelsesdirektivene uttrykkelig bestemmer at medlemsstatene skal sikre at leverandørene respekterer blant annet ILOs kjernekonvensjoner ved kontraktgjennomføringen, jf. eksempelvis direktiv 2014/24/EU art. 18(2).

¹⁷³ Se Prop. 147 L (2015-2016) side 12, hvor også FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedatt funksjonsevne (CRPD) – som ikke er inkorporert i norsk rett – nevnes særskilt.

myndighetene «å håndheve menneskerettighetene på det nivået de er gjennomført i norsk rett».¹⁷⁴

Noen stater har en såkalt monistisk rettstradisjon, hvor folkeretten uten videre anses som nasjonal rett, uten at det er nødvendig med gjennomføring. Norsk rett derimot, er basert på et dualistisk prinsipp, som innebærer at folkeretten og nasjonal rett som utgangspunkt er å anse som separate rettssystemer. For at en folkerettslig forpliktelse skal bli en del av norsk intern rett, er det som utgangspunktet nødvendig med en særskilt gjennomføringsakt. Dette ble lagt til grunn i Rt. 1997 s. 580 (OFS). Her uttalte førstvoterende (på vegne av flertallet) følgende:

«Bestemmelser i menneskerettskonvensjoner Norge har ratifisert og avgjørelser av EMD kan få internrettslig virkning ved at norske lovbestemmelser uttrykkelig fastslår at lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat, jf eksempelvis tvistemålsloven § 36a og straffeprosessloven § 4. Konvensjoner om menneskerettigheter, avgjørelser av EMD og anerkjente folkerettslige prinsipper kan også få internrettslig virkning fordi norsk rett antas å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran.»

Prinsippet kom også klart til uttrykk i Rt. 2007 s. 234, hvor førstvoterende (på vegne av flertallet) uttalte at vi «ved motstrid mellom norsk rett og folkeretten som hovedregel bygger på det dualistiske prinsippet som innebærer at norsk rett går foran folkeretten».¹⁷⁵ Det samme ble lagt til grunn i HR-2016-00296-A:

«Utgangspunktet er klart nok; ratifisering av en konvensjon eller inngåelse av en traktat påfører staten en folkerettslig forpliktelse, men ved klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk lov, vil den interne rett gå foran. Jeg ser da bort fra tilfeller der konvensjonen er gitt stilling som norsk lov gjennom inkorporasjon, eller der loven selv bestemmer at den stå tilbake for våre traktatforpliktelser.»¹⁷⁶

Som uttalelsene ovenfor viser, dempes det dualistiske prinsipp ved særlige bestemmelser som innfører «sektormonisme», og det såkalte presumsjonsprinsippet. Hva gjelder førstnevnte, følger det blant annet av straffeloven, straffeprosessloven, tvisteloven at lovene gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten eller overenskomst med fremmede stater; disse lovene etablerer med andre ord sektormonisme innenfor sine

¹⁷⁴ Holship avsnitt 70. Dette er fulgt opp i HR-2018-456-P (Nesseby) avsnitt 92-93.

¹⁷⁵ Rt. 2007 side 234 avsnitt 54.

¹⁷⁶ HR-2016-00296-A avsnitt 44

virkeområder. Presumsjonsprinsippet innebærer at hvis flere tolkninger av norsk lov er mulig, skal den løsning som samsvarer med folkeretten velges. Presumsjonsprinsippets styrke kan variere. Som førstvoterende (på vegne av flertallet) uttalte i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) s. 1829:

«Gjennomslagskraften av [presumsjonsprinsippet] vil være avhengig av karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde som den nasjonale rettsregel er knyttet til. [...] Den norske rettsregel vil yte liten motstand hvis det er tale om konflikt med en folkerettslig forpliktelse som gir borgerne beskyttelse mot inngrep fra det offentlige, mens motstanden vil være større der en slik forpliktelse griper inn i private rettsforhold.»¹⁷⁷

Dualismeutgangspunktet avdempes ytterligere ved at Høyesterett har slått fast at myndighetenes skjønnsutøving må skje innenfor de rammer Norges folkerettslige forpliktelser setter, uavhengig av om disse er gjennomført i norsk rett ved lov eller ikke, jf. Rt. 1982 s. 241 (Alta), og eksplisitt i forhold til de rammer menneskerettskonvensjonene setter, Rt 1994 side 1244 (Kvinnefengsel) og Rt. 1996 s. 551 (utvisning).¹⁷⁸

Som fremstillingen ovenfor viser, kan ikke-inkorporerte konvensjoner få internrettslig virkning på ulike måter. Særlig presumsjonsprinsippets sterke stilling i norsk rett, gjør at det ikke er skarpe skiller mellom inkorporert og ikke-inkorporerte konvensjoner. Norsk rett tolkes i lys av ILO-konvensjonene.¹⁷⁹ Forskjellen viser seg likevel når det foreligger motstrid mellom folkeretten og intern rett som er for sterk til at den lar seg tolke bort. I en slik situasjon vil den interne retten gis forrang fremfor folkeretten. Her kan Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1997 s. 580 (OFS) tjene til illustrasjon. Spørsmålet for Høyesterett var om et streikeforbud i en provisorisk anordning var i strid med Norges forpliktelser etter ILO-konvensjonene nr. 87 og 98. Høyesterett var klar på at de internasjonale menneskerettighetstraktatene som Norge er bundet av må inkorporeres ved formell lov for å kunne påberopes direkte for norske domstoler. Selv om Høyesterett kom til at streikeforbudet ikke var i strid med forpliktelsene etter de nevnte konvensjoner, ble det uttalt at «i tilfelle streikeforbudet skulle ha vært i strid med folkerettslige bestemmelser om retten til streik, ville det følge av norsk rett at den provisoriske anordningen om tvungen lønnsnemnd var gyldig». Standpunktet ble begrunnet med at forholdet til ILO-konvensjonene var vurdert i foredraget til anordningen, og uttalelsene der ble forstått slik

¹⁷⁷ Denne forståelsen ble fulgt opp i Rt. 2007 side 234.

¹⁷⁸ Se nærmere Arnesen og Stenvik, kapittel 6.

¹⁷⁹ Se særlig Rt. 2001 side 248 og Rt. 2001 side 1413.

at anordningen skulle gjelde selv om den skulle i være strid med forpliktelsene etter ILO-konvensjonene.¹⁸⁰

Ved normkonflikt skal altså den folkerettslige regelen vike for den regelen som følger av intern rett. Dette vil være annerledes der konvensjonene er inkorporert i norsk rett, jf. nedenfor.

10. Endringer en innlemmelse gjennom menneskerettsloven vil medføre

Per i dag er Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FNs internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), FNs konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (Kvinnediskrimineringskonvensjonen) og FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) tatt inn med fortrinnsrett i menneskerettsloven, jf. lovens §§ 2 og 3. Enkelte andre konvensjoner er inkorporert ved annen lovgivning, uten forrang.¹⁸¹

Hvis ILOs kjernekonvensjoner tas inn i menneskerettsloven, vil konvensjonsbestemmelsene gjelde som norsk lov med forrang fremfor annen norsk lov. Det er likevel ikke slik at alle konvensjonsbestemmelsene er utformet slik at de vil la seg anvende umiddelbart av nasjonale domstoler. Hvorvidt konvensjonsbestemmelsene kan påberopes direkte for nasjonale domstoler, avhenger imidlertid av om bestemmelsene har «selvkraft» (om de er «self-executing»)¹⁸² Utvalget forklarer begrepet slik, jf NOU 1993:18 side 104:

«Med «self-executing» menes det forhold at traktaten eller en bestemt del av den er utformet slik at teksten som sådan er egnet til å bli umiddelbart anvendt av nasjonale myndigheter. Rettsanvendere skal være istand til å konkretisere de plikter og rettigheter traktatene skaper. Videre forutsettes det at lovgivning ikke er nødvendig før individuelle rettigheter kan utledes av traktatteksten.»

At selvkraft er en forutsetning for direkte anvendelse, fremgår uttrykkelig av Rt. 2001 s. 1006 (KRL). Førstvoterende uttalte følgende:

¹⁸⁰ Rt. 1997 side 580, på side 593-594.

¹⁸¹ FNs rasediskrimineringskonvensjon er for eksempel inkorporert ved lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) § 5

¹⁸² Arnesen og Stenvik, på side 139-140, karakteriserer betegnelsen «selvkraft» «ualminnelig heslig, språklig sett». Vi bruker den likevel.

«Ved den internrettslige anvendelse av konvensjoner som er inkorporert uten å være transformert til nasjonal lovtekst, må det tas stilling til om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt mål eller en minimumsstandard. Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter. ... Selv om konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK...»¹⁸³

Å avgjøre hvilke bestemmelser som har selvkraft kan være utfordrende.¹⁸⁴ De sentrale reglene i ILO-konvensjon nr. 87 og 98 er etter vår mening tilstrekkelig klare, presise og ubetingete til å ha selvkraft. Bestemmelsene i ILO-konvensjon nr. 87 er i stor grad formulert som rettighetsbestemmelser. Dette gjelder blant annet artiklene 2, 3 og 5. Det er likevel bestemmelser som forutsetter særlige tiltak fra statens myndigheter, og som ikke gir rettigheter som kan påberopes direkte for domstolene. Det er blant annet tilfellet for artikkel 3 og 4 i ILO-konvensjon nr. 98, hvor det heter at det, hvis nødvendig skal opprettes organer for å sikre respekten for organisasjonsretten, og iverksettes tiltak for å oppmuntre og fremme full utbygging og bruk av et frivillig forhandlingsapparat med sikte på regulering av arbeidsvilkår ved kollektive avtaler.

Etttersom det er staten som er pliktsubjekt etter konvensjonene, og dermed står ansvarlig for å oppfylle konvensjonsforpliktelsene, kan disse heller ikke påberopes direkte overfor private. Det fremgår for eksempel av ILO-konvensjon nr. 98 artikkel 2 nr. 1 at arbeidernes og arbeidsgivernes organisasjoner skal nyte vern mot enhver innblanding fra den annen part eller dens representanter når det gjelder stiftelse, virksomhet eller administrasjon. Det er likevel opp til staten å sikre dette vernet, og bestemmelsen kan dermed ikke påberopes direkte ved innblanding fra private.

Hvis ILOs kjernekonvensjoner, korrekt gjennomført i norsk rett, skulle stride mot annen norsk rett, snakker man om en normkollisjon.¹⁸⁵ Spørsmålet vil da være hvilken norm som skal gis forrang. Det er likevel verdt å merke seg at spørsmålet om forrang bare kommer på spissen dersom det først konstateres motstrid. Det er sjelden Høyesterett konstaterer motstrid; vanligvis bestreber domstolen seg på eliminere potensielle

¹⁸³ Rt. 2001 side 1006 side 1015.

¹⁸⁴ Til illustrasjon, se Rt. 2012 side 2019, hvor Høyesterett delte seg i spørsmålet om barnekonvensjonen artikkel 3 var en slik karakter at den kunne håndheves direkte for domstolene.

¹⁸⁵ Arnesen og Stenvik side 134.

konflikter ved hjelp av harmoniserende tolkning. Domstolene strekker seg langt for å unngå konflikt, så i praksis løses de fleste potensielle motstridstilfeller på denne måten. Når det er sagt, kan det selvfølgelig oppstå situasjoner hvor en motstrid ikke lar seg tolke bort. Hvis folkerettslige forpliktelser er gjennomført i norsk rett uten at kollisjonstilfellene er uttrykkelig regulert, vil domstolen måtte ty til alminnelige kollisjonsprinsipper. Ved motstrid mellom regler av ulik rang, vil den trinnlavere regel måtte vike for den trinnhøyere (lex superior-prinsippet). Den viktigste implikasjonen av dette er at bestemmelser i Grunnloven går foran regler i alminnelig lov. Ved motstrid mellom regler av samme rang, vil motstriden enten kunne løses ved at den senere regel går foran den tidligere (lex posterior-prinsippet), eller ved at den spesielle regel går foran den generelle (lex specialis-prinsippet).

Hvis ILOs kjernekonvensjoner tas inn i menneskerettsloven, vil motstridsspørsmålet være uttrykkelig regulert i menneskerettsloven § 3. Her heter det at bestemmelsene i de relevante konvensjoner og protokoller skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Et særlig spørsmål er hvordan denne forrangsbestemmelsen står i forhold til den beslektede forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2, hvoretter bestemmelser i lov eller forskrift som tjener til oppfyllelse av avtalen ved konflikt skal gå foran andre bestemmelser – lov eller forskrift – som regulerer samme forhold.¹⁸⁶ Hvis det skulle oppstå motstrid mellom en regel som gjennomfører en EØS-rettslig forpliktelse og en regel inkorporert i menneskerettsloven, kan en ikke anvende begge forrangsbestemmelsene. En slik normkollisjon kan neppe løses ved hjelp av prinsippene om lex posterior eller lex superior.¹⁸⁷ I teorien er det tatt til orde for at det må foretas en «konkret vurdering av hvilken regel som bør gis forrang, i lys av viktigheten av de internasjonale regler som er anvendelige på saksforholdet og de interesser som disse er utslag av.»¹⁸⁸

Lovgiver kan bestemme at forrangsregelen i menneskerettsloven § 3 skal gå foran forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2. En slik løsning vil imidlertid innebære et brudd på EØS-avtalens protokoll 35. Protokollens eneste artikkel lyder som følger:

«I tilfelle av mulig konflikt mellom gjennomførte EØS-regler og andre lovregler forplikter EFTA-statene seg til om nødvendig å innføre en lovregel om at EØS-reglene skal gå foran i disse tilfellene».

¹⁸⁶ EØS-loven § 2 regulerer ikke motstrid mellom lov og nyere forskrift.

¹⁸⁷ Arnesen og Stenvik side 136.

¹⁸⁸ Arnesen og Stenvik side 136.

Forpliktelsen etter protokoll 35 er gjennomført ved EØS-loven § 2, og en innsnevring av bestemmelsens virkeområde vil bryte med forpliktelsen etter protokollen. Vi holder det for lite sannsynlig at EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) vil akseptere en ordning hvor forrangsregelen i menneskerettsloven § 3 gis ubetinget prioritet. Det vil imidlertid være nærliggende å gi nærmere føringer i forarbeidene for hvordan domstolene skal håndtere en motstrid mellom rettighetene nedfelt i ILOs kjernekonvensjoner, som gjennomført i menneskerettsloven, og nasjonale bestemmelser som har sitt utspring i EØS-retten. En mulig løsning vil være å se hen til i hvilken utstrekning det skjer et inngrep i rettighetens kjerne. Konsekvensen vil være at hvis retten til kollektive kampskritt står mot retten til fri bevegelighet, vil den rettighets hvis kjerne berøres, gis forrang i det konkrete tilfellet.

Skulle det etableres en løsning hvor ILOs kjernekonvensjoner etter omstendighetene kan gis forrang fremfor gjennomført EØS-rett etter menneskerettsloven § 3, oppstår spørsmålet om staten kan holdes erstatningsansvarlig overfor private parter som måtte lide et økonomisk tap som følge av brudd på EØS-avtalens forpliktelser. Denne problemstillingen drøftes i det følgende.

11. Erstatningsansvar

EFTA-domstolen fant i E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* at EØS-avtalen krever at en EØS-stats brudd på forpliktelser etter EØS-avtalen utløser erstatningsansvar for staten der bruddet er tilstrekkelig kvalifisert og det er årsakssammenheng mellom bruddet og det økonomiske tapet den som rammes av bruddet har lidt. Rettstilstanden under EØS-avtalen svarer for alle praktiske forhold til rettstilstanden etter EU-retten, likevel med det temmelig viktige forbeholdet at EFTA-domstolen er tydelig på at EØS-avtalen forplikter statene til å sørge for at tap som skyldes statens kvalifiserte brudd på avtalen utløser erstatningsansvar, men at spørsmålet om det er grunnlag for slikt ansvar i nasjonal rett er et annet spørsmål. I Rt. 2005 s. 1365 sa Høyesterett seg enig i denne tolkningen av EØS-avtalen, og fant at EØS-loven § 1, som bestemmer at EØS-avtalen gjelder som lov i Norge, gjennomfører det erstatningsansvaret EØS-avtalen krever i norsk rett.¹⁸⁹

Det ligger i mandatet vi er gitt at vi skal vurdere «om en eventuell motstrid med ILOs kjernekonvensjoner kan anses som et slikt kvalifisert brudd på EØS-avtalen at det kan utløse erstatningsansvar å følge ILO konvensjonene».

¹⁸⁹ Statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen er grundig behandlet i Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013. (Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar*).

Drøftelsene foran har vist at motstridspotensialet mellom EØS-retten og ILOs kjernekonvensjoner knytter seg til ILO-konvensjonene 87 og 98. Konvensjonene gir rettigheter som i seg selv er forenlige med EØS-retten, men det kan ikke utelukkes at kollektive kampskritt konvensjonene gir rett til bruk av, etter omstendighetene kan kvalifisere som hindringer for fri bevegelse EØS-retten ikke tillater. EØS-bruddet kan ligge i at det som søkes oppnådd ikke lar seg forene med EØS-retten,¹⁹⁰ i at den forpliktelsen som søkes påtvunget ikke har et tilstrekkelig klart innhold,¹⁹¹ i at det vi kan kalle doseringen av det kollektive kampmiddelet er for kraftig, eller at bruken av det kollektive kampmiddelet ikke er nødvendig for tvinge frem den atferden eller innrømmelsen som er ønsket – typisk fordi den kampskrittet retter seg mot allerede har forpliktet seg til å gjøre det som søkes fremtvunget.

For så vidt gjelder spørsmålet om staten kan holdes erstatningsansvarlig på EØS-rettslig grunnlag for tiltak som treffes av andre rettssubjekter enn staten, er det helt klare utgangspunktet at staten ikke kan holdes ansvarlig med mindre det foreligger forhold som gir grunnlag for å identifisere rettssubjektet med staten.¹⁹² For fagorganisasjonenes vedkommende foreligger det ikke slike forhold. Dette medfører at spørsmålet om staten kan holdes erstatningsansvarlig for økonomisk tap forårsaket av kollektive kampskritt som ikke lar seg forene med EØS-retten bare kan tenkes oppstå i to situasjoner.

Den første situasjonen foreligger der en norsk domstol finner at kampskrittet er lovlig til tross for at det bryter med EØS-rettens krav til norsk rett.¹⁹³ Denne situasjonen er i mange henseende sammenlignbar med situasjonen i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), hvor norsk rett, slik Høyesteretts flertall så det, ikke åpnet for at skadelidte kunne gis medhold i sitt krav mot forsikringsselskapet. Dette selv om direktiver omfattet av EØS-avtalen krevde at hun skulle ha et slikt krav. I Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II) fant Høyesterett at staten var erstatningsansvarlig for det tap hun led som følge av dette. En viktig forskjell er likevel at dersom en innlemming av ILO-konvensjonene i menneskerettsloven må forstås slik at disse konvensjonene i visse tilfeller skal gis forrang også for regler som følger av bestemmelser gitt til oppfyllelse av forpliktelser etter EØS-avtalen, vil situasjonen være at lovgiver har tatt et bevisst valg. Om dette valget innebærer at man også har gjort unntak fra EØS-ansvaret slik det er gjennomført i norsk rett, vil bero på en konkret tolkning av loven om innlemmelse av ILO-konvensjonene i menneskerettsloven

¹⁹⁰ Vurderingen av ITFs tiltak i sak C-438/05 *Viking* kan tjene som eksempel.

¹⁹¹ Her kan C-341/05 *Laval* tjene som eksempel, jf. avsnitt 110 i dommen.

¹⁹² Se nærmere Fredriksen, Offentligrettslig erstatningsansvar, avsnitt 4.1.

¹⁹³ Hvorvidt dette skjer i et fastsettelsessøksmål eller domstolen prejudisielt tar stilling til lovligheten av bruken av kampmiddelet i forbindelse med en erstatningssak, er etter det vi kan forstå uten betydning

og forarbeidene til denne. Dersom lov og forarbeider må forstås slik, gjenstår spørsmålet om domstolene, i siste instans Høyesterett, vil respektere denne vurderingen. Etter vårt syn er det grunn til å anta at Høyesterett vil det. Det kan i denne sammenheng vises til uttalelsene i Innst.O. nr. 14 (1992-1993 s. 4, hvor flertallet i Utenriks- og konstitusjonskomiteen uttaler:

«Dersom Stortinget i et enkelttilfelle uttrykkelig gir til kjenne at en ny lov skal gjennomføres selv om den skulle være i motstrid til eksisterende lover eller forskrifter som gjennomfører EØS-forpliktelse, vil norske domstoler måtte respektere dette, selv om det medfører brudd på våre folkerettslige forpliktelser.»

Vi forstår Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) slik at et samlet Høyesterett ikke hadde innvendinger mot dette synspunktet.¹⁹⁴

Den andre situasjonen foreligger der det gis dom for at kampskriftet er forenlig med EØS-retten, men denne vurderingen etter EFTA-domstolens oppfatning er feil. Situasjonen kan illustreres med etterspillet etter Rt. 2013 s. 258 (STX). EFTA's overvåkingsorgan (ESA) har innledet traktatbruddprosedyre mot Norge med sikte på å få EFTA-domstolens dom for at den rettstilstanden det gis uttrykk for i Rt. 2013 s. 258 (STX) ikke lar seg forene med EØS-retten. Forutsetter vi at ESA får medhold, kan det tenkes at en som har lidt økonomisk tap på grunn av resultatet i Rt. 2013 s. 258 (STX) krever erstatning fra staten for dette. Skal et slik krav føre frem, er en forutsetning at domstolene, i siste instans Høyesterett selv, finner at Høyesteretts feiltolkning representerte et tilstrekkelig kvalifisert brudd på forpliktelsene etter EØS-avtalen. Overført til situasjonen der Høyesterett feilaktig legger til grunn at EØS-retten tillater den aktuelle bruken av et kollektivt kampskrift, for eksempel i et søksmål etter boikottloven § 3,¹⁹⁵ er etter vårt syn statlig erstatningsansvar praktisk sett bare tenkelig der Høyesterett regelrett desavuerer en tolkningsuttalelse gitt av EFTA-domstolen i samme sak. Og selv da må det kanskje, fordi EFTA-domstolens tolkningsuttalelser formelt sett bare er rådgivende, kreves at EFTA-domstolen opprettholder tolkningen i en senere traktatbruddsak mot Norge.

Konklusjonen blir etter dette at det er svært vanskelig å se for seg at staten skal kunne holdes erstatningsansvarlig på EØS-rettslig grunnlag der det tas kollektive kampskrift EØS-retten ikke tillater.

¹⁹⁴ Jf. Rt. 2000 side 1811 (Finanger I), på side 1831 (flertallet), og på side 1838 (mindretallet).

¹⁹⁵ Lov 5. desember 1947 nr. 1 om boikott.

12. Avsluttende refleksjoner

ILOs kjernekonvensjoner er uavhengig av inkorporering viktige rettskildefaktorer i norsk rett. Dette har sin bakgrunn i presumpsjonsprinsippet og i at Norge har ratifisert konvensjonene og dermed er folkerettslig forpliktet til å følge dem. ILO-konvensjonene har således allerede i dag indirekte betydning ved at de utgjør momenter ved tolkingen av de konvensjoner som er omfattet av menneskerettsloven. Innholdsmessig antas norsk rett derfor å oppfylle de krav som følger av kjernekonvensjonene. En innlemmelse av kjernekonvensjonene i menneskerettsloven vil derfor i liten grad medføre materielle endringer i norsk rett.

En inkorporasjon av ILOs kjernekonvensjoner i menneskerettsloven vil likevel føre til at konvensjonene får en sterkere formell rettslig stilling i norsk rett, ved at de kan anvendes direkte som lov.¹⁹⁶ Når konvensjonene inkorporeres med forrang foran annen norsk lovgivning blir stillingen særlig sterk.¹⁹⁷ Inkorporasjon er også den innarbeidingsmetoden som gir den sterkeste signaleffekten, både nasjonalt og internasjonalt. Ved å ta ILOs kjernekonvensjoner inn i menneskerettsloven, vil en vise at de grunnleggende rettighetene i arbeidslivet står på linje med rettighetene i allerede inkorporerte menneskerettskonvensjoner. Videre vil en synliggjøre at det er tale om regler med et internasjonalt opphav, og dermed også regler med et innhold som ikke kan fastlegges av norske myndigheter alene. Inkorporasjon anses også gjerne som den mest lojale formen for gjennomføring av konvensjoner.¹⁹⁸

Samlet sett mener vi at konfliktpotensialet mellom ILO-konvensjonene og EU/EØS-retten er beskjedent og håndterbart. Som fremstillingen har vist, er det særlig på organisasjonsfrihetens område friksjoner kan oppstå. Det kan ikke utelukkes at det kan oppstå tilfeller der Norge etter EØS-retten kan være forpliktet til å begrense retten til kampmidler utover det som er tillatt etter ILO-konvensjonene, men det er vanskelig å se for seg at den retten til å benytte kampmidler ILO-konvensjonene krever vil være i strid med EØS-retten. Dette medfører at det synes liten grunn til å regulere eventuell motstrid særskilt, men heller gi anvisning i forarbeidene på hvordan tilsynelatende motstrid bør håndteres og løses.

Det er således ingen rettslige hindre for at ILOs kjernekonvensjoner tas inn i menneskerettsloven. Spørsmålet om å innta ILOs kjernekonvensjoner i

¹⁹⁶ Jf. argumentasjonen i Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) punkt 4.1.3.2.

¹⁹⁷ Jf. argumentasjonen i Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) punkt 4.1.3.2.

¹⁹⁸ Se NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter punkt 7.4.

menneskerettsloven er først og fremst et politisk spørsmål som de folkevalgte på Stortinget må ta stilling til. Det ligger utenfor vårt mandat å mene noe om hvordan utfallet av en slik prosess bør bli.