

# Tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse

Kandidatnr 54

12704 ord

## Innhold

	Side
1. Innledning	4
1.1 Om tema	4
1.2 Problemstilling	5
1.3 Avgrensninger og presiseringer	5
1.4 Rettskilder og metodiske problemstillinger	6
1.5 Sammenfatning	6
2. Tariffavtalen	8
2.1 Innledning	8
2.2 Partsforhold	8
2.3 Ufravikelighet	9
2.4 Konsekvenser av at tariffavtale ikke foreligger	9
3. Virksomhetsoverdragelse som rettslig fenomen	11
3.1 Innledning	11
3.2 Nærmere om de lovfestede reguleringene	11
3.3 Avgrensning av vurderingstema	12
3.4 Kort om avgrensningen mot situasjoner hvor virksomheten har opphørt	13
3.4.1 Overdragelse	13
3.4.2 Identitet	13
3.4.3 Enhet	13
3.5 Oppsummering før videre drøfting	13
4. Arbeidsrettens praksis – analyse (hoveddel) Arbeidsmiljøloven § 16-2	15
4.1 Innledning	15
4.2. Eierstruktur og eierinteresser	15
4.3 Den tariffmessige situasjonen	19
4.4 Overdragelsens art, omfang og virkninger	21

4.5 Unndragelsesformål	24
4.6 Reelle hensyn	26
5. Spesielt om fusjoner og forholdet til det aksjerettslige kontinuitetsprinsippet	28
6. Normative og rettspolitiske refleksjoner	32
6.1 Innledning	32
6.2 Grunnleggende utgangspunkter	32
6.3 Spørsmålet om lovregulering kan erstatte eller supplere den ulovfestede normen	34
Kilder	37

## 1. Innledning

### 1.1 Om tema

Tariffavtalen bygger på retten til å organisere seg, forhandle kollektivt og bruke arbeidskamp som pressmiddel for å ivareta sine interesser overfor arbeidsgiver. Arbeidsgivers tariffmessige forpliktelser overfor arbeidstakere er knyttet til virksomheten, så vel som den juridiske person som til enhver tid står oppført som avtalepart. Hovedregelen og utgangspunktet er at tariffoppliktelsene følger virksomheten når denne skifter hender. Ervervende arbeidsgiver har imidlertid rett til å frigjøre seg fra tariffavtalen – i motsetning til hva som gjelder for de individuelle forpliktelsene i forhold til arbeidstakere som har tilknytning til den overdratte virksomheten.

Arbeidsrettens dom ARD 1921.341 har blitt stående som det grunnleggende prejudikatet for arbeidstakers tariffmessige rettstilling ved virksomhetsoverdragelse.<sup>1</sup> Dommen fastslår som «en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale» at arbeidsgiver ikke kan unndra seg sine tariffmessige forpliktelser ved å foreta et identitetsmessig hamskifte. Arbeidsretten har i forlengelsen av dette etablert en ulovfestet lære om at virksomhetsoverdragelsen må være reell for at ervervende arbeidsgiver skal kunne reservere seg mot tariffbundethet.

Kjernen i problemstillingen dreier seg omkring spørsmålet om hvorvidt tariffavtaler opprettholdes ovenfor arbeidsgiver som fingerer en virksomhetsoverdragelse i den hensikt å unndra seg tariffavtalen. I slike tilfeller har de tariffrettslige prinsippene som er utviklet av arbeidsretten gjennomslag i forhold til den nå lovfestede reservasjonsretten.

Tariffavtaler og den kollektive forhandlingsretten er helt sentral - ikke bare for å forstå den kollektive arbeidsretten, men også som en kilde til de normene som har utviklet seg til å gjelde for de enkelte arbeidsforholdene individuelt. Som Fougner påpeker i den rettshistoriske delen av «Arbeidsrett» er mange av de lovfestede normene i arbeidsmiljøloven opprinnelig utviklet i Hovedavtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiversammenslutningene. Tariffavtaler har stor direkte og indirekte betydning for hele spekteret av vilkår som utgjør arbeidsforholdet i vid forstand.

Virksomhetsoverdragelser og andre endringer i virksomhetens art er faktorer som bidrar til å endre de reelle og formelle forutsetningene for tariffavtalen. Arbeidsgivers motivasjon vil som regel være sammensatt, og unndragelse av tariffoppliktelsene kan være et av mange elementer som spiller inn. I forhold til spørsmål om tariffoppliktelsene opprettholdes på grunnlag av ulovfestede prinsipper, dreier tematikken seg rundt hvem som er adressat for krav som retter seg mot arbeidsgiver, og om dette reelt sett har endret seg som følge av virksomhetsoverdragelsen.

---

<sup>1</sup> Som vist til i *Fougner*, s 955 flg

## 1.2 Problemstilling

Formålet med oppgaven er å undersøke hvordan ulovfestede normer for opprettholdelse av tariffpliktelse ved virksomhetsoverdragelse har dannet seg, og hva som gjelder *de lege lata*. Av spesiell interesse er forholdet mellom de lovfestede normene i AML kapittel 16 og de ulovfestede normene nedfelt av arbeidsrettens praksis fra mellomkrigstiden og framover, herunder hvorvidt sistnevnte utfyller, korrigerer eller presiserer anvendelse og rekkevidde av de lovfestede normene. Selv om rettshistoriske perspektiv kan være relevante for å belyse problemstillingen, er hovedformålet å klargjøre hva som er gjeldende rett i skrivende stund.

Arbeidsmiljøloven § 16-2(2) gir ny arbeidsgiver reservasjonsrett mot den overdratte virksomhetens tariffavtaler. Spørsmålet er i hvilke tilfeller de ulovfestede normene griper inn i denne reservasjonsretten. I hvilke tilfeller er reservasjonsretten avskåret på grunnlag av ulovfestet rett?

## 1.3 Avgrensninger og presiseringer

Tema gjelder hovedsakelig tariffmessige forpliktelser. Dette omfatter tariffavtaler på underordnet og overordnet nivå, men ikke individuelle avtaler og forpliktelser som gjelder i direkte relasjon mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Sistnevnte har et sterkere rettsvern ved virksomhetsoverdragelse.

Arbeidsgiver kan reservere seg mot de kollektive, men ikke de individuelle avtalebindingene. Når det er stadfestet at tariffavtalen ikke består etter overdragelsen, blir det neste spørsmålet hvilke tariffmessige bestemmelser som inngår i de individuelle arbeidskontraktene, altså hva som ligger i ordlyden «individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale» i § 16 (2) 3.punktum.

Problemstillingen i denne oppgaven tar imidlertid utgangspunkt i at spørsmålet om hvorvidt tariffavtalen består, ennå ikke er avklart. Problematikken rundt hva videreføres som individuelle vilkår blir dermed hypotetisk, og ligger utenfor rammen av denne oppgaven.

Utgangspunktet for drøftelsen er at den ervervende arbeidsgiver har reservert seg mot å bli part i tariffavtalen ved gi melding til tariffmotparten etter reglene i arbeidsmiljøloven § 16-2(2). Spørsmålet om tariffavtalen likevel følger med, beror da på en konkret vurdering av virksomhetsoverdragelsens art, og hvilken realitet den innebærer. Dette har også en side mot selskapsretten, og selskapsrettslige normer vil derfor kunne være relevante. Hovedfokus vil imidlertid være på den arbeidsrettslige siden, med utgangspunkt i arbeidstakernes rettstilling ovenfor ervervende arbeidsgiver som tariffpart eller medlem.

#### 1.4 Rettskilder og metodiske problemstillinger

Fremstillingen er ment som en rettsdogmatisk analyse. Formålet er å klarlegge rettstilstanden slik den gjelder i dag, og jeg vil basere meg på alminnelig juridisk metode.

Arbeidsretten avgjør i siste instans hvorvidt det foreligger tariffoppliktelse og hvordan disse skal tolkes og anvendes, jf. arbeidstvisteloven § 34, første ledd. Innenfor sitt saklige virkeområde har arbeidsrettens avgjørelser prejudikativ virkning som er bindende for Høyesterett<sup>2</sup>. Siden tema dreier seg om tariffavtaler og normer utviklet med grunnlag i tariffavtaler, vil Arbeidsrettens avgjørelser derfor ha en sentral rolle i framstillingen.

Når det gjelder lovregulering, er det sentrale grunnlaget arbeidsmiljøloven § 16-2(2). Et spørsmål som må avklares er om, og i hvilke tilfeller, loven stiller seg deklarasjonsmessig i forhold til de alminnelige tariffrettslige normene som er utviklet av Arbeidsrettens praksis.

Det litterære kildetilfanget med direkte og spesiell relevans til problemstillingen, er relativt sparsomt. Hovedsakelig begrenser det seg til 2 artikler skrevet av Stein Evju. For øvrig baserer analysen seg hovedsakelig på arbeidsrettens dommer. Disse dommene gjenspeiler en rettshistorisk utvikling over nær 100 år, fra tidlig mellomkrigstid til år 2015. Et skille mellom begrepene «eldre» og «nyere» rettspraksis sikter til perioden før og etter Securitasdommen i 1988 (ARD-1988-38). Dette representerer ikke noe rettsdogmatisk skjæringspunkt, men reflekterer at de praktiske problemstillingene som ble reist for Arbeidsretten i den siste perioden gjennomgående var av en annen art.

Et annet skille av mer rettslig karakter er reformen av Arbeidsmiljøloven av 2005, som innførte en ny hovedregel om at tariffavtalen følger med ved virksomhetsoverdragelse dersom ny arbeidsgiver ikke inngir melding om reservasjon innen 3 uker. Spørsmålet er om dette medfører at praksis før og etter lovendringen skal tolkes ulikt. Realiteten er imidlertid at den lovfestede reguleringen ikke har direkte relevans for hovedproblemstillingen, selv om den utgjør en viktig del av bakgrunnsretten. Se nærmere pkt. 3.2.

Ved virksomhetsoverdragelse er et grunnleggende skille mellom rettsvirkninger på henholdsvis overdrager og erverversiden. I tilfeller hvor overdragelsen ikke er reell, i den forstand at de samme eierinteressene gjør seg gjeldende på begge sider, er denne sonderingen av underordnet betydning. Arbeidsrettens praksis har utviklet en norm som bygger på en realitetsvurdering, som gir et mandat for gjennomskjæring av formelle regler. Der hvor skillet mellom erverver og overdragersiden er relevant, vil dette imidlertid bli berørt. Dette gjelder først og fremst i analysen av eldre rettspraksis.

#### 1.5 Sammenfatning

Kapittel 2 og 3 omhandler kort grunnbegrepene virksomhetsoverdragelse og tariffavtale.

---

<sup>2</sup> Se for eksempel HR-2018-1268-F

Det er nødvendig å forstå hvordan fenomenet virksomhetsoverdragelse tolkes og anvendes *som rettslig begrep* i arbeidsrettslig kontekst. Arbeidstakernes individuelle kontraktsrelasjon til virksomheten avhenger av at virksomheten beholder sin identitet, status og enhet etter overdragelsen. Siden rettsvirkningen er at disse forpliktelsene består i forhold til et nytt rettssubjekt, er det viktig å hvilke konkrete vilkår som må foreligge – hva som konstituerer en virksomhetsoverdragelse i arbeidsrettslig forstand.

I forhold til tariffavtalen er temaet hvorvidt overdragelsen er reell, i den forstand at virksomheten virkelig har skiftet eier. I begge tilfeller er det realitetene som er gjenstand for vurdering.

Tariffavtalens spesielle karakter, tilblivelse og virkninger er også en nødvendig del av bakgrunnen for problemstillingen. Grunnleggende er tariffavtalen en avtale som er fremforhandlet og innstiftet via fullmakt, på vegne av et kollektivt felleskap av parter. En arbeidstaker kan per definisjon ikke stå som den eneste parten i en tariffavtale<sup>3</sup>. En arbeidsgiver kan derimot stå som part alene, eller via medlemskap i den arbeidsgiverforeningen som har inngått avtalen. Dette reiser spørsmål om de to ulike formene for binding (partsbundethet og medlemsbundethet) kan føre til ulike resultater ved virksomhetsoverdragelse<sup>4</sup>.

Hovedspørsmålet, i hvilke tilfeller tariffavtalen opprettholdes på grunnlag av de arbeidsrettens ulovfestede normer, blir behandlet kapittel 4. Det er naturlig å starte med utgangspunkt i lovreguleringen i arbeidsmiljøloven § 16-2(2). Lovens alminnelige utgangspunkt er som nevnt at tariffavtalen består, men at arbeidsgiver ved å gi melding senest 3 uker etter overdragelsen kan reservere seg mot å bli bundet. Når slik reservasjon foreligger, er det likevel et vilkår at overdragelsen er reell. Prøvingen av dette vilkåret ligger innenfor Arbeidsrettens kompetanse, jf arbeidstvisteloven § 34 (1). Punkt 4.2 flg. omhandler arbeidsrettens behandling av relevante spørsmål knyttet til virksomhetsoverdragelsens realitet. Vurderingen er sammensatt av et knippe elementer, som oppsummert i ARD 2015.137 (Spirit) avsnitt 64:

- eierstruktur og eierinteresser
- overdragelsens art, omfang og virkninger
- Den tariffmessige situasjonen i de berørte virksomhetene
- Formålet med overdragelsen
- Reelle hensyn forøvrig

Med utgangspunkt i disse momentene tas det sikte på en systematisk analyse av arbeidsrettens praksis i punktene 4.2-4.6 Forholdet til fusjon og det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp behandles særskilt i Kapittel 5

Kapittel 6 er reservert for normative og rettspolitiske refleksjoner, herunder spørsmålet om lovreguleringen kunne vært annerledes. Dette gir anledning til å sammenfatte drøftelsen og sette problemstillingene inn i et større perspektiv. Et overordnet spørsmål er hvorfor tariffavtalen står i en særstilling i forhold til de andre avtalerettslige bindingene som utgjør arbeidsforholdet, og som ellers nyter et utstrakt rettsvern i lovreguleringen. Dette berører for eksemel skillet mellom den individuelle og den kollektive arbeidsretten, og hvorvidt ulike hensyn gjør seg gjeldende.

---

<sup>3</sup> Jf arbeidstvisteloven § 1, bokstav e

<sup>4</sup> *Evju* s 119-122

## 2. Tariffavtalen

### 2.1 Innledning

Før problemstillingen om tariffavtalens opprettholdelse ved virksomhetsoverdragelse kan behandles, er det nødvendig å forstå hva en tariffavtale er og hvilke særtrekk som kjennetegner den med hensyn til partsforhold, binding og virkninger.

Tariffavtale er per definisjon «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold», jf arbeidstvistloven § 1, bokstav e. Avtalerettslig kan tariffavtalen forstås som en avtale inngått ved fullmakt på vegne av en kollektiv sammenslutning av parter. Formålet, anerkjent av rettsordenen, er monopolisering av arbeidskraft innen et nærmere bestemt fagfelt eller kategori av arbeid. Dette innebærer nødvendigvis at avtalen også har konsekvenser for utenforstående parter.

Tariffavtalens spesielle funksjon som instrument for monopolisering av arbeidsmarkedet og allmenngjøring av arbeidsvilkår innebærer at den står i en avtalerettslig særstilling, ved at den har både gjensidige og ensidige virkninger på flere nivå.

### 2.2 Partsforhold

Mellom tariffpartene gjelder avtalen med gjensidig binding, på samme måte som andre avtaler. Tariffpartene er som regel arbeidsgiver- eller arbeidstakerorganisasjonene, som har inngått avtalen på vegne av sine medlemmer. Ut fra et avtalerettslig perspektiv ville dette kunne oppfattes som at avtalen er inngått via fullmakt, og at medlemmene har status som prinsipal. I motsetning til hva man normalt ville vente, er det imidlertid organisasjonene som har partsstatus og direkte rådighet over tariffavtalen<sup>5</sup>. Medlemmene på begge sider er bundet av avtalen, og nyter godt av rettighetene. I tillegg nyter utenforstående parter godt av de samme rettighetene, men uten å være bundet. Tariffavtalen involverer dermed (1) subjekter med direkte partsstatus, (2) subjekter som er bundet gjennom medlemskap og (3) utenforstående subjekter.

I forbindelse med de problemstillingene som skal behandles her, er det viktig å merke seg at arbeidsgiver både kan være bundet som direkte part (partsbundethet) eller gjennom medlemskap i en arbeidsgiverforening (medlemsbundethet). Det kan ha betydning for spørsmålet om tariffavtalen består ved overdragelse hvilken av disse formene for bundethet som gjelder for overdrageren. *Evju* problematiserer dette i forbindelse med virksomhetsoverdragelse i form av fusjon<sup>6</sup>. Ved partsbundethet har arbeidsgiver rådighet over tariffavtalen på samme måte som ved et ordinært avtaleforhold. Ved medlemsbundethet ligger imidlertid rådigheten til den arbeidsgiverforeningen som forvalter

---

<sup>5</sup> Dette gir seg uttrykk i bestemmelsene om søksmålskompetanse i arbeidstvistloven § 35 (1)

<sup>6</sup> Stein Evju - Fusjon og tariffavtaler, s.119-126



tariffavtalen på vegne av sine medlemmer. Ettersom en slik binding forutsetter medlemskap, innebærer en overgang av tariffavtalen i disse tilfellene at erverver tvinges til å melde seg inn i en arbeidsgiverforening, og at arbeidsgiverforeningen blir tvunget til å oppta et medlem. Dette medfører en del utfordringer i forhold til prinsippet om organisasjonsfrihet, som har en menneskerettslig forankring<sup>7</sup>.

Distinksjonen mellom medlemsbundethet og partsbundethet er relevant i forhold til all formell overdragelse av tariffbundethet, ikke bare i forbindelse med fusjon.

Medlemsbundethet er den tilknytningsformen som gjelder for de fleste arbeidsgivere. Dersom denne formen for tariffbinding skulle vise seg å være spesielt problematisk i forbindelse med overdragelser, har det derfor vidtrekkende implikasjoner. Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 16-2(2) er at tariffbindingen følger med, også ved reelle overdragelser, dersom erverver ikke uttrykkelig inngir reservasjonserklæring (se nedenfor, punkt 3.2). Det må derfor kunne konstateres at selv om overføring av medlemsbundethet reiser noen prinsipielle spørsmål, gjennomføres det i stor utstrekning uten at disse spørsmålene i praksis kommer på spissen.

Problemstillinger i tilknytning til sondringen mellom medlemsbundethet og partsbundethet vil bli behandlet nærmere nedenfor, i kapittel 3.

### 2.3 Ufravikelighet

Tariffavtalen kan ikke fravikes i arbeidskontrakten, jf. arbeidstvisteloven § 6. Bestemmelser som fraviker tariffavtalen blir utgyldige, uansett om fravikelsen er til gunst eller ugunst for arbeidstaker. På dette punktet skiller ufravikeligheten seg fra den som er nedfelt i arbeidsmiljøloven § 1-9, som åpner for at loven kan fravikes så lenge det er til gunst for arbeidstaker. Arbeidsmiljøloven gjelder hovedsakelig det individuelle forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Den skal garantere et visst minimum av rettigheter, uavhengig av de tariffrettslige avtaleforholdene. Tariffavtaler regulerer på sin side lønns og arbeidsvilkår med allmenn virkning innenfor det faglige tariffområdet. Dette bygger på andre hensyn, forutsetninger og partsforhold. Tariffstridig forskjellsbehandling som er til gunst for enkelte arbeidstakere kan for eksempel være egnet til å undergrave tariffbestemmelsene.

### 2.4 Konsekvenser av at tariffavtale ikke foreligger

I en situasjon hvor tariffavtale ikke foreligger, er utgangspunktet at partene har en legitim rett til å gjennomføre arbeidskamp med sikte på å øve press på motparten for å tvinge fram opprettelse av tariffavtale. Spørsmålet om hvorvidt en tariffavtale skal opprettes er en interesseløst, slik dette er definert i arbeidstvisteloven § 1, bokstav j. Før arbeidskamp iverksettes, må prosedyrene for plassoppsigelse og mekling i arbeidstvisteloven kapittel 3 følges.

---

<sup>7</sup> Jf EMK artikkel 11, SP artikkel 22, ved implisitt innfortolkning av den negative organisasjonsfriheten

Etter § 3-7 i Hovedavtalen<sup>8</sup> kan LO og NHO «kreve at tariffavtale skal gjelde i medlemsbedrift som ikke har vært bundet av tariffavtale mellom organisasjonene.» Vilkåret er at minst 10 % av de ansatte innen gjeldende fagområde i virksomheten er medlemmer i det aktuelle LO-forbundet. For virksomheter som er medlem av NHO vil derfor tariffavtale i mange tilfeller kunne opprettes uten å gå veien om mekling og arbeidskamp.

---

<sup>8</sup> Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021

### 3. Virksomhetsoverdragelse som rettslig fenomen

#### 3.1 Innledning

Virkningene av virksomhetsoverdragelse er regulert i arbeidsmiljølovens kapittel 16. Etter § 16-2 overføres «rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold» fra overdrager til erverver – sistnevnte blir i ordlyden betegnet som «den nye arbeidsgiver» (§ 16-2, 1.ledd). Overføringen av rettigheter og plikter omfatter både kontraktsfestede bindinger og lovfestede rettigheter som gir grunnlag for å oppstille individuelle krav ovenfor arbeidsgiver.

Med hensyn til tariffavtalen, er utgangspunktet at også denne overføres til den nye arbeidsgiveren (§ 16-2, 2.ledd, 1.punktum). Erverver har imidlertid rett til å reservere seg, med en frist på 3 uker fra overdragelsestidspunktet. Hovedproblemstillingen dreier seg om å avklare grensene for denne reservasjonsretten. Rettsvirkninger i forhold til både individuelle og kollektive avtaleforhold bygger på en konkret vurdering av realiteten av virksomhetsoverdragelsen. Både opprettholdelsen av de individuelle avtaleforholdene, videreføringen av tariffavtalen og arbeidsgivers reservasjonsrett bygger på at virksomhetsoverdragelsen er vurdert som reell.

#### 3.2 Nærmere om de lovfestede reguleringene

Arbeidsmiljøloven § 16-2 gjelder lønns og arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelse. Utgangspunktet etter første ledd er at overdragende arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av «arbeidsavtale eller arbeidsforhold» overføres uendret til erverver slik de gjaldt på tidspunktet for overdragelsen. Dette gjelder rettigheter og plikter som følger av det individuelle arbeidsforholdet.

Det samme utgangspunktet gjelder for tariffavtalen, etter andre ledd, som lyder:

«Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet. De overførte arbeidstakerne har likevel rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere»

Problemstillingen forutsetter som nevnt at reservasjonsmelding er inngitt av ny arbeidsgiver, innen fristen og til rett adressat. Det vil derfor ligge utenfor rammen av oppgaven å behandle disse bestemmelsene nærmere. Dette gjelder både de prosessuelle vilkårene for reservasjonsmeldingen og sonderingen mellom tariffvilkår som sådan og individuelle rettigheter nedfelt under henvisning til tariffvilkårene. Sistnevnte er bare aktuelt å drøfte hvis er avklart at tariffavtalen ikke opprettholdes.

Etter ordlyden i § 16-2(2) synes det som om reservasjonsretten gjelder uten unntak. Det framgår imidlertid av forarbeidene at lovgiver ikke hadde til hensikt å gjøre inngrep i den rettsstilstand som var utviklet av arbeidsrettens praksis<sup>9</sup>. Reservasjonsretten ble innført ved reformen av arbeidsmiljøloven i 2005, og spørsmålet om hvilken betydning lovreguleringen har for vurdering av rettspraksis før og etter at loven ble innført, må vurderes med på grunnlag av uttalelsene i forarbeidene. Før loven ble endret, var utgangspunktet at tariffavtalen ikke fulgte med under virksomhetsoverdragelse. Etter lovendringen gjelder det motsatte, at tariffavtalen består dersom arbeidsgiver ikke bruker reservasjonsretten innen fristen. Regelen knytter imidlertid bare an til den bundetheten som følger av § 16-2(2) Det forutsettes at reservasjonsretten ikke gir arbeidsgiver rett til å reservere seg mot tariffavtaler som ellers ville blitt opprettholdt på grunnlag av den ulovfestede læren om tarifføvergang som var utviklet av arbeidsretten. Reservasjonsretten skulle heller ikke gjelde når tariffavtalen i forhold til andre spesialregler ble opprettholdt på «særskilt grunnlag». Hvis arbeidsgiver har brukt reservasjonsretten, «vil spørsmålet om tariffavtaleovergangen fortsatt måtte avgjøres ut i fra en konkret vurdering i den enkelte sak».

Vurderingstemaet synes dermed å være det samme som før lovendringen. Forutsatt at arbeidsgiver velger å bruke reservasjonsretten, er også utgangspunktet det samme. Et annet spørsmål er om lovgiver ved å etablere en lovfesting av tarifføvergangen har etablert en normativ presumpsjon for at opprettholdelse av tariffavtalen er det beste.

### 3.3 Avgrensning av vurderingstema

Området for den reelle overdragelse kan tenkes å være avgrenset på 2 måter. I den ene retningen må grensen trekkes mot situasjoner hvor virksomheten i det vesentlige har opphørt, slik at det som videreføres dermed må anses for å være en annen virksomhet uten tilstrekkelig reell tilknytning til den førstnevnte til at det er forsvarlig å bruke begrepet virksomhetsoverdragelse. I den andre retningen må grensen trekkes mot situasjoner hvor virksomheten fortsetter på samme måte, og endringene bare dreier seg om formaliteter.

Den førstnevnte problemstillingen har hatt størst betydning, siden realitesvurderingen av virksomhetsoverdragelsen gir grunnlag for anvendelse av de lovfestede rettighetene. I en situasjon hvor arbeidsgiver reserverer seg mot at tariffavtalen følger virksomheten, er det rettslige utgangspunktet motsatt – og dermed også problemstillingen. Der hvor virksomhetsoverdragelse er et inngangsvilkår som utløser de individuelle rettighetene mot ervervende arbeidsgiver, blir spørsmålet i forhold til tariffrettslige normer hvorvidt virksomhetsoverdragelsen er reel nok til at den kan påberopes av ervervende arbeidsgiver som grunnlag for å reservere seg.

Det er de sistnevnte problemstillingen som er gjenstand for analyse. Likevel vil jeg i det følgende kort gjøre rede for de elementene som utgjør den førstnevnte problemstillingen - avgrensningen mot situasjoner hvor virksomheten har opphørt.

---

<sup>9</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 271

### 3.4 Kort om avgrensningen mot situasjoner hvor virksomheten har opphørt

Det sentrale spørsmålet i forbindelse med virksomhetsoverdragelse er hva som utgjør virksomhetens identitet, og hvilken realitet som ligger i overdragelsen. Arbeidsmiljøloven inneholder ikke noen legaldefinisjon på begrepet virksomhet, men definerer virksomhetsoverdragelse som «overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen», jf § 16-1(1), første punktum. Dette blir tolket og utlagt som 3 kumulative vilkår: overdragelse, enhet og identitet. Først når alle disse vilkårene er oppfylt, blir det anerkjent at en virksomhetsoverdragelse foreligger i lovens forstand.

#### 3.4.1 Overdragelse

Grunnlaget for overdragelsen er en kontraktmessig disposisjon fra arbeidsgivers side, som innebærer at virksomheten overføres til en annen juridisk person. Dette vil typisk være salg av de sentrale aktiva. I tilfeller hvor virksomheten utøves mer eller mindre uavhengig av fysiske driftsmidler eller lokalisering, kan virksomheten overføres ved at oppdraget utføres av en annen arbeidsgiver. Et typisk eksempel er renholdstjenester. Når en utenforstående tredjepart flytter virksomheten fra den ene underleverandøren til den andre, blir virksomheten overført via en indirekte kontraktmessig disposisjon. Også dette innebærer en virksomhetsoverdragelse i arbeidsrettslig forstand.

#### 3.4.2 Identitet

Med identitet forstås særlige kjennetegn ved virksomheten som utgjør dens individualitet. Spørsmålet om hvorvidt virksomheten har beholdt sin identitet, beror på en sammenligning av hva den består av før og etter overdragelsen. Dette gjelder fysiske og immaterielle aktiva, arbeidsstyrke, kundekrets og hvorvidt det foreligger kontinuitet i virksomheten. I de fleste tilfeller vil noen av disse faktorene være endret etter overføringen. Hvis de for en stor del består uendret, kan virksomheten anses for å ha beholdt sin identitet. Motsatt kan det tenkes tilfeller hvor det har skjedd så store forandringer at det ikke vil være rimelig å etablere arbeidsrettslige virkninger på grunnlag av en identifikasjon. Dette kan for eksempel gjelde virksomheter som krever både fysiske produksjonsmidler og arbeidskraft, men hvor bare sistnevnte følger med i overdragelsen.

#### 3.4.3 Enhet

Kravet om at virksomheten som overføres må utgjøre en selvstendig enhet, følger direkte av ordlyden «selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen» i § 16-1 (1). Mye taler imidlertid for at enhetskravet og identitetskravet inngår i en samlet vurdering. Det er for eksempel vanskelig å tenke seg en virksomhet som ikke har beholdt sin identitet, men som likevel består som den samme enheten. Enhetsbegrepet viser nødvendigvis til en identitetsmessig tilknytning, og det kan derfor stilles spørsmål ved om det har selvstendig betydning. «Selvstendig enhet» forstås som en del av virksomheten som i prinsippet kan

fungere uavhengig. I selvstendighetskriteriet ligger altså et krav om funksjonell uavhengighet. Den overførte delen av virksomheten «må utgjøre en stabil og operasjonell enhet, som selv er i stand til å levere de tjenester som er karakteristiske for virksomhetens økonomiske aktivitet»<sup>10</sup>

### 3.5 Oppsummering før videre drøfting

Ved virksomhetsoverdragelse opprettholdes den individuelle relasjonen i arbeidsforholdet, avsondret og uskilt fra det kollektive avtaleforholdet. Hvis realiteten er at virksomheten har opphørt, og ikke har blitt videreført med en annen eier, opphører også alle rettigheter og plikter som følger av arbeidsforholdet – kollektive så vel som individuelle. På den annen side: hvis virksomheten i realiteten ikke har opphørt, og heller ikke har blitt overdratt til en annen arbeidsgiver, opprettholdes både de individuelle og kollektive avtaleforholdene. Den videre drøftelsen tar dermed utgangspunkt i at virksomheten opprettholdes. Problemstillingen blir dermed å skille mellom reelle og ikke-reelle overdragelser.

---

<sup>10</sup> Rt. 2011-1755, avsnitt 53

## 4. Arbeidsrettens praksis – analyse (hoveddel)

### 4.1. Innledning

Jeg vil i dette kapitlet redegjøre for argumentasjonsmønster og momenter som anvendes og vektlegges av Arbeidsretten i vurderingen av om erververen blir bundet av de tariffavtaler som gjelder for overdrageren.

Hovedproblemstillingen dreier seg om hvorvidt virksomhetsoverdragelsen er reell. Vurderingen baserer seg på ulike elementer, som i det følgende vil bli gjennomgått. Utgangspunktet for gjennomgangen er oppsummeringen i spirit-dommen, avsnitt 64<sup>11</sup>, hvor de ulike elementene i vurderingen identifiseres:

«På bakgrunn av disse avgjørelsene må det i vurderingen legges vekt på eierstruktur og eierinteresser i de berørte selskapene og på overdragelsens art, omfang og virkninger. Den tariffmessige situasjonen i de berørte virksomhetene og de generelle eller spesielle forutsetningene for tariffforholdet, vil også stå sentralt i vurderingen. Formålet med overdragelsen er også av betydning, og spesielt dersom formålet med overdragelsen er å omgå eller komme ut av tariffforpliktelser»<sup>12</sup>

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 ble vurderingsmomentene oppsummert som:

«om erververen er et selvstendig rettssubjekt, hva som er gjenstand for overdragelsen, transaksjonsformen, om det har vært avbrudd i driften og om hensikten har vært å unndra seg tariffforpliktelser»<sup>13</sup>

Som betegnelse på overdragelser som ikke er reelle, brukes begrepet «rettslig og faktisk omorganisering av virksomhet». Dette kan forstås som en henvisning både til formaliteter og realiteter. «Omorganisering» forstås i denne sammenheng som at virksomheten reelt og formelt (rettslig og faktisk) er knyttet til de samme eierinteressene, men at den er organisert på en annen måte. Selv om de rettslige formalitetene spiller inn i vurderingen, er det realiteten som er avgjørende. Hovedprinsippet er at arbeidsgiver ikke kan bli fri fra tariffmessige forpliktelser ved ensidige disposisjoner. Vurderingstemaet blir av *Evju* betegnet som «en realitetsvurdering hvor det objektive er det sentrale.»<sup>14</sup>

### 4.2 Eierstruktur og eierinteresser

Utgangspunktet etter prambyggerdommen er at arbeidsgiver ikke kan fri seg fra tariffavtalen gjennom ensidige disposisjoner. Selskapsrettslige endringer kan være en slik disposisjon. Når et nytt selskap opprettes, er dette en selvstendig juridisk enhet som ikke inneholder obligasjoner eller bindinger. Formaljuridisk medfører en slik operasjon at virksomheten kan

<sup>11</sup> ARD-2015-137, avsnitt 64, som vist til innledningsvis i 1.5

<sup>12</sup> Med henvisning til ARD 2001 side 1 (Hakon), ARD 2004 side 164 (APTS), ARD 2008 side 189 (D & F Group) og ARD 2011 side 373 (ASCO)

<sup>13</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 268

<sup>14</sup> Stein Evju, 2010 Sjelløse tariffavtaler s. 178

drives videre av et annet rettssubjekt, uten tilknytning til tariffavtalen, men med reell tilknytning til de samme eierinteressene. Problemstillingen som oppstår, hører inn under et større felt som knytter seg til selskapsformer med begrenset personlig ansvar. Disse juridiske konstruksjonene ble utviklet i forbindelse med industrialiseringen på 1800-tallet<sup>15</sup>. Hensikten var å legge til rette for investering av finanskapital i de nye industrielle virksomhetsformene, ved å gjøre investeringsrisikoen mer begrenset, forutberegnelig og håndterbar.

Utfordringen har vært at disse selskapsformene også kan misbrukes av aktører som prøver å unndra seg sine forpliktelser samtidig som de høster gevinst av sine kontrahenters motytelser. Problemstillingen gjorde seg først gjeldende i forhold til ordinære finanskreditorer, som risikerte å bli henvist til en debitor ute av stand til å svare for sine forpliktelser fordi dens tilknyttede fysiske eiere ikke hadde noen direkte ansvarstilknytning. Løsningen var å konstruere et system av formelle og dogmatiske regler for å ansvarliggjøre de juridiske personene på selvstendig grunnlag.

Når tariffavtaler begynte å gjøre seg gjeldende i første halvdel av 1900-tallet, oppstod den samme type problemstillinger i forhold til disse avtaleformene. Spørsmålet var hvordan rettsordenen skulle forholde seg til proforma – operasjoner med hensikt å unngå tariffpliktelser. Løsningen ble utviklingen av en ulovfestet norm basert på at det er det reelle eierskapet som er avgjørende, ikke det formelle.

Arbeidsretten tok først stilling til dette i ARD-1921-341 (prambygger). I denne saken ble tariffbundetheten opprettholdt primært ovenfor overdrager, som imidlertid ble ansett for «enerådig i det nye selskaps anliggender». Overdrager hadde plikt til å overføre tariffpliktelserne til det nye selskapet - en plikt som ble utledet av tariffavtalen og de forutsetningene denne ble antatt å bygge på. At dette ikke ble gjennomført, ble bedømt som illojalt og som et «tariffbrudd» fra overdragere side.

I ARD 1931-86 ble virksomheten (spikring av kasser) overdratt til en ekstern kontraktør, som gjennomførte den samme virksomheten som ekstern underentreprenør, med uorganiserte arbeidere til en betydelig lavere tariff. Arbeidsrettens utgangspunkt for vurderingen er at tariffplikten knyttes til virksomheten, og at det er realitetene som er avgjørende:

«Det må efter tariffens hele ånd og mening være tilstrekkelig, at arbeidet foregår som et ledd i anleggets virksomhet. Og spørsmålet blir, om der i så henseende er skjedd nogen reell forandring i det tidligere forhold»

Også i dette tilfellet ble tariffplikten opprettholdt ovenfor overdrager.

For å kunne vurdere realiteten i overdragelsen, er det et sentralt moment å avdekke de reelle eierforholdene. Med dette siktes det til hvem som utøver eiebeføyelser, og hvem som nyter godt av den profitten som virksomheten kaster av seg. I noen situasjoner kan dette vise seg krevende å avdekke, som i ARD 1926-3, hvor mistanken om et «proforma-arrangement» kommer til uttrykk i en bemerkning fra mindretallet:

---

<sup>15</sup> *Michaelsen* s. 386 flg.



«Den ufullstendige leiekontrakt og den lave aksjekapital som ikke kan gi noen sikkerhet overfor A/S Skiens Verksteder for ødeleggelse av maskiner eller redskaper, vekker efter deres mening en formodning for at der foreligger proforma-verk. Men de finner dog ikke dette således godtgjort at påstanden kan tas til følge, og de kommer derfor til samme resultat som flertallet»

I ARD 1936.1 ble virksomheten overdratt fra far til sønn, og denne overdragelsen ble ansett for å være reel nok til at tariffoppliktelsene ikke fulgte med. Arbeidsretten baserte sin konklusjon på at krav og søksmål var rettet mot feil adressat, uten at det ble problematisert hvorvidt den familiære tilknytningen mellom erverver og overdrager kunne være et relevant grunnlag for identifikasjon. Dommen etterlater imidlertid en viss uklarhet om hvorvidt slutningen kunne vært en annen hvis saksøkerne hadde utformet anførsler og påstandsgrunnlag annerledes:

«... idet det ikke er hevdet, at M. Danielsen hadde sørget for eller hadde tariffplikt til å sørge for, at bedriften også efter overdragelsen til Konrad Danielsen skulde være bundet av tariffavtalen.»

Antydningvis ville arbeidsretten da hatt foranledning til å vurdere om far indirekte kunne holdes ansvarlig for å oppfylle sin sønns tariffoppliktelser. I en situasjon hvor påstandsgrunnlaget baserer seg på at de reelle eierforholdene er uendret, framstår dette som kunstig.

Motsatt fastslår ARD 1936.36 tariffbinding direkte ovenfor *erverver*<sup>16</sup>. Under henvisning til prambyggerdommen baserte arbeidsretten sin konklusjon på at

«En inngått tariffavtales gyldighet overfor en bedrift kan ikke være avhengig av hvilke rettslige former, bedriftens innehaver finner det mest tjenlig for sig å drive virksomheten under»

Dommen fastslår et solidarisk ansvar mellom overdrager og erverver for tariffoppliktene. Dette representerer et avgjørende skifte, og et endelig brudd med den formaljuridiske tilnærmingen. Hvilket av subjektene kravet rettes mot, vil etter dette være av underordnet betydning. Forutsatt at de reelle eierinteressene er de samme, er det uten betydning om overdrager eller erverver er adressat for kravet.

Når eierinteressene *i noen grad* er reelt forskjellige mellom overdrager og erverver, er det av underordnet betydning at det foreligger omgåelseshensikt, som i ARD 1952.31<sup>17</sup>. Saken gjalt opprettelse av et nytt aksjeselskap, hvor det måtte antas at en ikke ubetydelig andel av kapitalen representerte eierinteressene den tidligere virksomheten. Arbeidsretten la til grunn at omgåelse av tariffoppliktelsene sannsynligvis var en av grunnene til at det nye selskapet ble opprettet, uten at dette ble avgjørende.

Erverver av virksomhet blir i utgangspunktet ikke bundet av forpliktelser som overdrager har inngått, og dette gjelder også tariffavtaler. Et selvstendig rettssubjekt svarer bare for de

<sup>16</sup> Som vist til i *Fougner* s. 957

<sup>17</sup> ARD 1926-3, ARD 1936.1, ARD 1952.31, som vist til i *Evju* s. 107

forpliktelser det selv har påtatt seg. Det sentrale prejudikatet som stadfester dette utgangspunktet i nyere rettspraksis er ARD 1988.38 (Securitas), mellom arbeidstakerorganisasjonen PRIFO og arbeidsgiversammenslutningen NAF. Saken gjaldt en delvis overdragelse av virksomhet fra Autogard AS til Securitas, og spørsmålet gjaldt overgang av vekteroverenskomsten. Overdrager og erverver var selvstendige, og representerte ulike eierinteresser. Saksøker baserte sitt påstandsgrunnlag vesentlig på en henvisning til det aksjerettslige kontinuitetsprinsippet, som vil bli omtalt nedenfor i punkt 4.3. Arbeidsretten kom imidlertid til at overdragelsen ikke hadde karakter av å være en fusjon i aksjerettslig forstand, og løste spørsmålet på grunnlag av de alminnelige tariffrettslige normene. Overdragelsen ble bedømt som «en reell overdragelse av virksomhet fra Autogard A/S til Securitas A/S som ny og selvstendig eier» og «ved slik reell overdragelse av virksomhet blir erververen ikke bundet av den tariffavtale overdrageren var bundet av»<sup>18</sup>

En nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for tarifføring, er å påvise at interessene knyttet til virksomheten i realiteten ikke har skiftet eier. Bevisbyrden for dette påhviler saksøker. Men selv i tilfeller hvor eierinteressene langt på vei er uendret, synes terskelen relativt lav for å anse overdragelsen for å være reell i tilfeller hvor det har forekommet en viss endring.

Det som er gjenstand for realitetsbedømmelse, er forholdet mellom virksomheten og de aktuelle eierinteressene. Hvis dette forholdet i realiteten forblir uendret etter overdragelsen - som i kassespikringsdommen ARD-1931-86, omtalt ovenfor - er det av underordnet betydning at det formelle eierforholdet endres eller at utenforstående parter har en viss interesse involvert.

I nyere praksis er ARD 2004.163 (A-pressen) og ARD 2015.233 (Karera) av interesse. Begge gjelder sammenslåing av virksomheter hvor de overordnede eierinteressene er de samme. Førstnevnte gjelder sammenslåing innen konsern, sistnevnte kommunale virksomheter.

Dommen fra 2004 gjelder omorganisering av virksomhet internt i A-pressen (nå Amedia). Det var på det rene at arbeidsgiver ikke hadde unndragelsesformål. Likevel kom Arbeidsretten til at forholdet kunne karakteriseres som «en rent rettslig og faktisk omorganisering av konsernets virksomhet», med den konsekvens at overdragelsen ikke ble anerkjent som reell og at tariffavtalene bestod. Resultatet var basert på en konkret og relativt inngående vurdering av graden av «integrasjon» innad i konsernet. Beslutningsprosessen ble i stor grad styrt ovenfra, fra konsernet, overføringen av ansatte hadde preg av interne prosesser og samhandlingen mellom de ulike virksomhetene hadde vært tett både før og etter omorganiseringen.

Tilsvarende ble det i Karera-dommen foretatt en vurdering av de berørte kommunale virksomhetenes posisjon som selvstendige aktører og hvordan de overordnede eierinteressene var involvert i prosessen. I denne saken ble resultatet motsatt:

---

<sup>18</sup> ARD-1988-38 s.42

«Det sentrale i denne sammenhengen er at det ikke foreligger noen tilknytningsformer eller styring mellom det kommunale foretaket og aksjeselskapet, utover kommunens eierinteresser og eierstyring. Flertallet bemerker også at det ikke er forhold ved beslutningsprosessen i denne saken som gir grunnlag for å tillegge eierforholdet større vekt i vurderingen enn ellers. Når det ikke er grunn til å tro at overdragelsen er motivert av et ønske om å omgå eller komme fri fra tariffoppliktelse, kan eierforhold eller eierstyring i seg selv ikke begrunne at tariffavtalen som sådan er bindende for Karea-Varbas AS». (avsnitt 58)

Karera-dommen stadfester at eierforhold har selvstendig vekt og betydning, selv om denne er relativt begrenset i tilfeller hvor det ikke foreligger omgåelseshensikt. ARD 2015-137 (Spirit) skiller tydelig mellom eierforhold og andre objektive faktorer på den ene siden, og omgåelseshensikt, hvor førstnevnte synes å være det primære utgangspunktet i vurderingen:

«Det følger av disse normene at tariffavtalen i særlige tilfeller kan bli bindende for erververen, og først og fremst i tilfeller med rent rettslige og faktiske omorganiseringer, ved endringer i virksomheten gjort i omgåelseshensikt eller hvor det ellers er grunnlag for identifikasjon mellom overdrager og erverver»

Det enkle utgangspunktet fra prambyggerdommen er at arbeidsgiver ikke kan komme fri fra sine tariffoppliktelse ved ensidige disposisjoner uten reell betydning – for eksempel ved å overdra virksomheten til en annen variant av seg selv. I eldre rettspraksis var eierforholdet enkelt, personlig og relaterte seg til mindre virksomheter, supplert av en omgåelseshensikt som framstilte seg mer eller mindre usjenert. De nyere avgjørelsene gjelder konsernforhold. Til forskjell fra eldre rettspraksis retter vurderingene seg nå mot eierforhold som er komplekse og sammensatte, og hvor også arbeidsgiversidens motivasjon for å gjennomføre omorganiseringer gjenspeiler sammensatte motiver.

#### 4.3 Den tariffmessige situasjonen

Den tariffmessige situasjonen kan være at ervervende arbeidsgiver ikke er tariffbundet, bundet av en annen, konkurrerende tariffavtale eller bundet av den samme tariffavtalen som overdrager.

I sistnevnte tilfelle er den praktiske virkningen av reservasjonen begrenset til lokale særavtaler, slik tilfellet var i ARD 2015-137 (Spirit, nærmere omtalt i pkt. 4.4)). Arbeidsretten anerkjente i dette tilfellet ervervende arbeidsgivers reservasjon, under tvil og dissens. Det ble lagt til grunn at overdragelsen var en «konsernintern organisering», med kontinuitet i driften og liten grad av endringer av realiteter og eierinteresser (avsnitt 67). Den tariffmessige situasjonen, sammenholdt med at det ikke forelå omgåelseshensikt, ble avgjørende for at Arbeidsretten likevel valgte å ikke opprettholde tariffavtalen.

Dersom ervervende arbeidsgiver er bundet av en annen tariffavtale som er relevant, blir det vektlagt som et moment i favør av reservasjon. Dette var tilfellet i ARD 2015.233 (Varbas), se avsnitt 63, og ARD 2011.373 (ASCO), se avsnitt 100-105. I tilfeller hvor det erverver er

tariffbundet, og det dessuten ikke kan knyttes noen omgåelseshensikt til overdragelsen, er det nærliggende å la arbeidsgiver ha sin reservasjon i behold. Dette var tilfelle i begge de omtalte sakene.

Arbeidsgiver kan som nevnt være bundet på 2 måter til tariffavtalen, enten direkte som part eller gjennom medlemskap i en arbeidsgiversammenslutning. Det kan også tenkes situasjoner hvor begge bindingene foreligger samtidig, fordi arbeidsgiver først har trådt inn i en tariffavtale som part og deretter meldt seg inn i en arbeidsgiverforening. Som nevnt ovenfor, reiser overføring av medlemsbundethet en del prinsipielle spørsmål. Når den tariffmessige situasjonen skal vurderes som et av flere momenter for å avgjøre om overdragelsen er reell, er det imidlertid uklart hvilken relevans og vekt dette spørsmålet blir tillagt.

I ARD 1988.38 (Securitas) ble det forhold at overdrager var bundet gjennom medlemskap nevnt som et moment (s.42), men uten at det ble gjort nærmere rede for hvilken betydning dette hadde. ARD 2001-1 (Hakon) gjaldt spørsmålet om overgang ved fusjon, og utgangspunktet for saksøkers anførsler var at morselskapet var bundet gjennom medlemskap i HSH (nå Virke). For et av datterselskapenes vedkommende gjaldt det imidlertid ikke binding gjennom medlemskap, men en situasjon hvor bestemmelsene etter enighet mellom tariffpartene var «gjort gjeldende» for de relevante stillingskategorier. Dette aktualiserte spørsmålet om rekkevidden av morselskapets medlemsbundethet i forhold til datterselskapenes virksomhet. Arbeidsretten uttalte:

«Retten kan ikke se at den omstendighet at det overdragende selskapets tariffbundethet bygde på en slik variant av medlemskap og beslutning, i seg selv er til hinder for at det nye selskapet – Hakon Detalj AS – vil være tariffbundet i samme omfang. Uansett hva som er det rettslige grunnlaget, vil det forhold at et selskap er tariffbundet, i alminnelighet innebære at det har tariffmessige rettigheter og plikter i forhold til tariffpartene på arbeidstakersiden og de tariffbundne arbeidstakerne»

Resultatet var imidlertid at det fusjonerte selskapet ble *bundet* av bestemmelser som tidligere bare var «gjort gjeldende». Det kan diskuteres som dette innebærer noe mer enn å være «tariffbundet i samme omfang». Partene var ellers enige om at en tariffavtale for de aktuelle stillingskategoriene uansett ville bli opprettet dersom arbeidstakerorganisasjonene reiste krav om det på grunnlag av bestemmelsene i hovedavtalen LO-HSH § 10.<sup>19</sup> Saken ble bragt inn for Arbeidsretten med henblikk på å avklare det prinsipielle spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon, som vil bli behandlet nedenfor i kapittel 5

I en situasjon hvor erverver er bundet av en konkurrerende tariffavtale, er dette et tungveidene moment mot tariffovergang.

Dette var tilfelle i Securitas-dommen, uten at det framgår i hvor stor grad det har hatt spesiell betydning for utfallet. Det avgjørende var at partene i overdragelsen var selvstendige og uavhengige av hverandre, noe som formodentlig vil være tilfelle hvis tariffavtalene er ulike.

---

<sup>19</sup> Se tilsvarende om hovedavtalen LO-NHO ovenfor i pkt. 3.4

Det problematiske ved at 2 ulike tariffavtaler har parallell virkning, er dobbeltsuksessjon som følge av tariffavtalens ufravelighetsnormer<sup>20</sup>. Dette er prinsipielt uheldig, og vil også kunne ha praktiske konsekvenser. I eksempelet Securitas ble en relativt liten virksomhet (Autogard) overført til en større virksomhet (Securitas). Sistnevnte hadde i størrelsesorden 20 ganger flere ansatte. I og med at de overførte vekterne gikk til søksmål, må det antas at de nøt godt av vesentlig bedre vilkår, som ville blitt gjort gjeldende for et betydelig større antall ansatte i ervervende virksomhet – et resultat som *Evju* betegner som «harmonisering til det høyeste nivå»<sup>21</sup>

Som grunnlag for kravet om tarifføvergang ble i det vesentlige anført argumenter bygget på det aksjerettslige kontinuitetsprinsippet ved fusjon (se nedenfor, kapittel 5). I slike tilfeller knytter også det reelle eierskapet seg i utgangspunktet til 2 ulike subjekter, som imidlertid lar seg identifisere med hverandre etter sammenslåingen. Dette er relativt uproblematisk for en bestemt forpliktelse som gjelder i forhold til en bestemt kreditor – men problematisk når forpliktelsen gjelder ovenfor et ubestemt antall subjekter, slik tilfellet er ved kollektive avtaler. Det medfører at forpliktelsen øker til et langt større omfang, og at den gjøres gjeldende mellom parter som ikke har vært i forhandlinger med hverandre, hverken direkte eller indirekte via medlemskap.

I eldre rettspraksis var den tariffmessige situasjonen gjerne kjennetegnet av tariffbundethet på overdragersiden og et tariffomt rom på erverversiden. Sakene gjaldt relativt små virksomheter, hvor eierinteressene lot seg identifisere relativt entydig. Motsatt knytter nyere praksis seg til større konsern med komplekse og sammensatte eierstrukturer, hvor spørsmålet ikke er tariffbinding eller ikke, men hvilken avtale som skal gjelde og på hvilket grunnlag. Arbeidsgivers motivasjon for å gjennomføre overdragelsen er gjerne sammensatt av flere elementer, og i tilfeller hvor den ikke framstår som motivert av unndragelsesformål (omtalt nedenfor i pkt. 4.5), har resultatet gjennomgående vært å falle tilbake på den billigste tariffavtalen.

#### 4.4 Overdragelsens art, omfang og virkninger

Med uttrykket «overdragelsens art» siktes det til i hvilken form overdragelsen kommer til uttrykk. Det overordnede spørsmålet er hvorvidt overdragelsen er reell eller ikke, i den forstand at det i realiteten er et nytt, selvstendig rettssubjekt som overtar ansvaret for virksomheten.

Et hovedskille kan tenkes mellom direkte og indirekte virksomhetsoverdragelser.

*Direkte overdragelser* kommer til uttrykk ved ulike former for kontraktmessig overdragelse av eierforholdet, helt eller delvis. En form som reiser særlige problemstillinger, er fusjon, som vil bli behandlet nedenfor i kapittel 5.

<sup>20</sup> Jf ARD 1936.127, som vist til i *Sundet* s. 106

<sup>21</sup> *Evju* s. 137

*Indirekte overdragelser* innebærer at overdrager ganske enkelt legger ned hele eller deler av virksomheten, og at en annen aktør igangsetter den samme virksomheten. Dette var tilfellet i ARD 1926-3 og ARD-1931-86, som begge er omtalt ovenfor i punkt 4.2. Sistnevnte gjaldt spikring av kasser, som ble satt ut til en ekstern oppdragstaker som ikke var tariffbundet. Selv om virksomheten ble gjennomført av en annen aktør, var det åpenbart at interessene knyttet seg til det samme eierskapet.

Med «omfang og virkninger» siktes det til hvor stor del av virksomheten som overdras, og hvilke reelle virkninger overdragelsen har på de involverte, først og fremst med hensyn til eierinteresser. Jo mindre reell overdragelsen er, desto mindre virkninger har den.

Det sentrale vurderingstemaet vil være om virksomheten som sådan er uforandret, og om den i store trekk retter seg mot de samme eierinteressene. Illustrerende er ARD 2004.163 (A-pressen). A-pressekonsernet opprettet et nytt, heleid datterselskap. Dette datterselskapet overtok arbeidsoppgaver knyttet til administrasjon av lønn og økonomistyring. Disse arbeidsoppgavene var tidligere utført av 8 andre datterselskaper, hvorav 6 var bundet av medieoverenskomsten mellom Mediebedriftenes landsforening og Handel og kontor. Reelt var det spesielt de tilknyttede særavtalene som var omtvistet. Arbeidsretten gjennomgikk de konkrete omstendighetene og virkningene av omorganiseringen, og fant at virksomhetsoverdragelsen ikke var reell.

«Det er ikke opplyst at APTS skulle yte vederlag for den øvrige overføringen av virksomhet som fant sted. I stedet ble det inngått avtaler som innebærer at de åtte berørte bedriftene skal betale vederlag for de tjenester APTS yter dem ved å stå for bedriftenes lønns- og regnskapsfunksjoner. Realiteten i dette er at det ikke ble gjennomført noen definitiv overdragelse av virksomhet til en ny eier, men en form for utsetting av tjenesteproduksjon som ensidig kan reverseres av hver av oppdragsgiverne. Tatt i betraktning det konsernforhold APTS som nevnt inngår i, er det ikke under noen omstendighet naturlig å karakterisere selskapet som en selvstendig eier eller bedrift. I praksis har APTS og de åtte berørte bedriftene helt ut samme eiere»

I tillegg til at de reelle eierforholdene var uforandret, skjedde det heller ikke vesentlige og reelle endringer i arbeidsoppgavene, ansettelsesforholdene og øvrige forhold ved organiseringen av virksomheten. Virksomheten gjennomførte i det alt vesentlige de samme arbeidsoppgavene med de samme ansatte, noe som etter Arbeidsrettens oppfatning innebar «*kontinuitet* i forhold til de tidligere virksomhetsgrener»

Motsatt blir det i ARD 2011-373 (ASCO) lagt til grunn som et moment mot at den ulovfestede regelen førte til bundethet at det «har skjedd visse endringer i arbeidets innhold» (avsn. 98). Virksomheten, i dette tilfellet laste og lossearbeid, var gjenstand for til dels gjennomgripende endringer over en viss tidsperiode. Overdragelsen gjaldt en enhet som opprinnelig hadde hatt andre eiere. Etter overdragelsen kunne de ansatte brukes mer fleksibelt, med tilgang på «et bredere tilfang av arbeidsoppgaver» Dette talte for at det i noe mindre grad forelå kontinuitet i virksomheten, og dessuten at arbeidsgivers formål rettet seg mot andre forhold enn de tariffmessige (se pkt. 4.5 nedenfor).

Hvis overdragelsen i liten grad har reelle virkninger, tilsier dette at den kan betegnes som «faktisk og rettslig omorganisering», med den konsekvens at tariffavtalen opprettholdes. Men som demonstrert i ARD 2015-137 (Spirit), må det foretas en vekting mot de øvrige momentene. Saken gjaldt en tilbakeføring av virksomhet som hadde vært forsøkt eksterernalisert til konsernet SAS. Det var på det rene at overføringen hadde begrenset praktisk betydning ut over det rent administrative og formelle.

I dette tilfellet trakk imidlertid momenter knyttet til formålet med overdragelsen og den tariffmessige situasjonen i motsatt retning. Formålet med overdragelsen var ikke å slippe unna tariffpliktelser. Dessuten gjaldt den samme overenskomsten på begge sider av overdragelsen, slik at rettsvirkningene av reservasjonen begrenset seg til lokale særavtaler. Den begrensede tariffmessige virkningen er på den ene siden et moment som taler for at overdragelsen i liten grad medfører vesentlige endringer, og dermed kan bedømmes som ikke-reell (avsnitt 67). Men det samme momentet har også motsatt relevans, i noe som kan tolkes som en henvisning til vern om den berettigede forventning:

«På overdragelsestidspunktet 1. mars 2012 var Luftfartsoverenskomsten og Flyoverenskomsten sagt opp til reforhandling. På samme tidspunkt var de lokale lønnsforhandlingene i Spirit for 2011 ikke avsluttet, noe de først ble 30. mars 2012. SAS tilkjennega i tillegg tidlig i prosessen at det kunne være aktuelt med reservasjon for særavtalene. I en slik situasjon hadde SAS en rimelig forventning om overføring til gjeldende særavtale i konsortiet. Det er tale om tilbakeføring av virksomhet som tidligere var omfattet av særavtalen i konsortiet» (avsnitt 69)

Det problematiske er at SAS med dette kunne oppheve de lokale særavtalene med noe som satt på spissen kan betegnes som et «pennestrøk» - ensidige disposisjoner av formell og administrativ karakter som ellers ikke hadde stor praktisk betydning. Dommen ble avsagt under dissens, og mindretallet framholdt at overdragelsen «har skjedd for å forenkle selskapsstrukturen, uten reelle endringer i de overordnede eierinteresser eller i Hovedavtale- og overenskomstforhold». Mindretallet anerkjente heller ikke noen «berettiget forventning» på arbeidsgiversiden, og bygget dette på at innsigelser mot reservasjonen var meddelt arbeidsgiver før tidspunktet for overdragelsen (avsnitt 73). Flertallets henvisning til den berettigede forventning kan også tolkes som en implisitt anerkjennelse av unndragelsesformål, selv om dette ikke hadde direkte relevant for saken.

Selv om det ikke framgår eksplisitt, synes det som om resultatet i Spirit-dommen i noen grad bygger på en interesseavveining. Resultatet ville kanskje blitt annerledes hvis det var hele tariffavtalen som stod på spill, og ikke bare spørsmålet om det var den ene eller den andre særavtalen som skulle gjelde. Spirit-dommen gir en pekepinn på hvilken relativ vekt «overdragelsens art, omfang og virkninger» har, når andre faktorer spiller inn. I dette tilfellet talte de fleste omstendighetene ved overdragelsen for at den ikke burde anses for å være reell – likevel skulle det ikke stort mer til enn at unndragelsesformålet manglet for å vippe resultatet i den andre retningen.

#### 4.5 Unndragelsesformål

Hvis formålet med overdragelsen er å omgå tarifforpliktelsene, er dette et tungtveiende moment som i de fleste tilfeller vil føre til at Arbeidsretten gir dom for opprettholdelse av tariffavtalen. Et slikt formål bryter med prinsippet om lojalitet i avtaleforhold, og vil i de fleste tilfeller framstå som uredelig.

Som eksplisitt vurderingstema i Arbeidsrettens vurderinger framkommer unndragelsesformål imidlertid som regel med negativt fortegn. I den grad unndragelsesformålene trekkes inn i vurderingen, er det i egenskap av deres fravær, eksempelvis i ARD 1988-38 (Securitas), hvor overdragelsen ble anerkjent som reell, og hvor det avgjørende synes å være at det «ikke er tale om en pro forma transaksjon for å omgå bestående tariffavtaler».

I eldre rettspraksis finnes noen spredte henvisninger til unndragelsesformål, som i ARD 1931-86, hvor det ble uttalt at arbeidsgiver «rent midlertidig [har] funnet en ordning, som kunde synes å bringe arbeidet utenfor tariffens område», og ARD 1936-36, hvor arbeidsgiver hadde «medgitt, at formålet med denne selskapsstiftelse likefrem var å komme forbi tariffavtalen». Slike erkjennelser forekommer imidlertid bare unntaksvis.

Unndragelsesformål som vurderingstema reiser 3 særlige problemstillinger: hvilken vekt dette momentet generelt skal tillegges, hvordan det spiller inn dersom unndragelse bare inngår som en del av formålet med overdragelsen og hvilke beviskrav som gjelder for å legge til grunn unndragelsesformål.

Uttalelsen i ARD 2015-233<sup>22</sup> om at eierforhold ikke i seg selv er avgjørende når det «ikke er grunn til å tro at overdragelsen er motivert av et ønske om å omgå eller komme fri fra tarifforpliktelser» tyder på at unndragelsesformål har betydelig vekt, også når det vurderes negativt. Dersom den leses antitetisk, betyr den at et eventuelt unndragelsesformål kunne vipet avgjørelsen i den andre retningen.

ARD 2011-373 (ASCO) er et tilfelle hvor unndragelsesformål bare utgjorde en del av arbeidsgivers motivasjon. Fra arbeidstakersiden var det anført at unndragelsesformål var det sentrale formålet ved fusjonen. Arbeidsrettens flertall la til grunn at unndragelsesformålet måtte «ha vært et moment i vurderingen av fusjonsalternativet» (avsn. 107) men at fusjonen «også er basert på saklige, selskapsmessige hensyn» (avsn. 109). Størstedelen av kostnadsbesparelsen i størrelsesorden 5 millioner var en direkte konsekvens av at arbeidsgiver kunne basere seg på en billigere tariffavtale. En mindre del knyttet seg imidlertid til rene administrative besparelser, overdragelsen var forbundet med endringer i virksomheten og det ble lagt til grunn at den uansett ville blitt gjennomført. Unndragelsesformålet var dermed ikke «det eneste eller dominerende formålet med fusjonen». Tilsvarende resultat i ARD 1952-31, hvor et ønske om å komme fri fra tariffavtalen kunne ha vært «medvirkende årsak»<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Gjengitt ovenfor i pkt. 4.2.2

<sup>23</sup> ARD-1952-31, s.34



Subjektive forhold medfører bevismessige utfordringer, som i ARD 1926-3 (omtalt ovenfor i punkt 4.2) hvor arbeidsrettens mindretall fant sin mistanke om «pro-forma arrangement» berettiget nok til å nevne, men ikke knytte rettsfølger til. I tilfeller hvor objektive omstendigheter har vært tilstrekkelig til å bedømme overdragelsen som ikke-reell, har arbeidsretten stort sett unnveket å gå inn på eksplisitte vurderinger av hva som har vært arbeidsgivers hensikt. Ut fra alminnelige regler om bevisbyrde og beviskrav må utgangspunktet være at den som fremmer påstanden må kunne bevise at den er mer sannsynlig enn usannsynlig dersom den skal kunne legges til grunn som en del av det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. Hvor mye sannsynlighetsovervekt som kreves, vil imidlertid variere ut fra hva slags konsekvenser resultatet av bevisbedømmelsen får, både rettslig og reelt. Hvis rettsfølgen er straff, må faktum være stadfestet med så nær 100 prosent sannsynlighet som det er mulig å tenke seg rent praktisk. Men også i andre tilfeller hvor resultatet av bevisbedømmelsen medfører en særskilt belastning, vil beviskravet i større eller mindre grad skjerpes i forhold til utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette kan gjelde ved sivilrettslige rettsfølger av både offentligrettslig og privatrettslig karakter<sup>24</sup>.

Siden unndragelsesformål i mange tilfeller assosieres med uredelighet og illojalitet, kan det tenkes tilfeller hvor man må operere med skjerpet beviskrav. Temaet har ikke vært drøftet eksplisitt, men reservasjonen mot å konkludere i ARD 1926-3 kan være et uttrykk for denne typen tankegang. På den annen side er unndragelsesformål ikke nødvendigvis belastende i seg selv, så lenge arbeidsgiver kan stå inne for sine vurderinger i full åpenhet. ASCO-dommen illustrerer at det i og for seg er fullt ut legitimt for arbeidsgiver å ønske seg en billigere tariffavtale.

Dersom styringsretten misbrukes for å unnvike, endre eller utøve press mot tariffpartene, har dette også en side mot fredsplikten. Handlinger som ellers er rettmessige, kan innenfor rammen av en tariffmessig fredspakt være rettstridige. Hvis den tariffbunde arbeidsgiver bruker trussel om virksomhetsoverdragelse eller andre omorganiseringer for å presse fram en revisjon av tariffvilkårene under tariffperioden eller søker å endre måten disse vilkårene forsås og praktiseres, er dette brudd på fredsplikten. I et slikt tilfelle framgår unndragelsesformålet eksplisitt, som i kjennelsen AR-2017-31. Partene kom til enighet, og kjennelsen stadfester enigheten i form av et rettsforlik. Bakgrunnen var at SAS hadde varslet omorganisering dersom de kabinansattes fagforening ikke gikk med på endringer i tariffvilkårene som ville bidra til kostnadsreduksjoner. Punkt 1 i forliket fastslår at «SAS beklager at NKF i forbindelse med In-Shape-prosessen har opplevd press på overenskomstfastsatte lønns- og arbeidsvilkår i avtaleperioden.» Videre forpliktet SAS seg til å avstå fra å utøve slikt press under tariffperioden. Selv om dette tilfellet ikke gjaldt virksomhetsoverdragelse, må det antas at tilsvarende synspunkter gjør seg gjeldende også i forhold til dette.

---

<sup>24</sup> Se for eksempel Rt.1995.1641, s.1648 mvh.

#### 4.6 Reelle hensyn

Med reelle hensyn menes «juridiske argumenter som brukes for å komme frem til en best mulig løsning på et rettsspørsmål»<sup>25</sup>. Argumentasjon ut fra reelle hensyn starter i motsatt ende i forhold til det som er vanlig. Ved bruk av reelle hensyn starter rettsanvenderen med å avgjøre hvilket resultat som er ønskelig, og baserer argumentasjonen på dette.

Ønskeligheten av resultatet kan begrunnes ut fra anerkjente, overordnede rettslige prinsipper, for eksempel rimelighet, forutberegnelighet, rettsikkerhet og retts tekniske hensyn. Disse begrunnelsene blir kategorisert som virkningbaserte, innholdsmessige, retts tekniske og systemorienterte vurderinger<sup>26</sup>.

Læren om tariffavtalens overgang kan i stor grad sies å være basert på reelle hensyn. Videre er det mest nærliggende å karakterisere disse som virkningsbaserte og innholdsbaserte vurderinger. Regelen kan kort formuleres som at arbeidsgiver ikke kan unndra seg tariffmessige forpliktelser gjennom virksomhetsoverdragelser som ikke er reelle. Nettopp orienteringen mot realiteter framfor formaliteter er en indikasjon på at læren bygger på reelle hensyn. Reelle hensyn spiller en framtrædende rolle allerede i prambyggerdommen, hvor virksomheten knyttet til den aktuelle tariffavtalen formelt hadde opphørt.

Tariffavtalens part på arbeidsgiversiden var en juridisk person som forholdt seg passiv, og dette ville også medføre at tariffavtalen ikke fikk noen praktiske virkninger. Rettsdogmatisk blir spørsmålet da om det finnes noe grunnlag for å opprettholde tariffoppliktelsen overfor et eierskap som er så å si identisk, men som gjenopptar virksomheten gjennom en juridisk person som ikke har noen formell tilknytning til tariffforholdet. Den tradisjonelle obligasjonsrettslige tilnærmingen ville vært å bygge opp et system av lovfestede regler med innbakte vurderingstemaer konstruert for å fange opp de reelle problemstillingene som etter hvert viser seg å oppstå i praksis. Et illustrerende eksempel er dekningslovens regler som gir adgang til omstøting av disposisjoner som – etter en mer eller mindre skjønnsmessig vurdering – anses for å være illoale mot kreditorene i forkant av en framtidig (og i prinsippet hypotetisk) konkurs<sup>27</sup>.

Arbeidsrettens innfallsvinkel i prambyggerdommen ble derimot å løse saken direkte på grunnlag av realitetene. Virksomheten var den samme, drevet videre av de samme eierne, og da måtte også tariffoppliktelsen bestå. At 3 eller 4 av aksjene hadde et utenforstående eierskap, ble ikke tillagt noen betydning. Med dette som underliggende premiss konkluderte Arbeidsretten med utgangspunkt i det formelle partsforholdet som fremdeles bestod i forhold til det inaktive selskapet. Når nå den samme virksomheten ble videreført under et annet eierskap, fulgte det som «en naturlig og selvsagt forutsetning» for tariffavtalen at den forpliktete arbeidsgiver sørget for at ny eier trådte inn som stedfortredende part. Dette var en forutsetning som ble innfortolket i avtalen. Det framgår imidlertid tydelig at det er realitetene, og ikke formalitetene som har avgjort saken. Innfortolkningen av den naturlige og selvsagte forutsetningen tjente som det formelle instrumentet som Arbeidsretten kunne henge sin konklusjon på.

<sup>25</sup> [https://jusleksikon.no/wiki/Reelle\\_hensyn](https://jusleksikon.no/wiki/Reelle_hensyn)

<sup>26</sup> Jens Edvin A. Skoghøy – Reelle hensyn som rettskilde Lov og Rett 2013 s. 257

<sup>27</sup> LOV-1984-06-08-59 om fordringshaveres dekningsrett (dekningsloven) §§ 5-5 – 5-15

Motsatt er ARD 1936.1 (omtalt ovenfor i pkt. 4.2) basert på formaliteter. Virksomheten var overført fra far til sønn, og sistnevnte kunne da ikke være adressat for krav basert på tariffavtalen. Hvis kravet hadde vært rettet mot overdrager, som i prambyggerdommen, ville kanskje resultatet blitt et annet. Men i den etterfølgende ARD 1936-36 knyttet eierskapet seg til den samme fysiske personen, som opprettet et nytt selskap til å drive den samme virksomheten videre. Her ble konklusjonen at tariffoppliktelsen ble opprettholdt. Under henvisning til prambyggerdommen ble det fastslått at tariffavtalen gyldighet «kan ikke være avhengig av hvilke rettslige former, bedriftens innehaver finner det mest tjenlig for sig å drive virksomheten under». Dens gyldighet er med andre ord knyttet til realiteter snarere enn formaliteter. I motsetning til en identifikasjon mellom to ulike juridiske personer knyttet til den samme eierinteressen, ville en identifikasjon mellom to fysiske personer – far og sønn – ville innebære en viss realitetsforskjell. Dette viser at handlingsrommet for bruk av reelle hensyn er relativt snevert. Dersom far hadde overført virksomheten til sønn for å unndra seg forpliktelser i forhold til kreditorfelleskapet ved konkurs, ville det vært grunnlag for identifikasjon mellom dem i de lovfestede reglene.<sup>28</sup> I eldre rettspraksis var det ikke tradisjon for å vise til reelle hensyn som selvstendig rettskildefaktor. Prambyggerdommen baserer seg på innfortolkningen av den naturlige forutsetningen i overdragers tariffoppliktelse<sup>29</sup>. Senere praksis bygger på det prejudikatet som prambyggerdommen og andre avgjørelser etablerte, som et selvstendig grunnlag.

Den oppstilte regelen gir anvisning på en realitetsvurdering, men dette er ikke nødvendigvis det samme som at reelle hensyn blir brukt som rettskildefaktor. Sistnevnte ville innebære en normativ vurdering av «resultatets godhet» med basis i de overordnede rettsprinsippene som grunnlag for vurderingen. Men nyere rettspraksis viser at det er realiteten i overdragelsen, og ikke rimeligheten i utfallet for den ene eller den andre parten som er det bærende elementet i Arbeidsrettens avgjørelser. Eksempelvis ble det i Securitas-dommen anført analog anvendelse av kontinuitetsprinsippet (se nedenfor, kapittel 5), fordi overdragelsen «i realiteten» hadde karakter av en fusjon. Det bærende argumentet viste til at

«En slik løsning ville åpne for endringer med sikte på å bli kvitt tariffavtaler man finner bryssomme, og ville generelt ha vidtrekkende uheldige konsekvenser»<sup>30</sup>.

Arbeidsretten avviste imidlertid dette, og baserte sin konklusjon på en vurdering av overdragelsen som reell. I den grad hensynet til resultatet spiller inn, dreier dette seg om vurderinger av den tariffmessige situasjonen, spesielt om det foreligger en relevant tariffavtale på erverversiden.

---

<sup>28</sup> Dekningsloven § 5-2, jf. 1-5

<sup>29</sup> Tilsvarende vurdering og konklusjon gjenfinnes i ARD-1921-317, som er av enda eldre dato

<sup>30</sup> ARD 1988-38, s.40

## 5. Spesielt om fusjoner og forholdet til det aksjerettslige kontinuitetsprinsippet

Med fusjon menes vanligvis en sammenføring av eierforholdene i 2 eller flere selskap, slik at disse eierforholdene blir samlet i nytt selskap. Siden fusjon også er en form for virksomhetsoverdragelse, er begrepet relevant for problemstillingen i denne oppgaven. Spesielt gjelder dette reglene for fusjon av aksjeselskaper etter aksjeloven, og spørsmålet om hvordan det aksjerettslige kontinuitetsprinsipp kommer til anvendelse.

Etter aksjeloven § 13-2 (1) forutsetter fusjon at det overtakende selskap (erhverver) overtar det overdragende selskaps «eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet». Dette prinsippet blir betegnet som det aksjerettslige «kontinuitetsprinsipp»<sup>31</sup>. Utgangspunktet er ellers at forpliktelser ikke uten kreditors samtykke kan overdras til utenforstående parter. Aksjelovens § 13-2 (1) representerer dermed et positivt regulert og spesielt unntak fra de alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene. Forutsetningen er at rettighetene og forpliktelsene overdras «som helhet». Den samlede portefølje av rettigheter og plikter forblir dermed identisk før og etter fusjonen<sup>32</sup>.

I det følgende vil begrepene «kontinuitet» og «kontinuitetsprinsippet» bli brukt som betegnelser som sikter spesielt til reglene i aksjeloven.

Det har ved flere tilfeller blitt anført ovenfor Arbeidsretten at kontinuitetsprinsippet også omfatter den overdragende virksomhets rettigheter og plikter på grunnlag av tariffbundethet. Arbeidsretten unnlot å ta stilling da spørsmålet kom opp i ARD 1988-38 (Securitas), siden sammenslåingen av virksomheter i dette tilfellet ikke var en «ren» fusjon. Det overdragende selskap bestod som aksjeselskap etter overdragelsen, og beholdt også sin faste eiendom med påhvilende pantegjeld. Arbeidsretten avviste saksøkers anførsler, som var basert på en analog anvendelse av aksjelovens prinsipper supplert av reelle hensyn, og stadfestet at aksjeloven må komme direkte til anvendelse for at det overhodet skal bli aktuelt å vurdere om kontinuitet også omfatter tariffoppliktelse.

Anførselen ble igjen fremmet i ARD-2001-1 (Hakon). I dette tilfellet var partene enige om at det formelt og reelt forelå en fusjon etter aksjelovens bestemmelser. Arbeidsretten innledet med å fastslå uttrykkelig at avgjørelsen rettet seg mot den påberopte tariffoppliktelsen, noe som kan leses som en viss reservasjon mot bindende prejudikativkninger. Videre ble det angitt som utgangspunkt for vurderingen at «tariffavtalens stilling ved fusjon etter aksjelovens kapittel 13 ikke er uttrykkelig lovregulert». Reguleringens positive og spesielle karakter medførte at man i mangel av konkrete holdepunkter for at tariffavtalen er omfattet av lovbestemmelsen, lett kunne falle tilbake på den alminnelige hovedregelen i bakgrunnsretten. Arbeidsretten lette imidlertid forgjeves etter uttrykkelige referanser til tariffavtalen i aksjelovens forarbeider. Flertallet konkluderte med at tariffoppliktelse etter omstendigheten «kan» omfattes av kontinuitetsprinsippet, og at dette også bør være hovedregelen og utgangspunktet. Reservasjonen mot å benytte prinsippet ubetinget, knytter

<sup>31</sup>Se for eksempel NOU 1996:3, s. 172

<sup>32</sup>Jf. Skåre, Lov om aksjeselskaper med kommentarer, 1976, s. 280, som vist til i ARD 2001-1

seg først og fremst til at tariffoppliktelse på grunn av sin spesielle karakter i mange tilfeller krever en konkret vurdering:

«Alt etter hvilke tariffrettslige posisjoner det overdragende og det overtakende selskap har på fusjonstidspunktet, vil det således kunne oppstå kompliserte spørsmål av såvel materiell som prosessuell karakter dersom de tariffmessige rettigheter og plikter som følger av at det overdragende selskapet er tariffbundet, skal anses som overført til det overtakende selskapet. Det forhold at anvendelse av aksjelovens kontinuitetsprinsipp etter omstendighetene kan medføre vanskelige spørsmål av praktisk, materiellrettslig eller prosessrettslig karakter, kan imidlertid ikke medføre at prinsippet uten videre forkastes på dette felt»

Slike «kompliserte spørsmål» knytter seg til situasjoner hvor det overtakende selskap er bundet av en konkurrerende tariffavtale for en tilsvarende kategori av arbeidstakere. Denne problemstillingen er behandlet i pkt. 4.3 ovenfor. I Hakon-saken forelå det imidlertid ingen konkurrerende tariffbinding eller andre kompliserende faktorer. Resultatet ble at gjeldende tariffoppliktelse ble opprettholdt. Arbeidsretten stadfestet at kontinuitetsprinsippet får gjennomslag dersom ikke spesielle forhold ved den tariffmessige situasjonen tilsier noe annet. Denne forståelsen ble også som utgangspunkt lagt til grunn i ARD 2008-189 (D&F Group). I denne dommen ble imidlertid den lovfestede reservasjonsadgangen i arbeidsmiljøloven § 16-2 (2), som i mellomtiden hadde blitt innført ved reformen i 2005, trukket inn som den avgjørende faktoren. Når arbeidsgiver hadde reservasjonsadgang etter loven, ville det virke kunstig dersom det ble avgjørende at virksomhetsoverdragelsen hadde form av fusjon (avsn. 96). Arbeidsretten stadfestet også at kontinuitet ikke har gjennomslag i tilfeller hvor fusjonen medfører en virksomhetsoverdragelse som er reell – i dette tilfellet en «innfusjonering av et eksternt selskap». Arbeidsretten falt tilbake på at det avgjørende var hvorvidt virksomhetsoverdragelsen skulle vurderes som reell, eller som en «faktisk og rettslig omorganisering» innenfor rammen av den samme eierinteressen. Hakon – dommen ble også tolket dithen at vurderinger knyttet til sistnevnte moment hadde vært avgjørende.

Bakgrunnen for D&F-dommen var noe spesiell, ettersom den knyttet seg til en varslet «temponedsettelse» som de organiserte lovlig kunne gjennomføre på grunnlag av en bestemmelse i tariffavtalen. Før aksjonen kunne gjennomføres, måtte det derfor avklares om tariffavtalen fremdeles var gjeldende etter fusjonen. Mye av diskusjonen dreide seg omkring prosessuelle spørsmål knyttet til anvendelsen av reservasjonsretten. Når det gjelder det materielle, er det grunnlag for å knytte kritiske merknader til 2 sentrale aspekter ved argumentasjonsrekken.

For det første kan det hevdes at den lovregulerte reservasjonsadgangen tillegges en rekkevidde og betydning som går lenger enn de uttrykkelige reservasjoner som kommer til uttrykk i forarbeidene. Departementet presiserte at det ikke var meningen å gjøre inngrep i gjeldende rettstilstand med hensyn til «den unntaksvis tariffavtaleovergang», eller «andre tilfeller der det anses å foreligge et særskilt grunnlag for at tariffavtalen skal videreføres», herunder også «hva som skal gjelde ved fusjoner etter aksjeloven kapittel 13»<sup>33</sup>. Etter

---

<sup>33</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s.71, som vist til i D&F-dommen

innføringen av § 16-2 i arbeidsmiljøloven ble hovedregelen at tariffavtalen skulle sikres kontinuitet, dersom arbeidsgiver ikke benyttet reservasjonsretten. Begrunnelsen knyttet seg til hensyn som «ro og stabilitet rundt tarifforholdene» med fredsplikt og trygge ansettelsesforhold for de ansatte. Tariffovergang ville også omgå de spesielle utfordringene som knyttet seg til å skille mellom individuelle og kollektive vilkår.<sup>34</sup>Gjennomgående begrunnes utformingen av hovedregelen i § 16-2 (2) med at tariffovergang er den beste og mest hensiktsmessige løsningen. Reservasjonsadgangen begrunnes med praktiske hensyn, først og fremst de problematiske situasjonene som kan oppstå ved konkurrerende tariffavtaler. Det er ingen holdepunkter for at lovgiver har hatt til hensikt å innskrenke tariffavtalens posisjon, men en rekke holdepunkter for det motsatte. Det er derfor vanskelig å følge Arbeidsrettens argumentasjon når den fra dette utgangspunktet går videre til å konkludere med at reservasjonsretten avskjærer kontinuitetsprinsippet i aksjeloven (avsnitt 96). *Evju* påpeker at Arbeidsretten gjennom dette «brukte § 16-2 annet ledd som middel til å løse et problem lovgiveren ganske tydelig bygget på at bestemmelsen ikke skulle løse»<sup>35</sup>

For det andre er det grunn til å stille spørsmål ved hvordan betydningen av kontinuitetsprinsippet nedtones som avgjørende faktor for utfallet av Hakon-dommen. Det ble fremhevet at overdragelsens karakter som rettslig og faktisk omorganisering også var et sentralt premiss. Dette, sammenholdt med bruken av § 16-2 (2) som er skissert ovenfor, ledet videre til konklusjonen om at kontinuitetsprinsippet bare kommer til anvendelse ved overdragelser som også blir bedømt som ikke-reelle. En slik slutning finnes det ikke noe grunnlag for. Hvis tariffpartene skal stilles i en dårligere posisjon enn det fusjonerte selskapets øvrige kreditorer, må dette begrunnes særskilt. Hakon-dommen oppstiller reelle hensyn knyttet til tariffavtalenes særskilte karakter og relasjoner som begrunnelse for å reservere seg mot en generell anvendelse av kontinuitet. Konklusjonen er at kontinuitet bør gjelde uavkortet, så fremt det ikke oppstår spesielle problemer på grunn av de spesielle tariffrettslige relasjonene. Det kan imidlertid ikke leses noen reservasjon mot kontinuitet som selvstendig grunnlag for tariffovergang også ved reelle overdragelser. Dette er en ytterligere innskrenking som ble innført ved D&F-dommen.

Etter D&F-dommen og etterfølgende praksis kan det stilles spørsmål ved om kontinuitetsprinsippet overhodet kan tillegges noen selvstendig betydning. Hvis det allerede er konstatert at overdragelsen er ikke-reel, blir anvendelsen av kontinuitetsprinsippet ikke mer enn et supplerende argument. Hakon-dommen er det eneste tilfellet hvor prinsippet kan sies å ha fått gjennomslag, og da uten noen reelle praktiske konsekvenser – som nevnt ville tariffbindingen uansett ha blitt etablert, og saken ble fremmet utelukkende med tanke på prinsipiell avklaring.

Kontinuitetsprinsippet ble forgjeves påberopt og realitetsbehandlet for siste gang i ARD 2011-373 (ASCO), omtalt ovenfor i forbindelse med unndragelsesformål. Arbeidsretten anerkjente at kontinuitet også som utgangspunkt vil gjelde for tariffavtaler (avsnitt 94), men avgjorde saken på grunnlag en konkret vurdering av overdragelsen, blant annet de tariffrettslige forholdene. Prejudikatet fra Hakon-dommen ble avvist under henvisning til at

---

<sup>34</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s.70

<sup>35</sup> *Evju* s. 134

det aktuelle tilfellet «reiser helt andre tariffrettslige spørsmål». Kanskje nettopp fordi den ikke fikk noen praktisk konsekvens, var Hakon-dommen «rendyrket» nok til at det var plass til kontinuitetsprinsippet.

## 6. Normative og rettspolitiske refleksjoner

### 6.1 Innledning

I det følgende vil jeg først drøfte den ulovfestede læren om tariffavtalers stilling med henblikk på de underliggende normative føringerne den må antas å basere seg på. Disse knytter seg til overordnede prinsipper i den kollektive og individuelle arbeidsretten, og delvis også alminnelig kontraktsrett. Siktemålet er å kartlegge hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i realitetsvurderingen.

Deretter vil jeg, på grunnlag av det ovenfornevnte, drøfte *de lege feranda* hvordan en eventuell lovfestet rettsregel kunne vært utformet, og om gjeldende rett materielt kunne vært annerledes.

### 6.2 Grunnleggende utgangspunkter

Tariffavtalen er et avtaleforhold som er innstiftet på fritt grunnlag mellom parter som gjennom forhandlinger har fastsatt vilkårene som skal gjelde. Det er ikke domstolenes oppgave å etablere avtaleforhold mellom parter. Forutsetningen for at Arbeidsretten kan stadfeste en opprettholdelse av tariffmessig binding etter virksomhetsoverdragelse, er at partsforholdet i realiteten er det samme som før overdragelsen – med andre ord: at virksomhetsoverdragelsen ikke har vært reell.

Tariffovergang på grunnlag av den ulovfestede læren betegnes som «unntaksvis» i forarbeidene til reformen av arbeidsmiljøloven av 2005.<sup>36</sup> Adgangen til å etablere et avtaleforhold på grunnlag av en rettsavgjørelse har en parallell i den unntaksvis adgangen til å sensurere avtaleforhold på grunnlag av § 36<sup>37</sup> i avtaleloven. Etter denne bestemmelsen kan avtaler «helt eller delvis settes til side eller endres» på grunnlag av en nærmere angitt rimelighetsvurdering. Lovgiver etablerte denne generelle adgangen til å sensurere avtaler under den uttrykkelige forutsetning at domstolene utvise måtehold ved den skjønsmessige vurderingen.<sup>38</sup> Prinsippet om avtalefrihet og partsautonomi har en slik stilling at det bør få gjennomslag i alle andre tilfeller enn den åpenbare urimelighet, noe også etterfølgende praksis i forhold til avtaleloven § 36 har bekreftet. Adgangen til sensur av avtaleforhold gjelder først og fremst i tilfeller hvor partsforholdet gjenspeiler en ulikhet i reelle maktforhold<sup>39</sup>

Den unntaksvis tariffovergang kan også sammenlignes med reglene for ansvarsgjennombrudd i selskapsretten. Et bærende prinsipp for rettsordenens anerkjennelse av aksjeselskaper og andre upersonlige rettssubjekter, er at selskapet skal bære ansvaret for

<sup>36</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005 s.271

<sup>37</sup> LOV-1918-05-31-4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven)

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.5 (1982-1983), s. 30

<sup>39</sup> Se Rt. 2013.388, motsetningsvis Rt-2012-1926



sine egne forpliktelser på selvstendig grunnlag. Aksjonærenes risiko begrenser seg til de midler de har investert i virksomheten. Eierne av virksomheten hefter bare unntaksvis, for feil som de har begått på en klanderverdig måte, slik at det kan være grunnlag for krav om erstatning. Tariffpartene skulle ut fra dette også være avskåret fra å rette krav mot eierne på grunnlag av forpliktelser som selskapet som sådan har pådratt seg<sup>40</sup>. Overgang av tariffavtaler representerer i denne sammenhengen et særskilt grunnlag for ansvarsgjennombrudd.

Disse prinsippene synes å gi anvisning på en innskrenkende fortolkning og anvendelse av læren om tariffovergang. Dersom den betraktes som en form for avtalesensur, gir dette anvisning på en rimelighetsbetraktning. I utgangspunktet er det ingen aspekter ved det tariffmessige partsforholdet som tilsier at domstolen skal gjøre inngrep i avtaleforhold. Tvert imot er partsforholdet ansett for å være jevnbyrdig, og tarifforhandlinger er et område hvor hensynet til partsautonomi er fremtredende. I den grad tariffvilkår nedfelles av offentlig myndighet, skjer det gjennom tvungen lønnsnemd, og dette er en oppgave for lovgiver.<sup>41</sup>

På den annen side kan tariffovergang betraktes nettopp som en opprettholdelse av *pacta sunt servata* – prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått. Når Arbeidsretten i et konkret tilfelle gir dom for at tariffoppliktelsene opprettholdes, skjer det med utgangspunkt i at overdragelsen har blitt vurdert som ikke – reell. Dette resultatet innebærer at både virksomheten og det tariffmessige partsforholdet i realiteten er uforandret – følgelig består også tariffavtalen.

Partsforholdet i den individuelle arbeidsretten er ansett for å være fundamentalt asymmetrisk, ved at arbeidstaker i de fleste tilfeller vil være i en vesentlig dårligere forhandlingsposisjon. Lovgiver har søkt å bøte på dette gjennom preseptorisk lovgivning for å sikre arbeidstaker visse ufravikelige minimumsrettigheter. I den kollektive arbeidsretten er partsforholdet derimot ansett for å være jevnbyrdig. Lovgivningen tar sikte på å legge til rette for at partene skal løse interessekonflikter på en fredelig måte, samtidig som retten til å gjennomføre arbeidskamp er anerkjent. Tariffavtalen er framforhandlet under trussel om kollektiv arbeidsnedleggelse, som har inngripende virkninger både mellom partene og i forhold til samfunnsinteressene. Vernet om tariffavtalen gjennom Arbeidsrettens domstolkontroll har dermed en konfliktdempende funksjon, ved at partene gis en garanti for at de fremforhandlede tariffvilkårene nyter tilstrekkelig rettsvern. Dette er særlig aktuelt i praksis fra den tidlige fasen på 20- og 30-tallet, hvor bakgrunnen ofte har vært nedleggelse av virksomhet fra arbeidsgivers side i etterkant av konflikter knyttet til opprettelse av tariffavtaler. Hvis arbeidsgiver i slike tilfeller kunne slippe unna forpliktelsene ved proforma-transaksjoner, ville dette være en klar oppfordring til å gjennomføre en ny arbeidskamp.

Tariffavtalen er noe annet og noe mer enn bare en avtale. Kontraktsrettslige prinsipper har derfor en begrenset relevans, noe som illustreres av de mer eller mindre vellykkede forsøkene på å anvende det aksjerettslige kontinuitetsprinsippet. Fordi regelen er laget for å regulere vanlige avtaleforhold, blir den et fremmedelement i tariffrettslig sammenheng.

<sup>40</sup> LOV-1997-06 om aksjeselskaper (aksjeloven) §§ 1-2 og 17-1

<sup>41</sup> Stokke mfl. S. 191 flg.

Tariffavtalens rettsvern bygger også på andre hensyn. Fordi virkningene av tariffavtalen er allmenne og partsforholdet kollektivt, har det langt mer vidtrekkende konsekvenser hvis Arbeidsretten skulle komme i skade for å konstituere et tarifforhold mellom parter som i utgangspunktet ikke har forpliktet seg på egenhånd. På den andre side har det vært viktig å etablere et robust institutt for å hindre at tariffbundne arbeidsgivere formaliserer seg bort fra sine forpliktelser.

### 6.3 Spørsmålet om lovregulering kan erstatte eller supplere den ulovfestede normen

Ved revisjonen av arbeidsmiljøloven i 2005 ble spørsmålet om lovregulering av tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse drøftet<sup>42</sup>. Resultatet ble at tariffavtalen som utgangspunkt opprettholdes ved alle virksomhetsoverdragelser, men at arbeidsgiver har en ubetinget rett til å reservere seg (se pkt. 4.1). I proposisjonen ble flere mulige løsninger drøftet, med utgangspunkt i nordisk rett:

- «1) Tariffavtalen følger med over, jf. finsk modell.
- 2) Tariffavtalen følger med over med mindre arbeidsgiver reserverer seg mot dette, jf. dansk modell.
- 3) Tariffavtalen følger med over med mindre arbeidsgiver allerede har en annen tariffavtale som kan anvendes, jf. svensk modell.
- 4) Beholde dagens ordning, det vil si tariffavtalen følger ikke med over. Partene står fritt til å inngå ny tariffavtale etter overtakelsen»<sup>43</sup>

Etter den finske modellen gjelder tariffovergang ved reelle så vel som ikke-reelle overdragelser. Det samme gjelder etter den svenske modellen, som inneholder supplerende regler om «tillemping». Begge disse modellene støter på problemene som oppstår når to tariffavtaler skal gjelde samtidig for den samme gruppen av arbeidstakere i en virksomhet. Etter den danske modellen, som etter lovendringen også ble den norske modellen, ble det antatt at mange av disse kollisjonstilfellene kunne unngås ved at ervervende arbeidsgiver bruker reservasjonsretten.

Ulikhetene i tilnærming kan forstås på bakgrunn av ulikheter i rettskultur og tradisjon, med hensyn til i hvilken grad arbeidsrettslig regulering baserer seg på statlig intervensjon. I Norge og Danmark har lovgiver tradisjonelt vært noe mer tilbakeholde med å gripe for mye inn i arbeidsrettslige partsforhold, og dette gjelder i særlig grad de kollektive avtalene. I forhold til disse har reguleringen stort sett begrenset seg til å etablere grunnleggende rammebetingelser for konfliktløsning og forhandlinger innenfor rammen av den kollektive partsautonomien, med stor grad av respekt for både den negative og positive organisasjonsfriheten. Reguleringen i Sverige og Finland gjenspeiler større grad av aksept for statlig intervensjon, også i kollektive avtaleforhold.

<sup>42</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005), s. 268-271

<sup>43</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005), s. 269

I alle tilfeller later det til å gjelde en overordnet presumpsjon for at det som hovedregel skal gjelde kollektive avtaleforhold i arbeidslivet. Selv om det rettslig sett ikke er ulovlig å drive virksomhet uten å være bundet av tariffavtale, har en slik praksis vist seg å være stadig vanskeligere å legitimere. Arbeidsretten synes også gjennomgående å ha lavere terskel for å anerkjenne en virksomhetsoverdragelse hvor det gjelder tariffavtaler på erverversiden, sammenlignet med situasjoner hvor arbeidsgiver ønsker å overdra virksomheten til et tariffmessig vakuum. Sistnevnte typetilfeller forekommer bare i eldre praksis. I den grad arbeidstakernes interesser har måttet vike i nyere praksis, dreier det seg om lokale særavtaler eller å bli henvist til en presumtivt mindre gunstig tariffavtale.

Etter dette synes det som om gjeldende rett – lovreguleringen supplert med arbeidsrettens ulovfestede normer – langt på vei gjenspeiler den svenske modellen. Forskjellen er at normen etter den svenske modellen også gjelder virksomhetsoverdragelser som er *reelle*. En omformulering av Arbeidsmiljøloven § 16-2 (2), første punktum kunne tenkes å lyde:

«Ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av, med mindre han allerede er bundet av en tilsvarende tariffavtale for samme gruppe arbeidstakere.»

Henvisningen til reservasjonsretten strykes, og et eventuel tariffomt rom vil automatisk bli fylt opp. Arbeidsretten vil i stor grad spares for å måtte ta stilling til om overdragelsen er reell og hva som eventuelt er arbeidsgivers motivasjon, hvorvidt loven åpner for delvis reservasjon og hvordan fristen på 3 uker skal beregnes. I tilfeller hvor overdragelsen bærer preg av «tariffshopping» vil det uansett være rom for å videreføre de ulovfestede normene. Vurderingstemaet vil i så fall dreie seg omkring formålet med overdragelsen. En slik problemstilling vil imidlertid neppe forekomme ofte. Hvis tariffavtalen ikke skal følge med i overdragelsen, forutsetter dette at en annen tariffavtale allerede er etablert, noe som er vanskelig å tenke seg i et nyopprettet stråselkap.

En slik ordlyd vil også løse problemene med dobbeltsuksessjon på grunn av konkurrerende tariffavtaler. Hvis det finnes en tariffavtale på erverversiden, vil denne gjelde uten konkurranse.

Dette løser langt på vei den ene av Evjus hovedinnvendinger i forhold til lovregulering. Den andre dreier seg om problematiske forhold knyttet til partsforholdet, og de 2 ulike måtene arbeidsgiver kan bindes til en tariffavtale. Spørsmålet er om ny arbeidsgiver skal bli bundet som part eller som medlem. Sistnevnte løsning innebærer som nevnt at arbeidsgiver tvinges til medlemskap i den arbeidsgiverorganisasjonen som forvalter partsforholdet i den aktuelle tariffavtalen. Det mest nærliggende er at loven konstituerer partsbinding. Ordlyden kunne presisere dette ved å føye til «som part». Partsbinding er uansett den eneste praktisk mulige måten loven kan anvendes.

Selv om denne løsningen ville bidra til å avklare mange av utfordringene som i dagens rettstilstand må løses av Arbeidsretten, vil det fremdeles kunne oppstå tarifftvister. Den største utfordringen knytter seg til lokale særavtaler, som vil falle bort i de tilfellene hvor ny arbeidsgiver er bundet av en annen tariffavtale. Dette er et motiv som går igjen i mange av sakene som er reist i nyere rettspraksis. Selv om arbeidsgiver ikke har til hensikt å unndra

seg forpliktelser, viser det seg at det oppstår situasjoner som gir foranledning til å anføre at overdragelsen ikke er reell.

Ideelt sett burde lovreguleringen også gi de lokale særavtalene et sterkt rettsvern i alle situasjoner, spesielt ettersom partsforholdet og interessene i slike avtaler er nærmere tilknyttet arbeidstakerne. Det er imidlertid vanskelig å konstituere et slikt rettsvern uten at et oppstår nye problemer med dobbeltsuksisjon på erverversiden. Når slike situasjoner oppstår som en utilsiktet bivirkning av en virksomhetsoverdragelse som for øvrig er begrunnet i andre formål, må derfor arbeidstakerinteressene i de fleste tilfellene vike. Dette følger av de ulovfestede normene som er utviklet av Arbeidsretten i nyere rettspraksis.

## Kilder

### Litteratur:

- Jan Fougner  
Norsk arbeidsrett  
– Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern  
Universitetsforlaget 2019
- Stein Evju  
Fusjon og tariffavtaler (Finland – en etyd i 3 satser)
- Dag Michalsen  
Rett – En internasjonal Historie  
Pax forlag 2011
- Stein Evju  
Sjelløse tariffavtaler  
2010 Festskrift Eklund
- Tron Løkken Sundet  
Tariffavtalen – Utvalgte emner  
Fagbokforlaget 2020
- Jens Edvin A. Skoghøy  
Reelle hensyn som rettskilde  
Lov og Rett 2013
- Torgeir Aarvååg Stokke/Kristine Nergaard/Stein Evju  
Det kollektive arbeidslivet  
– Organisasjoner, tariffavtaler og lønnsoppgjør  
Universitetsforlaget 2013 (2.utg)

### Rettsavgjørelser:

- ARD 1921.341 (Prambygger)
- HR-2018-1268-F
- Rt. 2011-1755 (Gate Gourmet)
- ARD-2015-137

ARD 2001 side 1 (Hakon)

ARD 2004 side 164 (APTS)

ARD 2008 side 189 (D & F Group)

ARD 2011 side 373 (ASCO)

ARD 1926-3

ARD 1936.1

ARD 1952.31

ARD-1988-38 (Securitas)

ARD 1936.127

Rt.1995.1641

ARD-1921-317

AR-2017-31

AR-2020-25

**Forarbeider:**

Ot.prp.nr.49 (2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning

**Lover:**

LOV-2012-01-27-9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

LOV-2005-06-17-62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

LOV-1984-06-08-59 om fordringshaveres dekningsrett (dekningsloven)

LOV-1918-05-31-4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven)

**Tariffavtaler:**

Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021