

Betydningen av tidligere arbeidsgivers tariffavtale ved virksomhetsoverdragelse

*- når den nye arbeidsgiver erklærer seg ubundet
av avtalen*

Kandidatnummer: 198

Antall ord: 14 997



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.15

Innholdsfortegnelse

DEL I: INNLEDNING

1. INNLEDNING	5
1.1 PROBLEMSTILLING	5
1.2 DISPOSISJON	5
2. DEN NYE ARBEIDSGIVERS ENDRINGSADGANG	6
2.1 HOVEDTREKK.....	6
2.2 BEGRENSENINGER SOM FØLGE AV TIDLIGERE ARBEIDSGIVERS TARIFFAVTALE	7
3. RETTSKILDER OG METODE	9
3.1 TOLKNING AV ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER.....	9
3.2 FORHOLDET MELLOM DIREKTIV 2001/23/EF OG NORSK RETT	9
3.2.1 <i>Direktivet som tolkningsmoment.....</i>	<i>9</i>
3.2.2 <i>Presumsjonsprinsippet og lovgivers vilje</i>	<i>10</i>
3.2.3 <i>De krav direktivet stiller til norsk rett.....</i>	<i>11</i>
3.2.4 <i>Direktivtolkning</i>	<i>11</i>
3.3 METODE	12

DEL II: BEGREPSAVKLARING

4. TARIFFAVTALE.....	13
4.1 DEFINISJON.....	13
4.2 TARIFFAVTALENS VIRKNING	14
5. INDIVIDUELLE VILKÅR	15

DEL III: OPPGAVENS PROBLEMSTILLING

6. HENVISNINGSBESTEMMELSER.....	16
6.1 PROBLEMSTILLINGEN	16
6.2 UTENFOR VIRKSOMHETSOVERDRAGELSESSITUASJONENE	16
6.3 I VIRKSOMHETSOVERDRAGELSESSITUASJONENE	17
6.3.1 <i>Utgangspunkt.....</i>	<i>17</i>

6.3.2	<i>Skal henvisningsbestemmelser alltid tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser?</i>	17
6.3.3	<i>Er dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser utelukket ved virksomhetsoverdragelser?</i>	19
6.4	KONKLUSJON	24
7.	ENDRINGSADGANGEN ETTER AML. §16-2, ANNET LEDD, TREDJE OG FJERDE PUNKTUM	24
8.	ALTERNATIV 1: "TIL DET INNGÅS NY TARIFFAVTALE"	24
8.1	UTGANGSPUNKT	24
8.2	ADGANGEN TIL Å ANVENDE EKSISTERENDE TARIFFAVTALE	25
8.2.1	<i>Direktiv 2001/23/EF</i>	25
8.2.2	<i>Norsk rett</i>	26
8.3	FORHÅNDSAVTALER.....	29
9.	ALTERNATIV 2: "INNTIL DENNE TARIFFAVTALEN UTLØPER"	30
9.1	UTGANGSPUNKT	30
9.2	TARIFFAVTALENS VIRKNING I TID	30
9.3	PROLONGASJON VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER?	31
9.3.1	<i>Direktiv 2001/23/EF</i>	31
9.3.2	<i>Norsk rett</i>	31
9.4	BORTFALL AV TARIFFAVTALEN VED ENIGHET MELLOM PARTENE	32
10.	BEGRENSNINGER I ENDRINGSADGANGEN ETTER TARIFFAVTALENS UTLØPSTIDSPUNKT	33
10.1	PROBLEMSTILLINGEN	33
10.2	ARBEIDSMILJØLOVEN §16-2, ANNET LEDD, TREDJE OG FJERDE PUNKTUM	33
10.2.1	<i>Direktiv 2001/23/EF</i>	33
10.2.2	<i>Norsk rett</i>	34
10.3	TARIFFAVTALENS ETTERVIRKNING	34
10.3.1	<i>Nærmere om problemstillingen</i>	34
10.3.2	<i>Direktiv 2001/23/EF</i>	35

10.3.3	<i>Norsk rett</i>	36
10.4	INDIVIDUELL ETTERVIRKNING AV TARIFFAVTALEN	37
10.4.1	<i>Begrepet "individuell ettervirkning"</i>	37
10.4.2	<i>Kan tariffavtaler ha individuell ettervirkning i norsk rett?</i>	38
10.4.3	<i>Er individuell ettervirkning av tariffavtaler utelukket ved virksomhetsoverdragelser?</i>	41
11.	LITTERATURLISTE	43

DEL I: PROBLEMSTILLING OG REGELVERK

1. INNLEDNING

1.1 Problemstilling

Ved virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven (aml.) §16-1 overføres arbeidstakere som, på overdragelsestidspunktet, har et bestående arbeidsforhold i den overdratte virksomhet til ny arbeidsgiver. Tema for oppgaven er den nye arbeidsgivers adgang til å endre de overførte arbeidstakernes arbeidsvilkår etter overdragelsen. Nærmere bestemt skal det redegjøres for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale, når den nye arbeidsgiver har erklært seg ubundet av avtalen.

Den nye arbeidsgivers adgang til å endre de overførte arbeidstakernes arbeidsvilkår etter en virksomhetsoverdragelse, er begrenset på ulike måter og grunnlag. Begrensningene beskytter de overførte arbeidstakernes interesse i en forutsigbar arbeidssituasjon, men kommer ofte i konflikt med den nye arbeidsgivers interesse i mest mulig lønnsom drift av virksomheten. Av den grunn oppstår interessante problemstillinger knyttet til begrensningenes rekkevidde.

Å avklare rekkevidden av begrensningene i den nye arbeidsgivers endringsadgang har stor praktisk betydning. For de overførte arbeidstakerne er avklaringen nyttig for å vurdere om de skal reservere seg mot overføringen etter aml. §16-3, mens det for den nye arbeidsgiver er viktig for å kunne overskue økonomiske konsekvenser av overdragelsen. Også av hensyn til stabilitet i virksomheten er avklaringen viktig, da dette først og fremst oppnås ved at arbeidstakere som utfører samme type arbeid har like arbeidsvilkår.

I oppgaven avklares rekkevidden av de begrensninger som tidligere arbeidsgivers tariffavtale legger på den nye arbeidsgivers endringsadgang, når han har erklært seg ubundet av avtalen. I norsk arbeidsliv er dette en praktisk viktig problemstilling fordi mange arbeidsgivere er tariffbundet, samtidig som den nye arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelse ofte ønsker å fri seg fra forpliktelsene i tidligere arbeidsgivers tariffavtale. Problemstillingen er sparsomt behandlet i norsk rettspraksis og juridisk teori, men har vært behandlet i flere nyere avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen. Avgjørelsene gir et godt grunnlag for å drøfte problemstillingen i norsk rett.

1.2 Disposisjon

Oppgaven består av tre deler. Videre i del I skal problemstillingen plasseres i en større sammenheng ved å redegjøre for hovedtrekkene i den nye arbeidsgivers adgang til å endre de overførte arbeidstakernes arbeidsvilkår etter virksomhetsoverdragelse, jf. punkt 2. I dette punktet presenteres også formålet med reglene, og de regler som er særlige relevante for oppgavens problemstilling. Deretter forklares rettskildebruk og metode i punkt 3. I del II foretas begrepsavklaringer, før oppgavens problemstilling drøftes i del III.

2. DEN NYE ARBEIDSGIVERS ENDRINGSADGANG

2.1 Hovedtrekk

I oppgaven forutsettes det at det foreligger en virksomhetsoverdragelse etter aml. §16-1, og at det som følge av dette skjer en overføring av arbeidstakere.¹ Overføringen utløser spørsmål om hvilke rettigheter og plikter de overførte arbeidstakerne har overfor sin nye arbeidsgiver. Sagt på en annen måte oppstår spørsmål om den nye arbeidsgivers adgang til å fastsette eller endre arbeidsvilkårene til disse arbeidstakerne.

Utgangspunktet er at arbeidsgiver har styringsrett i sin virksomhet, slik at han har rett til å ensidig bestemme over de ansatte og deres arbeidsvilkår. Tradisjonelt er styringsretten omtalt som retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeid i virksomheten.² Styringsretten må imidlertid utøves innenfor rammen av de lover og avtaler, både kollektive og individuelle, som gjelder for det inngåtte arbeidsforhold.³ Rettigheter med hjemmel i disse grunnlagene kan ikke ensidig endres av arbeidsgiver, men ved enighet mellom partene. Lovbestemte rettigheter kan kun endres dersom de er deklarasjonelle. I oppgaven brukes begrepet "styringsrett" om arbeidsgivers adgang til å ensidig endre arbeidstakernes arbeidsvilkår, mens begrepet "endringsadgang" både brukes om ensidige endringer og om endringer ved avtale.

Ved virksomhetsoverdragelser har de overførte arbeidstakerne en rekke rettigheter overfor den nye arbeidsgiver med hjemmel i arbeidsmiljøloven kapittel 16. Formålet med reglene er å hindre at de overførte arbeidstakernes rettigheter forringes kun som følge av overdragelsen.⁴ Reglene har imidlertid også en side til den nye arbeidsgivers interesse, og det har i nyere tid skjedd en viss utvikling i reglenes formål. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.2.3.

I samsvar med reglenes opprinnelige formål, om vern av arbeidstakernes rettigheter, beholder de overførte arbeidstakerne samtlige rettigheter som de på overdragelsestidspunktet hadde overfor tidligere arbeidsgiver etter overdragelsen. Dette gjelder både rettigheter med grunnlag i individuelle arbeidsavtaler med tidligere arbeidsgiver, jf. aml. §16-2, første ledd, og rettigheter med grunnlag i tidligere arbeidsgivers tariffavtale, jf. aml. §16-2, annet ledd.⁵ I tillegg kan trolig lovbestemte rettigheter kreves opprettholdt dersom de inngår i arbeidsforholdet.⁶ Arbeidstakerne kan imidlertid ikke gjøre krav på rettigheter som etter sin art ikke kan overføres, og det er uavklart om arbeidstaker i disse tilfellene har krav på økonomisk kompensasjon fra den nye arbeidsgiver.⁷

¹ Om virksomhetsoverdragelsesbegrepet; Næss (2013) s. 26-117. Unntaksvis skjer det ingen overføring av arbeidstakere som følge av overdragelsen. Det er tilfellet dersom det ikke finnes bestående arbeidsforhold i den overførte virksomhet på overdragelsestidspunktet eller arbeidstakere med bestående arbeidsforhold utøver reservasjonsretten etter aml. §16-3.

² Andersen (1967) s. 149.

³ Rt. 2000 s. 1602 (s. 1609).

⁴ NOU 2004: 5 s. 355 og Fougner mfl. (2013) s. 958. Reglene gjennomfører Rådsdirektiv 2001/23/EF hvor dette formålet fremgår av fortalens punkt 2 og 3 samt av en rekke avgjørelser fra EU-domstolen, herunder C-478/03 Celtec (avsnitt 26).

⁵ Pensjonsrettigheter er særskilt regulert i aml. §16-2, tredje ledd, og behandles ikke nærmere.

⁶ Løsningen er ikke sikker; Evju (2005) s. 21 og Næss (2014) s. 159-161.

⁷ Evju (2005) s. 18-20 og Fougner mfl. (2013) s. 972-980.

De overførte arbeidstakernes rettigheter etter kapittel 16 kan i utgangspunktet ikke endres av den nye arbeidsgiver etter overdragelsen, og vanskeliggjør dermed hans mulighet til å tilpasse den overførte virksomhet til sin eksisterende virksomhet.

Likevel er ikke den nye arbeidsgiver helt avskåret fra å endre de overførte arbeidstakernes arbeidsvilkår etter overdragelsen. For det første kan den nye arbeidsgiver, innenfor rammen av arbeidstakernes rettigheter etter kapittel 16, utøve styringsrett i samme utstrekning som tidligere arbeidsgiver.⁸ For det andre utgjør ikke de overførte arbeidstakernes rettigheter etter kapittel 16 evigvarende begrensninger i den nye arbeidsgivers endringsadgang. Rettigheten etter kapittel 16 må, på samme måte som andre rettigheter i et arbeidsforhold, tolkes for å avgjøre hvordan og hvor lenge de begrenser arbeidsgivers endringsadgang.⁹ Et sentralt poeng er at arbeidstakernes rettigheter ikke skal forbedres som følge av overdragelsen.¹⁰ I tillegg kan det ved virksomhetsoverdragelser være særlige lovreguleringer av begrensningens varighet.

For å avgjøre hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av rettighetene etter kapittel 16, må det sees hen til rettighetens grunnlag. Rettigheter etter individuelle arbeidsavtaler med tidligere arbeidsgiver begrenser i utgangspunktet den nye arbeidsgivers endringsadgang på ubestemt tid etter overdragelsen, jf. aml. §16-2, første ledd. Likevel er et grunnleggende trekk ved individuelt avtalte rettigheter at de kan endres ved ny arbeidsavtale eller tariffavtale.¹¹ Den nye arbeidsgiver må derfor, på samme måte som tidligere arbeidsgiver, kunne endre rettighetene ved at arbeidsavtalen endres på gyldig måte etter overdragelsen.¹² Reglens preseptoriske karakter er ikke til hinder for slike avtaler etter overdragelsen, da aml. §1-9 i forbindelse med opphør av et arbeidsforhold kun rammer forhåndsavtaler til arbeidstakerens ugunst.¹³ Bestemmelsen kan ikke tolkes strengere når arbeidsforholdet med tidligere arbeidsgiver opphører ved virksomhetsoverdragelse.¹⁴

Varigheten av de begrensninger som følger av tidligere arbeidsgivers tariffavtale er et mer komplekst tema, fordi tariffavtalen kan begrense den nye arbeidsgivers endringsadgang på ulike måter. Dette danner grunnlaget for oppgavens problemstilling, og utdypes i punkt 2.2.

2.2 Begrensninger som følge av tidligere arbeidsgivers tariffavtale

Ved virksomhetsoverdragelser er utgangspunktet at tidligere arbeidsgivers tariffavtale overføres slik at den nye arbeidsgiver blir bundet på samme måte som tidligere arbeidsgiver, jf. aml. §16-2, annet ledd, første punktum. De overførte arbeidstakernes tariffavtalte arbeidsvilkår kan i så fall ikke endres i tariffperioden på annen måte enn ved enighet mellom tariffpartene. Den nye arbeidsgiver kan imidlertid unngå å bli bundet av tariffavtalen ved å skriftlig erklære seg ubundet innen en viss frist, jf. aml. §16-2, annet ledd, annet punktum. I

⁸ Fougner mfl. (2013) s. 958 og Næss (2013) s. 156.

⁹ Rt. 2000 s. 1602 (s. 1609).

¹⁰ Næss (2014) s. 156.

¹¹ At arbeidsavtalen endres som følge av ny tariffavtale følger av arbeidstvistloven §6.

¹² Johansen/Stueland (2011) s. 921 og Fougner mfl. (2013) s. 971.

¹³ Skjønberg/Hognestad (2014) s. 39.

¹⁴ Fougner mfl. (2013) s. 959 og s. 971. Adgangen til forhåndsavtaler drøftes i punkt 8.3.

denne oppgaven forutsettes det at den nye arbeidsgiver har erklært seg ubundet, og reglene om overføring av tariffavtalen behandles ikke nærmere.¹⁵

At den nye arbeidsgiver erklærer seg ubundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale betyr derimot ikke at avtalens vilkår er uten betydning for adgangen til å endre de overførte arbeidstakernes arbeidsvilkår. For det første begrenses den nye arbeidsgivers endringsadgang av tariffavtalens vilkår dersom arbeidstakers individuelle arbeidsavtale henviser til tariffavtalen, jf. aml. §16-2, første ledd:

”Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiver.”

For det andre begrenses endringsadgangen av tariffavtalens vilkår også uten slik henvisningsbestemmelse, men da slik at begrensningene kun gjelder for en viss periode etter overdragelsen, jf. aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum:

”De overførte arbeidstakerne har [...] 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.”

Det er disse to rettsgrunnlagene som må tolkes for å svare på oppgavens problemstilling om hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang er begrenset av tariffavtalens vilkår, når den nye arbeidsgiver har erklært seg ubundet av avtalen.

Forholdet mellom de to rettsgrunnlagene er knyttet til hvilke arbeidstakere som er beskyttet mot endringer i de tariffavtalte vilkår. Utgangspunktet er at reglene i kapittel 16 verner arbeidstakere som etter nasjonal rett har et bestående arbeidsforhold i den overdratte virksomhet på overdragelsestidspunktet.¹⁶ Dersom kun en del av virksomheten overdras må arbeidsforholdet ha tilstrekkelig tilknytning til den overdratte del.¹⁷ Poenget er at aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, kun verner arbeidstakere som var tariffbundet i tidligere arbeidsgivers virksomhet.¹⁸ Ikke-tariffbundne arbeidstakere er dermed kun beskyttet mot endringer i tariffavtalte vilkår etter overdragelsen, dersom deres arbeidsavtale henviser til tariffavtalen. Ofte har ikke-tariffbundne arbeidstakere henvisningsbestemmelser i sine arbeidsavtaler fordi tidligere arbeidsgiver har en plikt overfor sin tariffmotpart til å anvende tariffavtalens vilkår overfor dem.¹⁹

¹⁵ Om dette; Evju (2010).

¹⁶ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 33 og Fougner mfl. (2011) s. 181-183.

¹⁷ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 32 og Jetlund (2010) s. 295-363.

¹⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 33, Skjønberg/Hognestad (2014) s. 383 og Johansen/Stueland (2011) s. 917.

¹⁹ Sundet (2014) s. 100.

Når den nye arbeidsgiver erklærer seg ubundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale er det, etter begge de presenterte grunnlag, kun enkelte vilkår som begrenser endringsadgangen. En forutsetning for å drøfte oppgavens problemstilling er dermed en forklaring av tariffavtalebegrepet, og hvilke av avtalens vilkår som begrenser endringsadgangen. Dette behandles i oppgavens del II. Deretter skal problemstillingen drøftes separat for henvisningsbestemmelser, og aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, i del III.

3. RETTSKILDER OG METODE

3.1 Tolkning av arbeidsmiljølovens regler

Som vist beror oppgavens problemstilling på en tolkning av aml. §16-2, første ledd, og aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum. Lovteksten må tolkes i lys av relevante rettskildefaktorer. Da bestemmelsene omhandler tariffavtalte vilkår, kan alminnelige tariffrettslige regler ha betydning for tolkningen. Disse utledes fra arbeidstvistloven (arbtvl.), og rettspraksis fra Arbeidsretten.²⁰

Videre må det ved tolkningen tas hensyn til at arbeidsmiljøloven kapittel 16 gjennomfører Rådskdirektiv 2001/23/EF (virksomhetsoverdragelsesdirektivet).²¹ Arbeidsmiljøloven §16-2, første ledd, gjennomfører direktivets artikkel 3 nr.1:

”The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer shall, by reason of such transfer, be transferred to the transferee.”

Arbeidsmiljøloven §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, gjennomfører direktivets artikkel 3 nr.3:

”Following the transfer, the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement.”

Det skal i det videre redegjøres for forholdet mellom direktivets regler og norsk rett.

3.2 Forholdet mellom direktiv 2001/23/EF og norsk rett

3.2.1 Direktivet som tolkningsmoment

Direktiv 2001/23/EF er inntatt i EØS-avtalen, som er en folkerettslig avtale mellom EFTA og EU.²² Da norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp, der norsk rett og folkerett anses som

²⁰ Reglene i tjenestetvistloven behandles ikke.

²¹ Ot.prp. nr.71 (1991-1992) s. 6. Det opprinnelige direktivet var Rådskdirektiv 77/197/EØF. Direktivet ble endret ved Rådskdirektiv 98/59/EF, for de to direktivene ble konsolidert ved direktiv 2001/23/EF. Konsolideringen innebar ingen endring i reglene.

separate rettssystemer, må direktivet gjennomføres av lovgiver for å bli en del av norsk rett og direktivet påvirker dermed hvilke regler som vedtas.

I tillegg har direktivet betydning som tolkningsmoment når innholdet i de norske reglene skal fastlegges. Direktivet påvirker hvilke slutninger som trekkes fra øvrige rettskildefaktorer, og må i ethvert tilfelle avveies mot disse for å ta stilling til innholdet i norsk rett.²³ At direktivet har betydning som tolkningsmoment følger av presumsjonsprinsippet, og av lovgivers vilje ved vedtakelsen av reglene.²⁴ Hvilken betydning direktivet har i et konkret tilfelle beror på de retningslinjer som kan utledes fra disse to grunnlagene, jf. punkt 3.2.2-3.2.3. Prinsippene for tolkning av direktivet gjennomgås i punkt 3.2.4.

3.2.2 Presumsjonsprinsippet og lovgivers vilje

Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp som innebærer at norsk rett, så vidt mulig, skal tolkes i samsvar med de krav som følger av Norges folkerettslige forpliktelser.²⁵ Prinsippet får anvendelse for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, og strekker seg like langt som det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning.²⁶ På EØS-rettens område er presumsjonsprinsippet antatt å ha stor gjennomslagskraft grunnet lojalitetsplikten i EØS-avtalens artikkel 3. Dette er også lagt til grunn av Høyesterett ved tolkningen av arbeidsmiljøloven kapittel 16.²⁷ Utgangspunktet er derfor at arbeidsmiljølovens kapittel 16 skal tolkes i samsvar med de krav som direktiv 2001/23/EF stiller.

I praksis innebærer presumsjonsprinsippet at det må vurderes om andre rettskildefaktorer er til hinder for å legge til grunn den løsning som følger av direktivet.²⁸ Prinsippet er imidlertid et tolkningsprinsipp som kun får anvendelse dersom den norske regelen, etter alminnelige rettskildelære, lar seg tolke på en måte som tilfredsstillende direktivets krav.²⁹ Det skal likevel mye til før det foreligger en motstrid som ikke kan løses ved hjelp av presumsjonsprinsippet.³⁰

Dersom flere tolkningsalternativer tilfredsstillende direktivets krav, gir presumsjonsprinsippet liten veiledning for valg av tolkningsalternativ.³¹ I disse tilfellene beror direktivets betydning som tolkningsmoment på de retningslinjer som kan utledes fra lovgivers vilje. Forarbeider viser at lovgiver, ved vedtakelsen av arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelser, mente å gjennomføre direktivets regler.³² Med mindre det er holdepunkter for at lovgiver, i et konkret spørsmål, har ment å vedta en annen regel enn direktivet er direktivet derfor et viktig

²² Fordi avtalen formelt er en folkerettslig avtale omtales den i oppgaven som folkerett, selv om den reelt sett har overnasjonale trekk.

²³ Sejersted mfl. (2011) s. 265.

²⁴ Gjendemsjø (2007) s. 97.

²⁵ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1826).

²⁶ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1829).

²⁷ Eksempelvis Rt. 1997 s. 1954 (s. 1964).

²⁸ Fredriksen/Mathisen (2014) s. 294.

²⁹ Ot.prp. nr. 79 (1991-1992) s. 4 og Rt. 2000 s. 1811 (s. 1831).

³⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 4. Slik også; Sejersted mfl. (2011) s. 267 og Fredriksen/Mathisen (2014) s. 291-292.

³¹ Gjendemsjø (2007) s. 97-98.

³² Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 15.

tolkningsmoment.³³ Likevel har direktivet størst gjennomslagskraft dersom en mulig tolkning av norsk rett er i strid med EØS-retten, slik at presumsjonsprinsippet gjør seg gjeldende. Forskjellen skyldes at det er viktig å unngå at Norge bryter sine folkerettslige forpliktelser.

3.2.3 De krav direktivet stiller til norsk rett

Ved vurderingen av hvilke krav direktiv 2001/23/EF stiller til norsk rett, må det tas hensyn til at direktivet kun tar sikte på delvis harmonisering. Direktivet skal ikke sikre ensartet beskyttelse av arbeidstakernes rettigheter i medlemslandene, men kun sikre at deres rettigheter i henhold til nasjonal rett består etter virksomhetsoverdragelse.³⁴ Derfor stiller direktivet verken krav til innholdet i arbeidstakers rettigheter, eller innholdet i alle direktivets begreper.³⁵

Det direktivet derimot stiller krav til, er regler om effekten av virksomhetsoverdragelse. I denne forbindelse har det betydning at direktivet er et minimumsdirektiv, jf. artikkel 8. Det betyr at medlemslandene står fritt til å vedta andre regler såfremt disse ligger innenfor direktivets formål.³⁶ Etter ordlyden i artikkel 8 og direktivets opprinnelige formål kan det dermed vedtas nasjonale regler som i større grad enn direktivet verner arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelser.

I C-426/11 *Alemo-Herron* tolker imidlertid EU-domstolen artikkel 8 innskrenkende under henvisning til at direktivets formål er å skape en rimelig balanse mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser. En nasjonal regel i arbeidstakers favør tilfredsstillende dermed kun direktivets krav dersom den gir den nye arbeidsgiver mulighet til å gjøre justeringer og endringer som er nødvendig for fortsatt drift av virksomheten.³⁷

Med formuleringen av direktivets formål i *Alemo-Herron* etableres det en øvre grense for hvilke nasjonale regler i arbeidstakers favør som tilfredsstillende direktivets krav. Dette reiser interessante problemstillinger knyttet til direktivets betydning som tolkningsmoment for norsk rett og medfører at presumsjonsprinsippet, i større grad enn tidligere, kan gjøre seg gjeldende ved tolkningen av arbeidsmiljøloven. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved betydningen av *Alemo-Herron* i EU/EØS-retten og i norsk rett. Da disse spørsmål krever grundig redegjørelse for avgjørelsen, og avgjørelsen gjelder henvisningsbestemmelser, behandles dette i punkt 6.

3.2.4 Direktivtolkning

I oppgaven tolkes direktivet etter de prinsipper som gjelder for norske domstoler ved direktivtolkning. Ved tolkningen av EØS-retten tilsier homogenitetsmålsettingen i EØS-samarbeidet at det i utgangspunktet anvendes tilsvarende tolkningsnormer, og dermed

³³ Gjendemsjø (2007) s. 98.

³⁴ C-324/86 *Daddys Dance Hall* (avsnitt 16).

³⁵ Generaladvokatens uttalelse i C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (avsnitt 34-43). Deler av uttalelsen ble vist til av EU-domstolen. Slik også; Toftevåg (2015) plansje 35.

³⁶ C-108/10 *Scattolon* (avsnitt 75) og E-10/14 *Deveci* (avsnitt 63).

³⁷ C-426/11 *Alemo-Herron* (avsnitt 25).

tilsvarende tolkningsresultat, som i EU-retten.³⁸ Det må derfor sees hen til EU-domstolens tolkningsnormer. Homogenitetsmålsettingen er imidlertid ikke en *”trylleformel som leder til at man uten videre kan overføre et EU-rettslig tolkningsresultat til EØS-retten”*.³⁹ Det må derfor vurderes om EU-rettens løsning kan overføres til EØS-retten.⁴⁰ Dette trinn i tolkningsprosessen byr sjelden på problemer, og omtales kun i oppgaven dersom det er særlige forhold som aktualiserer vurderingen.

Etter EU-domstolens tolkningsnormer må regelens ordlyd tolkes i lys av at EU-rettens begreper normalt er autonome, og at reglene finnes i flere autoritative språkversjoner.⁴¹ De ulike språkversjonene fører til at ordlyden sjelden er tilstrekkelig som tolkningsmoment, og det må derfor sees hen til kontekst og formål.⁴² Momenter som inngår i regelens kontekst er forarbeider og tilblivelseshistorie. Argumentene har hovedsakelig betydning som støttemomenter, og spiller derfor en langt mer beskjeden rolle enn hva vi er vant til i norsk rett.⁴³ Derimot tillegges ofte formålsbetraktninger avgjørende vekt.

Et annet tolkningsargument er rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen. Ved anvendelsen av EU-domstolens avgjørelser, kan det sees hen til Generaladvokatens innstilling. Innstillingene utgjør ingen selvstendig rettskilde, men er en god kilde til å forstå EU-domstolens praksis.⁴⁴ Et særtrekk ved EØS-retten er at det formelt sett kun er avgjørelser avsagt av EU-domstolen før inngåelsen av EØS-avtalen som er rettslig bindende, jf. EØS-avtalen artikkel 6. Dette tidsmessige skillet har i praksis ikke hatt betydning for norske domstolers tolkning av EØS-retten da også senere avgjørelser fra EU-domstolen normalt tillegges avgjørende vekt.⁴⁵ Også EFTA-domstolens avgjørelser tillegges vesentlig vekt, selv om de ikke er rettslig bindende for norske domstoler, jf. ODA-avtalen artikkel 34.⁴⁶

3.3 Metode

Samtlige redegjørelser i oppgaven gjelder bestemmelser som gjennomfører direktiv 2001/23/EF. I oppgavens del II skal det imidlertid redegjøres for begreper som ikke i seg selv regulerer effekten av en virksomhetsoverdragelse. I lys av at direktivet kun tar sikte på delvis harmonisering, legges det til grunn at direktivet har liten betydning som tolkningsmoment for disse begrepene. Direktivet trekkes derfor ikke inn i del II.⁴⁷

I oppgavens del III behandles derimot regler om effekten av virksomhetsoverdragelser, og her har direktivet en sentral plass som tolkningsmoment slik redegjort for ovenfor. I oppgaven er

³⁸ Fredriksen/Mathisen (2014) s. 215-218. Homogenitetsmålsettingen er det grunnleggende formål om ensartethet mellom EØS- og EU-retten. Prinsippet kommer til uttrykk i EØS-avtalens fortale, fjerde og femte betraktning. Om dette; Fredriksen/Mathisen (2014) s. 40-44.

³⁹ Fredriksen/Mathisen (2014) s. 248.

⁴⁰ Fredriksen/Mathisen (2014) s. 217.

⁴¹ C-283/81 CILFIT (avsnitt 18-19).

⁴² Fredriksen/Mathisen (2014) s. 221.

⁴³ Fredriksen/Mathisen (2014) s. 229.

⁴⁴ Fredriksen/Mathisen (2014) s. 245-246.

⁴⁵ Rt. 1997 s. 1954 (s. 1960) og Arnesen/Stenvik (2009) s. 82.

⁴⁶ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1820).

⁴⁷ At direktivet ikke legger føringer for innholdet i begrepet *”tariffavtale”* fremgår av Generaladvokatens uttalelse i C-328/13 Österreichischer Gewerkschaftsbund (avsnitt 43). Deler av uttalelsen ble vist til av EU-domstolen. I norsk rett er dette påpekt av Toftevåg (2015) plansje 35.

det direktivets regel som anvendes som tolkningsmoment, ikke de enkelte EØS-relevante rettskildefaktorene. Det vil derfor skilles mellom regelsettene, og stort sett redegjøres for hvilke føringer direktivet legger for løsningen av et spørsmål før det tas stilling til norsk rett.⁴⁸

DEL II: BEGREPSAVKLARING

4. TARIFFAVTALE

4.1 Definisjon

I oppgaven skal det redegjøres for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av vilkår i tidligere arbeidsgivers *"tariffavtale"*, når han har erklært seg ubundet av avtalen. Som vist i punkt 2, har det betydning for rekkevidden av begrensningene i den nye arbeidsgivers endringsadgang om arbeidsvilkårene har grunnlag i tariffavtale eller arbeidsavtale.

Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven følger det at tariffavtalebegrepet skal forstås på samme måte som i tariffretten.⁴⁹ En tariffavtale er kort sagt en avtale mellom to parter som skal sikre stabile rammebetingelser for en rekke arbeidsforhold.⁵⁰ Av definisjonen i arbtvl. §1 bokstav e) følger det at en tariffavtale er:

"en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold".

En grunnleggende forutsetning for en tariffavtale er at det foreligger en rettslig bindende avtale.⁵¹ Et krav som skiller tariffavtalen fra andre avtaler er at den *"skal være opprettet skriftlig"*, jf. arbtvl. §4. Videre fremgår det to særlige krav av arbtvl. §1 bokstav e).

For det første må tariffavtalen være inngått mellom bestemte parter, jf. *"fagforening"* og *"arbeidsgiver"* eller *"arbeidsgiverforening"*.⁵² Kravet til avtalens parter viser at arbeidslivets organisasjoner spiller en sentral rolle for tariffavtalene, og organisasjonsfriheten er derfor en grunnleggende forutsetning for tariffavtalens funksjon.

For det andre stilles det krav til tariffavtalens innhold, jf. *"arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold"*. Ordlyden er svært vid. Av rettspraksis fremgår det at tariffavtalen kan inneholde bestemmelser om forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, individuelle vilkår, og/eller bestemmelser om forholdet mellom tariffavtalens parter, kollektive vilkår.⁵³ Skillet mellom individuelle og kollektive vilkår utdypes i punkt 5. En avtale som inneholder

⁴⁸ Arnesen/Stenvik (2009) s. 16 og 66-68 og Fredriksen/Mathisen (2014) s. 293-294.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 33.

⁵⁰ Fougner mfl. (2004) s. 25.

⁵¹ ARD. 2005 s. 186 (avsnitt 41).

⁵² Sundet (2014) s. 35-38.

⁵³ ARD. 1991 s. 140 (s. 169).

individuelle vilkår er kun en tariffavtale dersom vilkårene får anvendelse for en ubestemt krets av arbeidstakere.⁵⁴

4.2 Tariffavtalens virkning

Selv om oppgaven ikke behandler tilfeller hvor den nye arbeidsgiver blir bundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale, er alminnelige tariffrettslige regler om tariffavtalens virkning et viktig bakteppe for å drøfte oppgavens problemstilling. Reglene kan, som nevnt i punkt 3.1, ha betydning ved tolkningen av arbeidsmiljølovens regler, og er i ethvert tilfelle viktig for å tydeliggjøre eventuelle konflikter mellom tariffrettens og arbeidsmiljølovens regler.

Et første særtrekk ved tariffavtalen er at den er bindende for avtalens parter og partenes medlemmer.⁵⁵ Dette gjelder både medlemmer ved avtaleinngåelsen og de som melder seg inn i tariffperioden. Likevel er det et grunnleggende trekk ved alle avtaler, også tariffavtaler, at partene kan gi bestemmelser om avtalens omfang. Hvilke medlemmer som blir bundet avhenger derfor av en tolkning av tariffavtalen.⁵⁶ I praksis blir et medlem automatisk bundet av tariffavtalen dersom avtalen etter sitt innhold er anvendelig.

Et annet særtrekk ved tariffavtalen er dens materielle virkninger i form av fredsplikt og ufravikelighet. Det er kun ufravikelighetsregelen i arbtvl. §6 som er relevant for oppgavens problemstilling:

”Bestemmelse i arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale som begge parter er bundet av, er ugyldig.”

Bestemmelsen gir tariffavtalens vilkår tvingende virkning for arbeidstakere som er bundet av avtalen.

Et siste særtrekk ved tariffavtalen er dens dynamiske karakter. Tariffavtalen er av karakter en tidsbegrenset avtale, med deklarasjonelle regler om opphør og oppsigelse i arbtvl. §5. Formålet med tidsbegrensningen er imidlertid ikke å sikre at tariffavtalen opphører, men å gi tariffpartene adgang til jevnlig revisjon.⁵⁷ Det finnes derfor flere regler om tariffavtalers virkning i tid som ikke har noen parallell i alminnelig avtalerett, herunder reglene om prolongasjon og ettervirkning. Til tross for disse særlige reglene medfører adgangen til å si opp, eller fortrinnsvis revidere, avtalen at dens vilkår stadig endres. Reglene om tariffavtalens varighet behandles nærmere i del III.

I tillegg kan partene bli enige om endringer i tariffperioden.⁵⁸ Fordi det som følge av fredsplikten kan være vanskelig å oppnå enighet om endringer i denne perioden, er det i

⁵⁴ Sundet (2014) s. 48-62 og ARD. 2013 s. 5 (avsnitt 63 og 65).

⁵⁵ ARD. 2011 s. 10 (avsnitt 39).

⁵⁶ Sundet (2014) s. 70.

⁵⁷ Aagaard (2014) s. 87.

⁵⁸ Evju (2001) s. 48.

mange tariffavtaler inntatt reguleringsbestemmelser som gir partene adgang til å revidere enkelte av avtalens vilkår med adgang til oppsigelse dersom enighet ikke oppnås.⁵⁹

5. INDIVIDUELLE VILKÅR

Når den nye arbeidsgiver erklærer seg ubundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale, er det kun enkelte av avtalens vilkår som begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang. Etter aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, begrenses endringsadgangen av tariffavtalens "*individuelle arbeidsvilkår*", som omfatter det som i tariffretten er kalt individuelle vilkår.⁶⁰ I praksis er det samme type vilkår som begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang som følge av henvisningsbestemmelser. Dette skyldes at henvisningsbestemmelsen er inntatt i arbeidsavtalen, som per definisjon kun inneholder individuelle vilkår. Henvisningsbestemmelsen må imidlertid tolkes da det ikke alltid vises til samtlige av tariffavtalens individuelle vilkår.

Det skal videre redegjøres for skillet mellom tariffavtalens individuelle og kollektive vilkår.

Utgangspunktet er at individuelle vilkår regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er dette uttrykt som at vilkåret må gjelde "*den enkelte arbeidstakers rettigheter og plikter*".⁶¹ Eksempler på vilkår som knytter seg til den enkelte arbeidstakers rettigheter og plikter er lønn, tillegg, frynsegoder, arbeidstid, ansiennitet, tittel, taushetsplikt, konkurransekarantene, permisjon og ferie.⁶² På områder med tariffavtalehierarki vil individuelle vilkår normalt være inntatt i landsdekkende overenskomster og særavtale. Et eksempel er Anleggsoverenskomsten 2014-2016.

Kollektive vilkår regulerer derimot forholdet mellom tariffavtalens parter. Eksempler er regler om tillitsvalgte, arbeidskamp og annen tvisteløsning mellom tariffpartene.⁶³ Slike vilkår er på områder for tariffavtalehierarki typisk inntatt i hovedavtalene, jf. Hovedavtalen LO/NHO kapittel II om organisasjonsrett og fredsplikt, og kapittel III om tvisteløsning. I praksis er ikke skillet mellom de to typene vilkår skarpt.⁶⁴

I tillegg til grensdragningen mellom tariffavtalens individuelle og kollektive vilkår, oppstår spørsmålet om den nye arbeidsgivers endringsadgang kun begrenses av de individuelle vilkår på overdragelsestidspunktet eller også av senere endringer i vilkårene. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til når jeg nå skal redegjøre for oppgavens problemstilling i del III.

⁵⁹ Stokke, Nergaard, Evju (2013) s. 71 og s. 174-175.

⁶⁰ Jetlund (2015) s. 129.

⁶¹ NOU 2004: 5 s. 392.

⁶² NOU 2004: 5 s. 356 og s. 399 og Johansen/Stueland (2011) s. 916.

⁶³ NOU 2004: 5 s. 399 og Johansen/Stueland (2011) s. 916.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 268.

DEL III: OPPGAVENS PROBLEMSTILLING

6. HENVISNINGSBESTEMMELSER

6.1 Problemstillingen

I punkt 6 skal det redegjøres for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale som følge av en henvisningsbestemmelse.

En henvisningsbestemmelse gir den overførte arbeidstaker rett til tariffavtalte vilkår på grunnlag av sin individuelle arbeidsavtale. Utgangspunktet er derfor at den nye arbeidsgiver, som følge av henvisningsbestemmelsen, ikke kan endre de overførte arbeidstakers tariffavtalte vilkår før arbeidsavtalen endres på gyldig måte, jf. aml. §16-2, første ledd. Utfordringen er at tariffavtalen, grunnet sin dynamiske karakter, kan endres mangfoldige ganger før arbeidsavtalen endres på gyldig måte. Dermed oppstår spørsmålet om den nye arbeidsgivers endringsadgang kun er begrenset av tariffavtalens vilkår på overdragelsestidspunktet, eller også av senere endringer i tariffavtalen. Kort sagt er spørsmålet om den nye arbeidsgivers forpliktelse etter henvisningsbestemmelsen er statisk eller dynamisk, jf. punkt 6.2-6.3. Dette er også avgjørende for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av tariffavtalens vilkår, jf. punkt 6.4.

Spørsmålet om arbeidsgivers forpliktelse etter henvisningsbestemmelsen er statisk eller dynamisk, oppstår både utenfor og i virksomhetsoverdragelsessituasjonene. Utgangspunktet for vurderingen er den samme, men et særtrekk ved virksomhetsoverdragelser er at det må tas hensyn til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 16.

6.2 Utenfor virksomhetsoverdragelsessituasjonene

Utenfor virksomhetsoverdragelsessituasjonene må henvisningsbestemmelsen tolkes etter alminnelige avtalerettslige prinsipper for å avgjøre om den innebærer en statisk eller dynamisk forpliktelse for arbeidsgiver, jf. Rt. 1985 s. 78. Et eksempel på en henvisningsbestemmelse som etter alminnelige tolkningsprinsipper etablerer en statisk forpliktelse for arbeidsgiver er; *"arbeidstaker er ansatt etter tariffavtalens vilkår på ansettelsestidspunktet"*. En bestemmelse som derimot etablerer en dynamisk forpliktelse er; *"arbeidstaker er ansatt etter vilkårene i den til enhver tid gjeldende tariffavtale"*. Bestemmelsen er ofte generelt utformet, slik at tolkningsspørsmålet byr på tvil.

I den nevnte dom anla Høyesterett en dynamisk tolkning av arbeidsavtalens bestemmelse om ansettelse på *"vanlige vilkår"* og *"arbeidsreglementet [...] som til enhver tid gjelder for vedkommende avdeling og stilling"*.⁶⁵ I tillegg til ordlyden ble det lagt vekt på partenes tidligere praksis, og at det ikke var upåregnelig at arbeidsvilkårene ville endres etter ansettelsestidspunktet.

⁶⁵ Rt. 1985 s. 78 (s. 87).

6.3 I virksomhetsoverdragelsessituasjonene

6.3.1 Utgangspunkt

Utgangspunktet må også ved virksomhetsoverdragelse være at henvisningsbestemmelsen tolkes etter alminnelige avtalerettslige prinsipper.⁶⁶ Spørsmålet er imidlertid om arbeidsmiljøloven kapittel 16 legger særlige føringer for tolkningen.

I norsk rettspraksis er det ikke tatt stilling til tolkningen av henvisningsbestemmelser ved virksomhetsoverdragelser, men i lys av EU-domstolens praksis er det to spørsmål som kan drøftes. For det første om henvisningsbestemmelser, som følge av arbeidsmiljøloven kapittel 16, alltid skal tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser. For det andre om arbeidsmiljøloven kapittel 16 utelukker dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser ved virksomhetsoverdragelser.

Dersom arbeidsmiljøloven legger særlige føringer for tolkningen medfører det at henvisningsbestemmelsen er henholdsvis mer eller mindre inngripende for den nye arbeidsgivers endringsadgang etter virksomhetsoverdragelse, enn i andre tilfeller. I det videre skal det først tas stilling til hvilke føringer direktivet legger for disse spørsmålene, før det tas stilling til norsk rett.

6.3.2 Skal henvisningsbestemmelser alltid tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser?

6.3.2.1 Direktiv 2001/23/EF

Spørsmålet om henvisningsbestemmelser alltid skal tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser ble behandlet i C-499/04 Werhof, som gjaldt overdragelse mellom Siemens DUEWAG og Freeway Traffic Systems. Den overførte arbeidstaker hevdet at henvisningsbestemmelsen måtte tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelse som følge av direktivets artikkel 3 nr.1, men fikk ikke medhold.

Utgangspunktet er ifølge EU-domstolen at arbeidstakerens rettigheter etter henvisningsbestemmelsen skal opprettholdes etter overdragelsen med hjemmel i artikkel 3 nr.1. Det går imidlertid ikke nærmere inn på ordlyden, men uttales:

”In respect of the interpretation of Article 3(1) of the Directive, a clause referring to a collective agreement cannot have a wider scope than the agreement to which it refers. Consequently, account must be taken of Article 3(2) of the Directive, which contains limitations to the principle that the collective agreement to which the contract of employment refers is applicable.”⁶⁷

⁶⁶ Ved virksomhetsoverdragelser er det antatt at henvisningsbestemmelsen skal tolkes som en henvisning til tidligere arbeidsgivers tariffavtale, også når den nye arbeidsgiver har tariffavtale som er anvendelig for de overførte arbeidstakere, jf. Rapport om virksomhetsoverdragelser (2000) punkt 1.5.2. Løsningen er imidlertid ikke sikker, jf. Evenrud (2014) §16-2 note 9.

⁶⁷ Avgjørelsen gjaldt direktiv 98/50/EF. Dennes artikkel 3 nr.2 er videreført uten endringer i direktiv 2001/23/EF artikkel 3 nr.3.

Deretter kom EU-domstolen til at endringer i tariffavtalens vilkår etter overdragelsestidspunktet, ikke begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang etter artikkel 3 nr.3. Da kunne slike endringer heller ikke påvirke endringsadgangen som følge av henvisningsbestemmelsen og artikkel 3 nr.1. Denne tolkningen av artikkel 3 nr.1 var i samsvar med direktivets formål som også har en side til den nye arbeidsgivers interesse:

”In addition, although in accordance with the objective of the Directive the interests of the employees concerned by the transfer must be protected, those of the transferee, who must be in a position to make adjustments and changes necessary to carry on his operations, cannot be disregarded.”⁶⁸

I lys av dette ble det lagt vekt på at en dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser kunne være i strid med den nye arbeidsgivers organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11.

Resonnementet i Werhof syntes å være at henvisningsbestemmelser utgjør en mellomting mellom individuelt avtalte og tariffavtalte rettigheter.⁶⁹ Dersom artikkel 3 nr.1 alltid skal tolkes i lys av artikkel 3 nr.3 betyr det imidlertid at direktivet utelukker dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser ved virksomhetsoverdragelser. En slik regel kan vanskelig utledes fra Werhof, når uttalelsene leses i lys av spørsmålet som var forelagt EU-domstolen.⁷⁰ Spørsmålet fra den nasjonale domstol var om direktivet var til hinder for statisk tolkning av henvisningsbestemmelsen.⁷¹ Altså var spørsmålet om direktivet utgjorde et selvstendig grunnlag for å tolke henvisningsbestemmelsen dynamisk.⁷² Det var dette EU-domstolen besvarte benektende:

”In those circumstances, the claimant cannot maintain that a clause [...] must necessarily be ”dynamic” and refers, by application of Article 3(1) of the Directive, to collective agreements concluded after the date of transfer of the undertaking.”⁷³

Uttalelsene i Werhof om at henvisningsbestemmelsen ikke kan gis et videre vern enn tariffavtalen som det henvises til, er med andre ord forbeholdt tilfeller hvor bestemmelsen etter nasjonal rett tolkes som en statisk forpliktelse for arbeidsgiver. Det er i disse tilfellene at artikkel 3 nr.1 skal tolkes i lys av artikkel 3 nr.3, og direktivet innebærer dermed ikke at henvisningsbestemmelser alltid skal tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser.

6.3.2.2 Norsk rett

Ordlyden i aml. §16-2, første ledd, gir kun uttrykk for at tidligere arbeidsgivers forpliktelser overføres til ny arbeidsgiver, og gir ingen holdepunkter for at henvisningsbestemmelser alltid

⁶⁸ Werhof (avsnitt 31).

⁶⁹ Poenget kommer tydelig frem i Generaladvokatens uttalelse i Werhof (avsnitt 39-43).

⁷⁰ Fredriksen/Mathisen (2014) s. 241.

⁷¹ Werhof (avsnitt 13).

⁷² En slik tolkning av Werhof er lagt til grunn av Generaladvokaten i Alemo-Herron (avsnitt 31) og av EU-domstolen i samme sak (avsnitt 22). Slik også: Prassl (2013) s. 440.

⁷³ Werhof (avsnitt 36).

skal tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser. En slik tolkning har heller ikke støtte i andre rettskilder. Det må derfor kunne legges avgjørende vekt på direktivet, slik dette er tolket i Werhof.

En statisk henvisningsbestemmelse kan dermed ikke ved virksomhetsoverdragelser gis et videre vern enn tariffavtalen som den henviser til. I slike tilfeller må aml. §16-2, første ledd, tolkes i lys av aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum. Sistnevnte bestemmelse må tolkes i samsvar med direktivets artikkel 3 nr.3 slik at endringer i tariffavtalens vilkår etter overdragelsestidspunktet, ikke har betydning for den nye arbeidsgiveres endringsadgang. Etterfølgende endringer får da heller ikke betydning for de begrensninger som følger av en, i utgangspunktet, statisk henvisningsbestemmelse.

Konklusjonen er at henvisningsbestemmelser ikke alltid skal tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser. Så langt beror spørsmålet om henvisningsbestemmelsen innebærer en statisk eller dynamisk forpliktelse for den nye arbeidsgiver på en tolkning etter alminnelige avtalerettslige prinsipper.

6.3.3 Er dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser utelukket ved virksomhetsoverdragelser?

6.3.3.1 Direktiv 2001/23/EF

At henvisningsbestemmelser ikke alltid skal tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser, betyr ikke nødvendigvis at slik tolkning er utelukket. Ordlyden i artikkel 3 nr.1 gir ingen holdepunkter for en slik løsning, og dette kan som nevnt heller ikke utledes fra Werhof. Da dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser verner arbeidstakers rettigheter i større grad enn direktivet, er utgangspunktet etter artikkel 8 at slik tolkning ikke er utelukket.

Likevel var resultatet i C-426/11 *Alemo-Herron* det motsatte. I saken krevde de overførte arbeidstakere, som følge av henvisningsbestemmelse, lønnsforhøyelse når tidligere arbeidsgivers tariffavtale ble endret etter overdragelsestidspunktet. Den nasjonale domstolen åpnet for en dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelsen, men EU-domstolen la til grunn at dette ville være i strid med direktivet.

I avgjørelsen foretas en innskrenkende tolkning av artikkel 8 med henvisning til at direktivets formål er å sikre en rimelig balanse mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesse. Det sentrale er at den nye arbeidsgiver:

*“must be in a position to make adjustments and changes necessary to carry on its operations”.*⁷⁴

I lys av dette tolkes artikkel 3 innskrenkende slik at dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser utelukkes ved virksomhetsoverdragelser. Tolkningen begrunnes

⁷⁴ *Alemo-Herron* (avsnitt 25).

med hensynet til den nye arbeidsgivers næringsfrihet etter EUs Charter om grunnleggende rettigheter (Charteret) artikkel 16.⁷⁵

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved betydningen av *Alemo-Herron*, både for tolkningen av artikkel 8 og for adgangen til dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser etter artikkel 3.

I ethvert tilfelle kunne det tenkes at rekkevidden av *Alemo-Herron* er begrenset av hensyn til sakens faktiske omstendigheter. Saken gjaldt virksomhetsoverdragelse fra offentlig til privat sektor hvor den nye arbeidsgiver ikke hadde mulighet til å delta i de offentlige tariffavtaleforhandlinger. Det er ikke gitt at avgjørelsen har betydning for virksomhetsoverdragelser innad i sektorene, eller for overdragelser hvor den nye arbeidsgiver har mulighet til å delta i tariffavtaleforhandlingene. Likevel må det tas hensyn til at EU-domstolen gir generelle tolkningsuttalelser og ikke avgjør konkrete saker. Avgjørelsens rekkevidde kan derfor ikke begrenses av hensyn til sakens faktiske omstendigheter.⁷⁶

Derimot kan det vurderes om avgjørelsen har begrenset betydning i EU-retten som følge av begrunnelsen for den innskrenkende tolkning av artikkel 8 og artikkel 3.

Den innskrenkende tolkning av artikkel 8 er i utgangspunktet ikke oppsiktsvekkende da EU-domstolen i flere avgjørelser de siste årene har lagt begrensninger på adgangen til arbeidstakervern i medlemsstatene.⁷⁷ Imidlertid er et fellestrekk ved tidligere praksis at den bygger på EUs regler om de fire friheter, som er avgjørende for det indre marked.⁷⁸ I *Alemo-Herron* vises det derimot kun til direktivets formål, og det kan stilles spørsmål ved om denne begrunnelsen er tilstrekkelig tungtveiende til å tolke artikkel 8 innskrenkende.

Særlig kan dette spørsmålet stilles fordi EU-domstolen anvender formålsbetraktninger som bryter radikalt med tidligere rettspraksis om virksomhetsoverdragelsesdirektivet.⁷⁹ Hensynet til arbeidsgivers interesse har riktignok tidligere vært trukket frem ved tolkningen av direktivets regler, blant annet i *Werhof*. Det har imidlertid ikke vært antydning at direktivet av denne grunn er til hinder for nasjonale regler i arbeidstakers favør. I *Alemo-Herron* beveger EU-domstolen seg forholdsvis langt fra direktivets opprinnelige formål.

Til tross for denne kritikken har EU-domstolen opprettholdt tolkningen av artikkel 8 i C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, som gjaldt adgangen til å anvende nasjonale regler om tariffavtalens ettervirkning ved virksomhetsoverdragelse.⁸⁰ Etter denne avgjørelsen må det legges til grunn at *Alemo-Herron* har betydning for tolkningen av artikkel 8. Det avgjørende for om en nasjonal regel tilfredsstiller direktivets krav dermed, som nevnt i punkt 3.2.3, om regelen ligger innenfor formålet om en rimelig balanse mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesse, særlig om den nye arbeidsgiver kan gjøre justeringer og endringer

⁷⁵ *Alemo-Herron* (avsnitt 31).

⁷⁶ *Fredriksen/Mathisen* (2014) s. 240.

⁷⁷ C-341/05 *Laval*, C-346/06 *Ruffert*, C-438/05 *Viking Line* og C-319/06 *Luxembourg*.

⁷⁸ *Prassl* (2013) s. 441.

⁷⁹ *Prassl* (2013) s. 439-440.

⁸⁰ *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (avsnitt 29).

som er nødvendige for fortsatt drift. I EU-retten er det for så vidt ingenting i veien for å anvende Charteret i denne vurderingen.⁸¹

Likevel kan det reises spørsmål om betydningen av Alemo-Herron for adgangen til dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser etter artikkel 3. Avgjørelsen kan kritiseres for å være for ensidig rettet mot arbeidsgiveres interesse, og ikke ivareta en rimelig balanse mellom denne og arbeidstakers interesse grunnet anvendelsen av Charterets artikkel 16.⁸²

Ved anvendelsen av Charterets artikkel 16 må det tas hensyn til at næringsfriheten ikke er en absolutt rettighet, og at den derfor må avveies mot andre fundamentale rettigheter.⁸³ I tidligere rettspraksis har næringsfriheten først vært ansett krenket dersom arbeidsgiver pålegges restriksjoner som gjør det umulig å drive virksomheten videre.⁸⁴ Et slikt utgangspunkt stilles for så vidt også opp av EU-domstolen i Alemo-Herron, jf. "*necessary to carry on its operations*".⁸⁵ Imidlertid overses sentrale argumenter i den konkrete avveiningen.

For det første burde det vært sett hen til hvilke utgifter en dynamisk tolkning medfører for den nye arbeidsgiver. Særlig bør dette momentet få vekt når den nye arbeidsgiver har valgt å kjøpe en virksomhet og i forkant av dette kan, og ofte vil, foreta en kostnadsvurdering. At denne kostnadsvurderingen viser seg å være uriktig er arbeidsgivers risiko. Derfor bør det først være aktuelt å anse næringsfriheten som krenket dersom det er snakk om så store utgifter at det blir umulig for den nye arbeidsgiver å drive virksomheten videre. Dette hensyn nevnes ikke av EU-domstolen til tross for at arbeidsgivers næringsfrihet, herunder hans kontraktsfrihet, knyttes opp mot virksomhetens "*future economic activity*".⁸⁶ I Alemo-Herron var det kun snakk om en liten økning i arbeidstakers timelønn, og det er dermed vanskelig å se at det ville være umulig for den nye arbeidsgiver å drive virksomheten videre.⁸⁷

For det andre er det svært kritikkverdig at EU-domstolen, i motsetning til Generaladvokaten i saken, ikke vektlegger at dynamiske henvisningsbestemmelser ikke utgjør evigvarende begrensninger i den nye arbeidsgivers endringsadgang.⁸⁸ Begrensningene varer kun inntil arbeidsavtalen endres på gyldig måte, jf. artikkel 3 nr.1, og medlemslandene kan i ethvert tilfelle bestemme at vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale kun består i ett år etter overdragelsen, jf. artikkel 3 nr.3, annet ledd. En slik absolutt tidsbegrensning har også betydning for virkningen av dynamiske henvisningsbestemmelser.⁸⁹ Også dette gjør det vanskelig å se at dynamisk tolkning gjør det umulig for den nye arbeidsgiver å fortsette virksomheten.⁹⁰ Særlig er det vanskelig å se hvordan kontraktsfriheten, som en del av næringsfriheten, krenkes når begrensningene kan opphøre ved avtale med arbeidstaker.

⁸¹ Prassl (2013) s. 441.

⁸² Prassl (2013) s. 440 og Peers mfl. (2014) s. 821-822.

⁸³ Prassl (2013) s. 442-443. Dette er også påpekt av Generaladvokaten i Alemo-Herron (avsnitt 52).

⁸⁴ C-283/11 Sky Österreich GmbH (avsnitt 49).

⁸⁵ Alemo-Herron (avsnitt 25).

⁸⁶ Alemo-Herron (avsnitt 33).

⁸⁷ Prassl (2013) s. 443.

⁸⁸ Generaladvokatens uttalelse i Alemo-Herron (avsnitt 56 og 40).

⁸⁹ Generaladvokatens uttalelse i Alemo-Herron (avsnitt 40). Det er ikke vedtatt en slik absolutt tidsbegrensning i norsk rett, jf. NOU 2004: 5 s. 402.

⁹⁰ Prassl (2013) s. 440 og Peers mfl. (2014) s. 822.

Samlet sett er det betenkelig at EU-domstolen gir arbeidsgivers næringsfrihet, en hittil lite anvendt bestemmelse i Charteret, gjennomslagskraft i Alemo-Herron. En mulig årsak til at næringsfriheten trekkes inn, er at det ikke var mulig å bygge på organisasjonsfriheten som i Werhof. Det tyder på at næringsfriheten ble trukket inn av mangel på et bedre grunnlag, og begrunnelsen fremstår som anstrengt.⁹¹

Avgjørelsen i Alemo-Herron fremstår desto mer kritikkverdig i lys av Österreichischer Gewerkschaftsbund. Selv om domstolen legger til grunn samme tolkning av artikkel 8, tas det i den konkrete vurderingen nettopp hensyn til hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses etter overdragelsen. EU-domstolen legger til grunn at en regel av begrenset varighet ikke hindrer den nye arbeidsgiver fra å gjøre justeringer og endringer som er nødvendige for fortsatt drift.⁹² Videre syntes kravet til begrenset varighet å være oppfylt dersom begrensningene kan opphøre ved inngåelse av ny tariffavtale eller arbeidsavtale. Med andre ord skal det mye til før begrensningene har en slik karakter at den nye arbeidsgiver er forhindret fra justeringer og endringer som er nødvendig for fortsatt drift.

Foreløpig er det likevel vanskelig å avvise resultatet i Alemo-Herron som gjeldende EU-rett, og det må derfor legges til grunn at dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser er utelukket ved virksomhetsoverdragelser. Det er imidlertid tvilsomt om resultatet vil opprettholdes i fremtiden, særlig i lys av den vekt det ble lagt på reglens varighet og fleksibilitet i Österreichischer Gewerkschaftsbund. Det er derfor et sterkt behov for avklaring.

6.3.3.2 Overføring av EU-domstolens tolkningsresultat til EØS-retten?

EUs Charter om grunnleggende rettigheter er ikke inntatt i EØS-avtalen, og deler av begrunnelsen i Alemo-Herron er derfor ikke direkte overførbar til EØS-retten. Spørsmålet er om homogenitetsmålsettingen av denne grunn har nådd sin grense slik at Alemo-Herron ikke får betydning for tolkningen av direktiv 2001/23/EF i EØS-retten.

Utgangspunktet er at homogenitetsmålsettingen har nådd sin grense dersom det ikke er mulig å komme til samme resultat som EU-domstolen uten å anvende Charteret.⁹³ Situasjonen er derfor ikke problematisk dersom Charterets rettighet fremgår av EMK eller andre konvensjoner som samtlige EØS-land er bundet av.⁹⁴ Problemet oppstår først dersom EU-domstolen anvender en rettighet i Charteret som ikke har en parallell i slike andre grunnlag, slik situasjonen er for Charterets artikkel 16.

Spørsmålet om betydningen av Alemo-Herron i EØS-retten kom opp for EFTA-domstolen i E-10/14 Deveci. Saken gjaldt en virksomhetsoverdragelse i SAS-konsernet som utløste en rekke spørsmål knyttet til de overførte arbeidstakernes tariffavtalte arbeidsvilkår, herunder

⁹¹ Evju (2013) s. 3.

⁹² Österreichischer Gewerkschaftsbund (avsnitt 30).

⁹³ Fredriksen (2013) s. 385.

⁹⁴ Fredriksen/Franklin (2015) s. 18.

adgangen til å anvende nasjonale regler om tariffavtalens ettervirkning og tolkningen av direktivets artikkel 8.

Den norske stat argumenterte i sitt innlegg sterkt for å avvise betydningen av *Alemo-Herron* av hensyn til statenes suverenitet.⁹⁵ EFTA-domstolen la derimot til grunn at avgjørelsen har betydning for EØS-retten fordi arbeidsgivers næringsfrihet ligger i kjernen av EØS-avtalen, og derfor må anses anerkjent av partene uavhengig av Charteret.⁹⁶ Etter EFTA-domstolens argumentasjon skal det nok mye til før det er umulig å finne støtte i EØS-avtalen for en tolkning som sammenfaller med den tolkning som Charteret fører til i EU. I realiteten har EFTA-domstolen sikret at EØS-retten utvikler seg i takt med EU-retten uten å direkte anvende Charteret.⁹⁷

At *Alemo-Herron* bygger på Charterets artikkel 16, er ikke tilstrekkelig til å avvise dens betydning i EØS-retten. Avgjørelsens betydning i EØS-retten er derfor tilsvarende den i EU-retten, både for tolkningen av direktivets artikkel 8 og for adgangen til dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser etter artikkel 3.

6.3.3.3 Norsk rett

Ordlyden i aml. §16-2, første ledd, gir ikke holdepunkter for at dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser er utelukket ved virksomhetsoverdragelser. En slik tolkning har heller ikke holdepunkter i andre norske rettskilder. Likevel tilsier presumsjonsprinsippet at dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser er utelukket ved virksomhetsoverdragelser etter arbeidsmiljøloven kapittel 16. Selv om ordlyden i arbeidsmiljøloven ikke gir holdepunkter for en slik tolkning, oppstår det ikke motstrid som aktualiserer spørsmålet om presumsjonsprinsippet rekkevidde. Dermed vil det også for norsk rett i utgangspunktet ha betydning om *Alemo-Herron* følges opp i EU-domstolens fremtidige praksis.

Samtidig kan det hevdes at dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser, uavhengig av direktivet, bør utelukkes ved virksomhetsoverdragelser i norsk rett. Ved å åpne for dynamisk tolkning gis ikke-tariffbundne arbeidstakere et bedre vern av tariffavtalens vilkår enn de tariffbundne arbeidstakere. Dette skyldes at henvisningsbestemmelser, i Norge, kun brukes overfor ikke-tariffbundne arbeidstakere. For tariffbundne arbeidstakere følger rett og plikt etter avtalen av arbtvl. §6.⁹⁸

Ved virksomhetsoverdragelser kan tariffbundne arbeidstakere kun påberope seg aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, og den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses dermed ikke av endringer i tariffavtalen etter overdragelsestidspunktet. Derimot vil endringsadgangen overfor ikke-tariffbundne arbeidstakere, som følge av en dynamisk henvisningsbestemmelse, være begrenset av slike etterfølgende endringer i tariffavtalen. Etter

⁹⁵ Deveci (avsnitt 44).

⁹⁶ Deveci (avsnitt 63-64).

⁹⁷ Fredriksen/Franklin (2015) s. 19-21.

⁹⁸ Dette er annerledes i land hvor det ikke finnes generelle regler om tariffbundethet, slik at henvisningsbestemmelser alltid utgjør bindeleddet mellom arbeidsforholdet og tariffavtalen.

min mening bør en slik forskjellsbehandling unngås, og dette hensynet bør tillegges vekt enten ved vurderingen av om arbeidsmiljøloven kapittel 16 utelukker dynamisk tolkning eller, kanskje mer aktuelt, ved den alminnelige tolkningen av henvisningsbestemmelsen ved virksomhetsoverdragelser. Det er derfor ikke sikkert at en forandring i EU-retten får avgjørende betydning for norsk rett. Også her er det behov for avklaring.

6.4 Konklusjon

Som nevnt i punkt 6.1 er tolkningen av henvisningsbestemmelsen avgjørende for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av tariffavtalens vilkår etter overdragelsen. Dersom henvisningsbestemmelsen innebærer en dynamisk forpliktelse for den nye arbeidsgiver er det ingen holdepunkter for at han kan endre de tariffavtalte vilkår, herunder senere endringer i disse, før arbeidsavtalen endres på gyldig måte, jf. aml. §16-2, første ledd. Jeg har imidlertid kommet til at dynamisk tolkning av henvisningsbestemmelser er, og normalt bør være, utelukket ved virksomhetsoverdragelser i norsk rett.

En statisk henvisningsbestemmelse kan ved virksomhetsoverdragelser ikke gis et videre vern enn tariffavtalen den henviser til, og det må sees hen til aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum. Det må dermed antas at den nye arbeidsgivers endringsadgang, som følge av henvisningsbestemmelsen, kun begrenses i perioden i aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum.

7. ENDRINGSADGANGEN ETTER AML. §16-2, ANNET LEDD, TREDJE OG FJERDE PUNKTUM

Videre i oppgaven skal det redegjøres for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale etter aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum. Varigheten av begrensningen er uttrykkelig regulert i bestemmelsen ved to alternative vilkår, jf. *"inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakerne"*. Etter ordlyden fremstår tariffavtalens utløpstidspunkt som en yttergrense for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses. Vilkåret om at det må *"inngås ny tariffavtale"* har dermed kun betydning dersom den nye arbeidsgiver ønsker å endre de overførte arbeidstakernes tariffavtalte arbeidsvilkår før dette tidspunkt. Det skal videre redegjøres for de to alternativene, før det drøftes om tariffavtalens vilkår kan begrense den nye arbeidsgivers endringsadgang etter avtalens utløpstidspunkt.

8. ALTERNATIV 1: "TIL DET INNGÅS NY TARIFFAVTALE"

8.1 Utgangspunkt

Det første alternativet for når begrensningene i den nye arbeidsgivers endringsadgang opphører er at *"det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakerne"*.

Ved anvendelsen av dette alternativet må det skilles mellom to situasjoner, hvorav den første er at den nye arbeidsgiver ikke er bundet av tariffavtale før virksomhetsoverdragelsen. I disse tilfellene er det klart at den nye arbeidsgiver må inngå tariffavtale på vanlig måte etter arbeidstvistlovens regler for å endre de overførte arbeidstakeres tariffavtalte arbeidsvilkår.

Derimot er vilkåret mer problematisk dersom den nye arbeidsgiver før overdragelsen er bundet av tariffavtale som er anvendelig for de overførte arbeidstakere. Spørsmålet er om den nye arbeidsgiver uansett må inngå ny tariffavtale med de overførte arbeidstakere, eller om han kan anvende eksisterende tariffavtale og på denne måten endre de overførte arbeidstakernes arbeidsvilkår. I så fall er spørsmålet om den nye arbeidsgiver har adgang til dette allerede fra overdragelsestidspunktet. I det videre skal det først tas stilling til hvilke føringer direktivet legger for denne vurderingen, før det tas stilling til norsk rett.

8.2 Adgangen til å anvende eksisterende tariffavtale

8.2.1 Direktiv 2001/23/EF

Ordlyden i direktivets artikkel 3 nr.3 åpner for at den nye arbeidsgiver kan anvende eksisterende tariffavtale overfor de overførte arbeidstakere og på denne måten endre deres arbeidsvilkår, jf. *"the entry into force or application of another collective agreement"*.

Likevel kan det reises tvil om tolkningen i lys av direktivets forarbeider. I det opprinnelige direktivforslaget var det åpnet for automatisk anvendelse av den nye arbeidsgivers tariffavtale overfor de overførte arbeidstakere etter overdragelsen.⁹⁹ Forslaget møtte imidlertid motstand fra ECOSOC (The Economic and Social Committee). Komiteen mente at den nye arbeidsgiver først kunne anvende eksisterende tariffavtale etter en viss periode etter overdragelsen, og at de overførte arbeidstakeres tariffavtalte vilkår bare kunne endres tidligere dersom det ble inngått ny tariffavtale.¹⁰⁰ Uttalelsene fra ECOSOC ble hensyntatt i det reviderte forslaget til direktivet, slik at den nye arbeidsgivers endringsadgang var begrenset av tariffavtalens vilkår;

*"until the parties have concluded a fresh collective agreement or agreements, but for a maximum of one year following the transfer."*¹⁰¹

Formuleringene i det reviderte forslaget gjenspeiles derimot ikke i det vedtatte direktivet fra 1977, tilsvarende teksten i dagens direktiv. Det er derfor uklart om Rådet har ment at de tidligere forslagene skal tas i betraktning. Det må likevel antas at ordlyden ikke ville vært så vesentlig endret dersom meningen var å hensynta de tidligere forslagene. Det tilsier at ordlyden i artikkel 3 nr.3, bør tolkes isolert fra forarbeidene.

⁹⁹ COM(74) 351 Final of 29 May 1974, forslaget til artikkel 3 nr.3.

¹⁰⁰ ECOSOC's uttalelse av 24.april 1975, punkt 2.3.4 og 2.3.6.

¹⁰¹ COM(75) 429 Final of 35 July 1975, s.5.

Et forsøk på å klargjøre rettstilstanden, både med tanke på om den nye arbeidsgiver kan anvende eksisterende tariffavtale og når han kan gjøre dette, kom med EU-domstolens avgjørelse i C-108/10 Scattolon. I saken fikk en av de overførte arbeidstakere beregnet lønn uten hensyn til ansiennitet hos tidligere arbeidsgiver. Et av spørsmålene for EU-domstolen var om den nye arbeidsgiver hadde adgang til å anvende eksisterende tariffavtale umiddelbart etter overdragelsen. Dette besvarte EU-domstolen bekreftende, men med den begrensning at anvendelsen av tariffavtalen må samsvare med direktivets formål;

”Therefore [...] it is lawful for the transferee to apply, from the date of the transfer, the working conditions laid down by the collective agreement in force with him, including those concerning remuneration. [...]

*Implementation of the option to replace, with immediate effect, the conditions which the transferred workers enjoy under the collective agreement with the transferor with those laid down by the collective agreement in force with the transferee cannot therefore have the aim or effect of imposing on those workers conditions which are, overall, less favourable than those applicable before the transfer.”*¹⁰²

En tilsvarende tolkning av direktivet er lagt til grunn av EFTA-domstolen i Deveci.¹⁰³ Det er noe uklart hva som ligger i begrensningen om at de overførte arbeidstakere ikke samlet sett kan stilles dårligere enn før overdragelsen, men begrensningen innebærer i det minste at arbeidstakerne ikke kan påføres et vesentlig inntektstap, som følge av at deres ansiennitet hos tidligere arbeidsgiver ikke blir hensyntatt.¹⁰⁴

Uavhengig av det nærmere innholdet i den oppstilte begrensningen, kan det ikke utledes annet fra de to avgjørelsene enn at direktivet åpner for anvendelse av den nye arbeidsgivers tariffavtale umiddelbart etter overdragelsen. Når og hvordan tariffavtalen kommer til anvendelse beror på nasjonal rett, men slik at de nasjonale regler om tariffavtalens anvendelighet må samsvare med direktivets formål.¹⁰⁵

I det videre skal det redegjøres for den nye arbeidsgivers adgang til å anvende eksisterende tariffavtale i norsk rett.

8.2.2 Norsk rett

Etter alminnelige tariffrettslige regler kommer en tariffavtale til anvendelse såfremt arbeidstakerne er medlem av den aktuelle arbeidstakerorganisasjonen, og avtalen ellers er anvendelig etter sitt innhold, jf. punkt 4.2. Derimot tilsier ordlyden i aml. §16-2, annet ledd fjerde punktum, at det ved virksomhetsoverdragelser må inngås ny tariffavtale på vanlig måte. Forarbeidene presiserer at:

¹⁰² Scattolon (avsnitt 74 og 76).

¹⁰³ Deveci (avsnitt 79-83).

¹⁰⁴ Scattolon (avsnitt 81) og Deveci (avsnitt 83).

¹⁰⁵ Scattolon (avsnitt 74-75) og Deveci (avsnitt 81-82).

*”det kreves en form for aktivitet fra partenes side for at den nye arbeidsgivers tariffavtale skal komme til anvendelse [...]”.*¹⁰⁶

Kravet til aktivitet innebærer likevel ikke at det må inngås ny tariffavtale, men kun en avtale om å gjøre den eksisterende tariffavtale gjeldende.¹⁰⁷ Avtalen må inngås mellom de overordnede tariffparter.¹⁰⁸

Gjennom regelen om gjøres-gjeldende-avtale etablerer arbeidsmiljøloven en særregel om tariffavtalens anvendelighet ved virksomhetsoverdragelser. Særregelen får praktisk betydning dersom tidligere og ny arbeidsgiver har ulike tariffavtaler med samme arbeidstakerforening. I disse tilfellene er den nye arbeidsgivers tariffavtale anvendelig etter alminnelige tariffrettslige regler, men dette er ikke tilstrekkelig til å kunne endre de overførte arbeidstakers tariffavtalte vilkår før tidligere arbeidsgivers tariffavtale løper ut.

Spørsmålet er om regelen om gjøres-gjeldende-avtale fortsatt er gjeldende rett, og dermed avgjørende for den nye arbeidsgivers endringsadgang, i lys av EØS-rettens utvikling med Scattolon og Deveci.

Som nevnt kan det fra avgjørelsene utledes at nasjonale regler om tariffavtalens anvendelse må ligge innenfor direktivets formål. I lys av Alemo-Herron, Österreichischer Gewerkschaftsbund og Deveci må regelen ivareta en rimelig balanse mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesse, slik at den nye arbeidsgiver kan foreta justeringer og endringer som er nødvendig for fortsatt drift.¹⁰⁹

En regel om gjøres-gjeldende-avtale gjør det vanskeligere for den nye arbeidsgiver å anvende eksisterende tariffavtale, og verner dermed arbeidstakers rettigheter ved overdragelsen. Selv om regelen griper inn i den nye arbeidsgivers interesse må det tas hensyn til at den nye arbeidsgiver kan anvende eksisterende tariffavtale etter avtale med arbeidstakerforeningen, og at regelen kun har betydning inntil tidligere arbeidsgivers tariffavtale utløper. Regelen må derfor anses å ha en slik varighet og fleksibilitet at den nye arbeidsgiver kan gjøre justeringer og endringer som er nødvendige for fortsatt drift.¹¹⁰ Det legges til grunn at regelen om gjøres-gjeldende-avtale ligger innenfor direktivets formål.¹¹¹

Det som likevel kan tale mot at regelen om gjøres-gjeldende-avtale er gjeldende rett, er lovgivers vilje. Forarbeidene viser at arbeidslivslovutvalget antok at ensidig anvendelse av den nye arbeidsgivers tariffavtale etter overdragelsen, i enkelte tilfeller, ville være i strid med direktivet og dets formål.¹¹² En slik forståelse av direktivet er ikke lenger riktig etter Scattolon

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 339.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 339.

¹⁰⁸ Evju (2005) s. 46.

¹⁰⁹ Utviklingen i formålsbetraktninger fører til et annet utgangspunkt for vurderingen enn i Scattolon.

¹¹⁰ Om disse momentene; se omtalen av Österreichischer Gewerkschaftsbund i punkt 6.3.3.1.

¹¹¹ Dette er også lagt til grunn i juridisk teori, men der foretas vurderingen utelukkende i lys av direktivets opprinnelige formål om vern av arbeidstakers rettigheter, jf. Johansen/Stueland (2011) s. 920. Etter de nyere avgjørelsene fra EU- og EFTA-domstolen må vurderingen nyanseres.

¹¹² NOU 2004: 5 s. 402.

og Deveci, da det åpnes for ensidig anvendelse såfremt arbeidstakerne ikke samlet sett stilles dårligere enn før overdragelsen.

At lovgivers vilje kan føre til at forarbeidsuttalelser, som bygger på en uriktig forståelse av direktivet, ikke lenger er gjeldende rett følger av Rt. 1997 s. 1965 (s. 1976), som gjaldt pensjonsunntaket i daværende arbeidsmiljølov. Forarbeidsuttalelsene i dommen var imidlertid uklare, og ordlyden var ikke til hinder for å avvise uttalelsene som gjeldende rett. Det er derimot ordlyden i aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum, som klart gir uttrykk for at arbeidstakernes tariffavtalte vilkår kun kan endres før avtalens utløpstidspunkt ved ny avtale. Hensynet til forutberegnelighet taler dermed sterkt for at regelen om gjøres-gjeldende-avtale fortsatt er gjeldende rett. En slik tolkning av bestemmelsen har også støtte i juridisk teori.¹¹³ Imidlertid påpeker Evju at løsningen, i lys av det EØS-rettslige aspektet, ikke er sikker.¹¹⁴

Det er etter dette noe uklart om regelen om gjøres-gjeldende-avtale er gjeldende rett, da det foreligger et spenningsforhold mellom ordlyden og forarbeidsuttalelser på den ene siden, og lovgivers vilje holdt sammen med alminnelige tariffrettslige regler på den andre siden. Etter min mening taler de beste grunner for at det er ordlyden og forarbeidsuttalelsene som gir uttrykk for gjeldende rett. Jeg legger avgjørende vekt på hensynet til forutberegnelighet og at regelen om gjøres-gjeldende-avtale ligger innenfor direktivets formål. Videre har løsningen støtte i retstekniske hensyn. Som nevnt er det uklart hva som ligger i begrensningen fra Scattolon og Deveci, om at de overførte arbeidstakere ikke må stilles dårligere enn før overdragelsen, og dermed uklart i hvilken grad det ubetinget kan sees hen til tariffrettslige regler om tariffavtalens anvendelighet.

Konklusjonen er at den nye arbeidsgiver kun kan endre de overførte arbeidstakeres tariffavtalte arbeidsvilkår før tariffavtalens utløpstidspunkt, dersom han inngår ny tariffavtale eller avtale om å gjøre eksisterende tariffavtale gjeldende. Det er ikke tilstrekkelig at avtalen er anvendelig etter alminnelige tariffrettslige regler. Imidlertid viser Scattolon og Deveci at slike regler kan være tilstrekkelig etter direktivet såfremt arbeidstakerne ikke samlet sett stilles dårligere enn før overdragelsen. Det er derfor mulig for lovgiver å endre reglene.

Det kan tenkes at konklusjonen ville blitt en annen dersom regelen om gjøres-gjeldende-avtale ikke lå innenfor direktivets formål. I så fall oppstår et spenningsforhold mellom regelen i arbeidsmiljøloven og den underliggende EØS-retten som tilsvarer situasjonen i Rt. 2000 s. 1811 og Rt. 2006 s. 1473. I sistnevnte dom tilsidesatte Høyesterett en klar ordlyd av hensyn til utviklingen i EU/EØS-retten. Det kunne da også være interessant å drøfte om ulovfestede tariffrettslige regler om tariffavtalers anvendelighet, fordi de samsvarer med direktivet, kunne gis forrang etter EØS-loven §2. Spørsmålet kommer ikke på spissen etter mine drøftelser.

¹¹³ Johansen/Stueland (2011) s. 920-921 og Evenrud (2014) §16-2 note 10.

¹¹⁴ Evju (2005) s. 47.

8.3 Forhåndsavtaler

Et særlig spørsmål er om den nye arbeidsgiver kan endre de overførte arbeidstakeres tariffavtalte arbeidsvilkår ved å inngå tariffavtale, eventuelt gjøres-gjeldende-avtale, før overdragelsestidspunktet. Det vil i realiteten innebære at de overførte arbeidstakere gir avkall på rettighetene etter arbeidsmiljøloven kapittel 16.

Utgangspunktet er at de overførte arbeidstakere har *"rett til å beholde"* tariffavtalte arbeidsvilkår, jf. aml. §16-2, annet ledd, tredje punktum. Ordlyden forutsetter at rettighetene består etter overdragelsen, og taler mot at rettighetene kan endres ved forhåndsavtaler. En slik tolkning har støtte i reglens preseptoriske karakter, jf. aml. §1-9. Ved opphør av arbeidsforhold er regelen til hinder for forhåndsavtaler til arbeidstakers ugunst.¹¹⁵ Ved virksomhetsoverdragelse opphører arbeidsforholdet med tidligere arbeidsgiver, og det tilsier at aml. §1-9 også er til hinder for forhåndsavtaler til arbeidstakers ugunst i slike tilfeller.

Samtidig kan, som tidligere nevnt, arbeidstakers rettigheter etter kapittel 16 endres ved avtale etter overdragelsen. For tariffavtalte arbeidsvilkår fremgår dette av vilkåret *"til det inngås ny tariffavtale"*. Det presiseres ikke i loven når slik avtale kan inngås. Dermed kan det hevdes at det er *"særskilt fastsatt"* en adgang til å fravike rettighetene til arbeidstakers ugunst og at aml. §1-9 verken gjør seg gjeldende før eller etter overdragelsen.

Adgangen til forhåndsavtaler er ikke omtalt i forarbeider eller rettspraksis, og i juridisk teori er spørsmålet omstridt. Mens Johansen/Stueland og Fougner mfl. er negative til en adgang til forhåndsavtaler, syntes Evju å være positiv.¹¹⁶ Evju viser til sammenhengen med aml. §16-5, tredje ledd om at tiltak overfor arbeidstakerne skal drøftes så tidlig som mulig *"med sikte på å oppnå en avtale"*. Gjennom forhåndsavtaler oppnås klarhet i arbeidssituasjonen tidligst mulig, og arbeidstaker har et bedre grunnlag for å eventuelt utøve reservasjonsretten etter aml. §16-3.

Det er ikke avklart i gjeldende rett om den nye arbeidsgiver kan endre de overførte arbeidstakernes tariffavtalte arbeidsvilkår ved å inngå tariffavtale, eventuelt gjøres-gjeldende-avtale før overdragelsen. Etter min mening taler de beste grunner mot en slik adgang. I tillegg til bestemmelsenes ordlyd, legger jeg særlig vekt på at aml. §1-9 skal verne arbeidstaker mot å måtte gi avkall på rettigheter.¹¹⁷ Selv om rettighetene i kapittel 16 kan fravikes ved avtale etter overdragelsen, er det ingen grunn til å tolke denne avtaleadgangen utvidende slik at den også gjelder før overdragelsen. Før overdragelsen står arbeidstaker i en svakere posisjon overfor den nye arbeidsgiver, og de grunnleggende hensyn bak §1-9 gjør seg gjeldende. Tolkningen har støtte i direktiv 2001/23/EF da EU-domstolen har lagt til grunn at den overførte arbeidstaker ikke kan gi avkall på sine rettigheter, men at rettighetene kan endres ved avtale etter overdragelsen i samme utstrekning som før overdragelsen.¹¹⁸ Også EU-domstolen syntes dermed å skille mellom avtaler før og etter overdragelsen, men løsningen er ikke sikker.

¹¹⁵ Skjønberg/Hognestad (2014) s. 39.

¹¹⁶ Evju (2005) s. 48, Johansen/Stueland (2011) s. 921 og Fougner mfl. (2013) s. 959 og s. 971.

¹¹⁷ Skjønberg/Hognestad (2014) s. 38.

¹¹⁸ C-324/86 Daddys Dance Hall (avsnitt 18) og C-4/01 Martin (avsnitt 43).

Dersom forhåndsavtaler likevel aksepteres, foreligger det ikke en lovlig forhåndsavtale kun fordi den nye arbeidsgivers tariffavtale har en generell regulering om at den skal være bindende for de overførte arbeidstakere ved virksomhetsoverdragelser.¹¹⁹ I så fall ville anvendelsen av tariffavtalen bero på avtalen selv, noe det ikke er adgang til i norsk rett, jf. punkt 8.2.2.

9. ALTERNATIV 2: "INNTIL DENNE TARIFFAVTALEN UTLØPER"

9.1 Utgangspunkt

Det andre alternativet for når begrensningene i den nye arbeidsgivers endringsadgang opphører er at tidligere arbeidsgivers tariffavtale "*utløper*". Ordlyden forutsetter at tariffavtalen er en tidsbegrenset avtale, og tilsier at den nye arbeidsgivers endringsadgang kun begrenses av tariffavtalens vilkår i en viss periode etter overdragelsen.

Da direktiv 2001/23/EF ikke stiller eksplisitte krav til tariffavtalens virkning i tid, må vurderingen av når tidligere arbeidsgivers tariffavtale "*utløper*" i utgangspunktet bero på nasjonale regler.

9.2 Tariffavtalens virkning i tid

Utgangspunktet er at tariffavtalen "*utløper*" på det tidspunkt som følger av avtalen selv, eller av de deklarasjoniske reglene i arbtvl. §5. Med mindre annet er avtalt utløper tariffavtalen tre år etter den dag den ble underskrevet, jf. arbtvl. §5, første ledd. I praksis er det vanlig å avtale en annen varighet enn lovens treårsregel. Som eksempel gjelder Hovedavtalen LO/NHO i fire år, mens landsdekkende overenskomster på området normalt gjelder i to år.

Det er imidlertid en særregel om tariffavtalers virkning i tid som skaper problemer ved tolkningen av aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum. Etter arbtvl. §5, tredje ledd, faller tariffavtalen kun bort på utløpstidspunktet dersom den er sagt opp innen en viss frist, og oppsigelsen er gitt mellom de overordnende tariffparter.¹²⁰ Uten rettmessig oppsigelse forlenges avtalens gyldighetstid med ett år. Dette er kalt prolongasjon.

Spørsmålet er om prolongasjonsregelen har betydning for når tidligere arbeidsgivers tariffavtale "*utløper*" etter aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum. Det vil i så fall bety at tariffavtalens opprinnelige utløpstidspunkt ikke nødvendigvis får betydning for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av tariffavtalens vilkår. Dette vil avhenge av om tidligere arbeidsgiver velger å si opp tariffavtalen eller ikke.

En annen regel som ofte omtales i forbindelse med tariffavtalens virkning i tid er tariffavtalens ettervirkning. Ettervirkning innebærer at tariffavtalens vilkår består etter at avtalen har løpt ut, selv om den er rettmessig sagt opp. Mens prolongasjon innebærer at

¹¹⁹ Evju (2005) s. 48.

¹²⁰ Sundet (2014) s. 75.

tariffavtalens utløpstidspunkt forskyves, innebærer altså ettervirkning at avtalens vilkår består etter utløpstidspunktet.¹²¹ Derfor behandles ettervirkningsregler i punkt 10.

I det videre tas det først stilling til hvilke føringer direktivet legger for anvendelse av prolongasjonsregler ved virksomhetsoverdragelser, før det tas stilling til norsk rett.

9.3 Prolongasjon ved virksomhetsoverdragelser?

9.3.1 Direktiv 2001/23/EF

Direktivet stiller ikke eksplisitte krav til tariffavtalens virkning i tid, men likevel må de nasjonale regler om dette ligge innenfor direktivets formål.¹²² Om prolongasjonsregler ligger innenfor direktivets formål er verken behandlet av EU-domstolen eller omtalt i teorien. Det avgjørende må imidlertid være om prolongasjonsregelen ivaretar en rimelig balanse mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesse, slik at den nye arbeidsgiver kan gjøre justeringer og endringer som er nødvendig for fortsatt drift.

Prolongasjon forskyver tariffavtalens utløpstidspunkt, og verner dermed arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Samtidig griper regelen inn i arbeidsgivers interesse ved at hans endringsadgang begrenses av tariffavtalens vilkår frem til denne sies opp av tidligere arbeidsgiver. Likevel må det vektlegges at begrensningene kan opphøre før dette tidspunkt ved avtale mellom partene, jf. *"til det inngås ny tariffavtale"*. Dette syntes som nevnt å ha vært tilstrekkelig til å ivareta arbeidsgivers interesse i Österreichischer Gewerkshafsbund. Jeg mener derfor at prolongasjonsregelen er tilstrekkelig fleksibel til at den ligger innenfor direktivets formål, men her er det behov for avklaring.

Uansett regulerer ikke direktivet om nasjonale prolongasjonsregler kommer til anvendelse ved virksomhetsoverdragelser, og det skal derfor tas stilling til om det er holdepunkter for slik anvendelse i nasjonale rettskilder. Først dersom det er tilfellet må det, av hensyn til presumsjonsprinsippet, vektlegges om regelen tilfredstiller direktivets krav.

9.3.2 Norsk rett

Utgangspunktet er at verken ordlyden i arbtvl. §5, tredje ledd, eller ordlyden i aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum, utelukker at prolongasjonsregelen får anvendelse ved virksomhetsoverdragelser. Prolongasjon innebærer kun at tariffavtalen *"utløper"* senere.

Derimot fremgår det av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at prolongasjonsregelen ikke får anvendelse ved virksomhetsoverdragelser:

¹²¹ Sundet (2014) s. 75.

¹²² Dette må gjelde på samme måte som ved spørsmålet om når den nye arbeidsgiver kan anvende eksisterende tariffavtale, jf. punkt 8.2.1.

*”For det første blir ny innehaver ikke lenger forpliktet etter tariffavtalen når den løper ut. I et slikt tilfelle vil ikke arbeidstvistloven [...] §3 nr 2 om prolongasjon få anvendelse.”*¹²³

Standpunktet har fått støtte i teorien, og av Arbeids- og administrasjonsdepartementet.¹²⁴ Til tross for at standpunktet ikke begrunnes i de nevnte kilder, er det gode grunner til å ikke anvende prolongasjonsregelen ved virksomhetsoverdragelser.

For det første kan anvendelse av prolongasjonsregelen medføre uønskede konsekvenser. Dersom den nye arbeidsgiver risikerer at tidligere arbeidsgivers tariffavtale prolongeres, og avtalen har en ikke ubetydelig økonomisk betydning, vil det være aktuelt å sette som overdragelsesvilkår at tidligere arbeidsgiver sier opp avtalen. Det kan føre til tarifforhandlinger mellom tidligere arbeidsgiver og hans tariffmotpart uten at dette egentlig er noe partene selv ønsker. Dette bryter med tariffavtalens formål som stabile rammebetingelser.

For det andre vil prolongasjon være lite forutberegnelig for den nye arbeidsgiver. Det er ikke tydeliggjort at særlige tariffrettslige regler, som mangler parallell i alminnelig avtalerett, har betydning for tolkningen av vilkåret *”utløper”*. Da prolongasjon i praksis er svært vanlig, burde anvendelse av slike særlige tariffrettslige regler komme klart frem av ordlyden.

Med vekt på uttalelsene i forarbeidene, og den støtte disse har i grunnleggende hensyn, legges det til grunn at arbeidstvistlovens prolongasjonsregel ikke kommer til anvendelse ved virksomhetsoverdragelser. Dermed er det ikke nødvendig å ta stilling til om regelen tilfredsstillende direktivets krav.

Konklusjonen er at den nye arbeidsgivers endringsadgang overfor de overførte arbeidstakere kun begrenses av vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale frem til det utløpstidspunkt som følger av tariffavtalen selv eller av reglene i arbtvl. §5. Det har ingen betydning om tidligere arbeidsgiver rettmessig sier opp tariffavtalen eller ikke. Etter utløpstidspunktet kan den nye arbeidsgiver i utgangspunktet endre de tariffavtalte vilkår, både ensidig og ved avtale. Dette skal imidlertid problematiseres i punkt 10.

9.4 Bortfall av tariffavtalen ved enighet mellom partene

Reglene om tariffavtalers virkning i tid, herunder oppsigelse og prolongasjon, regulerer kun situasjonen ved ensidig opphør av tariffavtaler. Av juridisk teori fremgår det imidlertid at tariffavtaler, i likhet med andre avtaler, kan falle bort ved enighet mellom partene.¹²⁵ I slike tilfeller *”utløper”* tariffavtalen på det tidspunkt partene blir enige om at tariffavtalen skal falle bort, jf. aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum. Tolkningen utledes fra bestemmelsens ordlyd, og har støtte i reglens formål da de overførte arbeidstakere ikke ville hatt krav på tariffavtalens vilkår etter dette tidspunkt overfor tidligere arbeidsgiver. I tillegg har tolkningen

¹²³ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 34. Forarbeidene viser til arbeidstvistloven av 1927. Dennes §3 nr 2 er videreført i dagens §5, tredje ledd.

¹²⁴ Evenrud (2014) §16-2 note 10, Aagaard (2014) s. 90 og Rapport om virksomhetsoverdragelser (2000) punkt 1.5.2.

¹²⁵ Evju (1984) s. 224 og Nykaas (2009) s. 521. I motsatt retning; jf. Berg (1930) s. 210.

støtte i direktivets artikkel 3 nr.3 som både viser til både opphør og utløp av tariffavtalen som avgjørende tidspunkt, jf. *"date of termination or expiry"*.

10. BEGRENSNINGER I ENDRINGSADGANGEN ETTER TARIFFAVTALENS UTLØPSTIDSPUNKT

10.1 Problemstillingen

Etter ordlyden i aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum, fremstår tariffavtalens utløpstidspunkt som en yttergrense for hvor lenge den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av avtalens vilkår. Videre skal det redegjøres for om begrensningene likevel kan bestå etter utløpstidspunktet.

På bakgrunn av nyere praksis fra EU- og EFTA-domstolen er det to problemstillinger som må drøftes. For det første om en slik regel, til tross for ordlyden, kan utledes fra aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum. For det andre om tariffavtalens vilkår kan begrense den nye arbeidsgivers endringsadgang etter utløpstidspunktet som følge av ettervirkningsregler. For begge spørsmål tas det først stilling direktivets regler, før det tas stilling til norsk rett.

10.2 Arbeidsmiljøloven §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum

10.2.1 Direktiv 2001/23/EF

Det er ingen holdepunkter i direktivets ordlyd for at vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang etter avtalens utløpstidspunkt. Likevel kan en slik tolkning av artikkel 3 nr.3 hevdes å følge av Scattolon.¹²⁶ Etter denne avgjørelsen kan den nye arbeidsgiver anvende eksisterende tariffavtale umiddelbart etter overdragelse, såfremt anvendelsen ikke;

*"have the aim or effect of imposing on those workers conditions which are, overall, less favourable than those applicable before the transfer".*¹²⁷

Isolert sett tilsier uttalelsen at den nye arbeidsgiver ikke på noe tidspunktet kan endre de overførte arbeidstakernes tariffavtalte vilkår slik at de stilles dårligere enn før overdragelsen. Uttalelsen er imidlertid ikke rettet mot situasjonen etter at tidligere arbeidsgivers tariffavtale utløper, men gjelder vilkåret *"entry into force or application of another collective agreement"*.¹²⁸ Når den nye arbeidsgiver ønsker å anvende eksisterende tariffavtale før tidligere arbeidsgivers tariffavtale utløper, er det naturlig å oppstille en slik begrensning fordi de overførte arbeidstakere har en berettiget forventning om opprettholdelse av tariffavtalens vilkår. Slike forventninger har ikke samme vekt etter utløpstidspunktet.

¹²⁶ Anført av de ankende parter i Deveci (avsnitt 35).

¹²⁷ Scattolon (avsnitt 76).

¹²⁸ Scattolon (avsnitt 74).

I lys av at EU-domstolen tidligere klart har uttalt at tariffavtalens vilkår ikke kan kreves opprettholdt etter avtalens utløpstidspunkt, og at Scattolon ikke eksplisitt drøfter samme situasjon, er det ingen holdepunkter for at artikkel 3 nr.3 begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang etter tariffavtalens utløpstidspunkt.¹²⁹ Et slikt resultat er også lagt til grunn av EFTA-domstolen i Deveci.¹³⁰

10.2.2 Norsk rett

Ordlyden i aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, gir ingen holdepunkter for at den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av tariffavtalens vilkår etter avtalens utløpstidspunkt. Da det heller ikke finnes støtte for dette i andre rettskilder må direktivet, slik dette er tolket i Deveci, tillegges avgjørende vekt. Konklusjonen er at vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale ikke begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang etter tariffavtalens utløpstidspunkt som følge av aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum.

10.3 Tariffavtalens ettervirkning

10.3.1 Nærmere om problemstillingen

Ettervirkning innebærer, som nevnt i punkt 9.2, at tariffavtalens vilkår består etter at avtalen har falt bort. Dermed kan aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, sees som en særregel om tariffavtalens ettervirkning når tariffavtalen, for de overførte arbeidstakeres del, faller bort ved virksomhetsoverdragelse.

Imidlertid finnes det også tariffrettslige regler om ettervirkning, jf. arbtvl. §8, tredje ledd:

”Med mindre annet er avtalt, skal den tariffavtale og de lønns- og arbeidsvilkår som gjaldt ved tvistens utbrudd, gjelde så lenge streik, lockout eller annen arbeidskamp ikke må iverksettes etter andre ledd.”

Etter bestemmelsen skal tariffavtalens vilkår, både individuelle og kollektive, opprettholdes etter tariffavtalens utløpstidspunkt frem til det lovlig kan iverksettes arbeidskamp.¹³¹ Formålet med regelen er å hindre tomrom i reguleringen av arbeidsforholdet når tariffavtalen sies opp og utløper.¹³² Ofte er det kun et ønske om å revidere avtalen som ligger bak oppsigelsen, og ettervirkningsregelen hindrer unødige konflikter i mellomperioden frem til ny tariffavtale.¹³³

Spørsmålet er om den tariffrettslige ettervirkningsregelen får anvendelse ved virksomhetsoverdragelser slik at den supplerer særregelen i aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum. I så fall kan tariffavtalens vilkår begrense den nye arbeidsgivers

¹²⁹ C-4/01 Martin (avsnitt 46-48) og C-396/07 Juurii (avsnitt 33-34).

¹³⁰ Deveci (avsnitt 59).

¹³¹ Prop. 134 L (2010-2011) s. 74.

¹³² Prop. 134 L (2010-2011) s. 74.

¹³³ Aagaard (2014) s. 90-91.

endringsadgang etter avtalens utløpstidspunkt. Spørsmålet har kun praktisk betydning når det ikke inngås ny tariffavtale etter utløpet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale, eller dersom den tariffavtalen som da inngås er mindre utfyllende enn tidligere arbeidsgivers tariffavtale.

10.3.2 Direktiv 2001/23/EF

Selv om direktivet ikke innebærer at den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses etter tariffavtalens utløpstidspunkt, må nasjonale regler om ettervirkning kunne anvendes ved virksomhetsoverdragelser såfremt de ivaretar direktivets formål. Spørsmålet har vært behandlet i både EU- og EFTA-domstolen.

I Österreichischer Gewerkschaftsbund hadde de overførte arbeidstakere, før overdragelsen, visse rettigheter overfor tidligere arbeidsgiver med hjemmel i en nasjonal ettervirkningsregel. EU-domstolen kom til at rettighetene kunne kreves opprettholdt etter overdragelsen fordi de utgjorde *”terms and conditions agreed in any collective agreement”* etter artikkel 3 nr.3. Fordi direktivet skal sikre at arbeidstakers rettigheter etter nasjonal rett opprettholdes etter overdragelsen, er rettighetens grunnlag ifølge EU-domstolen av underordnet betydning.¹³⁴

Likevel kunne ettervirkningsregelen kun få anvendelse ved virksomhetsoverdragelse dersom den ivaretok direktivets formål om en rimelig balanse mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesse. Fordi ettervirkningsregelen begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang etter overdragelsen må den, for å ligge innenfor formålet, være av begrenset varighet.¹³⁵

En tilsvarende tolkning av direktivet er lagt til grunn av EFTA-domstolen i Deveci;

”Følgelig er lønnen som er fastsatt i en tariffavtale, i prinsippet omfattet av direktivet artikkel 3 nr.3. Dette gjelder uavhengig av om disse vilkår får anvendelse for de berørte personer i kraft av tariffavtalen som sådan eller i kraft av en nasjonal regel som opprettholder virkningen av en tariffavtale etter avtalens utløp. [...]

*”Siden forlengede virkninger som anvendes etter utløpet av en tariffavtale begrenser erververens handlefrihet, må en slik nasjonal regel ha begrenset varighet.”*¹³⁶

Kravet til begrenset varighet syntes, som tidligere nevnt, å være oppfylt dersom begrensningene i den nye arbeidsgivers endringsadgang opphører ved inngåelse av ny tariffavtale eller arbeidsavtale.¹³⁷

Det er likevel en viktig forskjell mellom de to avgjørelsene.¹³⁸ I Österreichischer Gewerkschaftsbund trådte lovens ettervirkningsregel i kraft dagen før overdragelsen, og

¹³⁴ Österreichischer Gewerkschaftsbund (avsnitt 24-25). Slik også; Generaladvokatens uttalelse i saken (avsnitt 43-44).

¹³⁵ Österreichischer Gewerkschaftsbund (avsnitt 29-30).

¹³⁶ Deveci (avsnitt 62 og 63).

¹³⁷ Österreichischer Gewerkschaftsbund (avsnitt 30).

¹³⁸ Toftevåg (2015), plansje 32-33.

arbeidstakerne hadde derfor en berettiget forventning om opprettholdelse av tariffavtalens vilkår. Situasjonen kan sammenlignes med at arbeidstaker har visse lovbestemte rettigheter overfor tidligere arbeidsgiver før overdragelsen. Av denne grunn fokuserte EU-domstolen på vilkåret ”*terms and conditions agreed in any collective agreement*”, uten å drøfte vilkåret om tariffavtalens utløpstidspunkt.¹³⁹

I Deveci utløp derimot tidligere arbeidsgivers tariffavtale to måneder etter overdragelsen. Det var dermed ikke snakk om rettigheter som de overførte arbeidstakerne hadde før overdragelsen. Uten å bemerke denne forskjellen la EFTA-domstolen til grunn at ettervirkningsregler kan ha betydning for hvor lenge tariffavtalens vilkår begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang. Med dette går EFTA-domstolen lenger enn hva EU-domstolens avgjørelse krever, og resultatet er i enda større grad at vilkåret om tariffavtalens utløpstidspunkt mister sin praktiske betydning. Foreløpig er det ingen grunn til å tillegge avgjørelsen begrenset betydning, men det vil være spennende å se om avgjørelsen følges opp av EU-domstolen.

På bakgrunn av disse to avgjørelsene kan nasjonale ettervirkningsregler ligge innenfor direktivets formål, og direktivet er derfor ikke til hinder for anvendelse av slike regler ved virksomhetsoverdragelser. Videre har det ingen betydning om ettervirkningsperioden inntrer før eller etter overdragelsen.

Hvorvidt tariffavtalen har ettervirkning ved virksomhetsoverdragelse beror imidlertid på nasjonal rett.¹⁴⁰ Det skal derfor i det videre tas stilling til om arbeidstvistlovens ettervirkningsregel kommer til anvendelse ved virksomhetsoverdragelse og supplerer arbeidsmiljølovens særregel.

10.3.3 Norsk rett

I utgangspunktet taler ordlyden ”*utløper*” i aml. §16-2, annet ledd, fjerde punktum, mot anvendelse av arbeidstvistlovens ettervirkningsregel. Samtidig kan bestemmelsen tolkes slik at den innebærer en særregulering av tariffavtalens ettervirkning ved virksomhetsoverdragelse, uten at dette nødvendigvis utelukker anvendelsen av tariffrettslige ettervirkningsregler. En slik tolkning av bestemmelsen har støtte i direktivet slik dette er tolket i Österreichischer Gewerkschaftsbund og Deveci. I lys av direktivet kan det vanskelig hevdes at ordlyden i arbeidsmiljøloven utelukker anvendelse av tariffrettslige ettervirkningsregler. Dette utelukkes heller ikke av ordlyden i arbtvl. §8, tredje ledd.

Derimot fremgår det klart av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at arbeidstvistlovens ettervirkningsregel ikke får anvendelse ved virksomhetsoverdragelser;

¹³⁹ Forholdet til tariffavtalens utløpstidspunkt påpekes i Generaladvokatens uttalelse i Österreichischer Gewerkschaftsbund (avsnitt 52). Generaladvokaten mente at vilkåret ikke kunne være til hinder for anvendelse av nasjonale ettervirkningsregler.

¹⁴⁰ Deveci (avsnitt 66).

”For det første blir ny innehaver ikke lenger forpliktet etter tariffavtalen når den løper ut. I et slikt tilfelle vil ikke arbeidstvisten § 6 nr 3 om tariffavtalers ”ettervirkninger” [...] få anvendelse.”¹⁴¹

Med dette har lovgiver tatt det standpunkt at aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, ikke skal suppleres av arbeidstvistenlovens ettervirkningsregel.¹⁴² Standpunktet begrunnes ikke i forarbeidene, men har fått støtte i teorien.¹⁴³

Videre har standpunktet støtte i formålet med arbeidstvistenlovens ettervirkningsregel. Regelen skal som nevnt hindre et tomrom i arbeidsforholdet i den mellomperioden som oppstår ved tariffrevisjon. Det er ingen holdepunkter for at loven skal hindre tomrom i andre situasjoner enn ved tariffrevisjon, for eksempel som følge av virksomhetsoverdragelse.

I tillegg har standpunktet støtte i retts tekniske hensyn. Lovens ettervirkningsregel innebærer at både individuelle og kollektive vilkår skal opprettholdes etter utløpstidspunktet. Når den nye arbeidsgiver har erklært seg ubundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale, kan det uansett ikke være snakk om å opprettholde kollektive vilkår. Regelen er med andre ord ikke overførbar til virksomhetsoverdragelsessituasjonen, når den nye arbeidsgiver har erklært seg ubundet av avtalen.

Etter dette får ikke ettervirkningsregelen i arbtvl §8, tredje ledd, anvendelse ved virksomhetsoverdragelser, når den nye arbeidsgiver erklærer seg ubundet av tariffavtalen. Foreløpig er det dermed ingen holdepunkter for at den nye arbeidsgivers endringsadgang begrenses av vilkår i tidligere arbeidsgivers tariffavtale etter avtalens utløpstidspunkt.

10.4 Individuell ettervirkning av tariffavtalen

10.4.1 Begrepet ”individuell ettervirkning”

I juridisk teori er det diskutert en annen form for ettervirkning av tariffavtaler, enn den som fremgår av arbtvl. §8, tredje ledd. Med ”individuell ettervirkning” menes at enkelte vilkår i tariffavtalen lever videre etter tariffavtalens utløpstidspunkt, men da som en del av de individuelle arbeidsavtalene til tariffbundne arbeidstakere. Tariffavtalens vilkår fortsetter med andre ord som rent arbeidsavtalerettslige bestemmelser.¹⁴⁴ Slike vilkår kan bare endres av arbeidsgiver dersom arbeidsavtalen endres på gyldig måte.¹⁴⁵

Videre skal det først redegjøres for om tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning i norsk rett. Dersom dette besvares bekræftende, er det neste spørsmålet om individuell ettervirkning er utelukket ved virksomhetsoverdragelser.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 34. Forarbeidene viser til arbeidstvistenloven av 1927. Dennes §6 nr 3 er videreført i dagens §8, tredje ledd.

¹⁴² Dette i motsetning til aml. §16-2, annet ledd, første og annet punktum som skal suppleres av tariffrettslige regler, jf. Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 271.

¹⁴³ Evenrud (2014) §16-2 note 10.

¹⁴⁴ Evju (2001) s. 49-50.

¹⁴⁵ Johansen/Stueland (2011) s. 918.

10.4.2 Kan tariffavtaler ha individuell ettervirkning i norsk rett?

10.4.2.1 Utgangspunkt

Utgangspunktet er at tariffavtaler og arbeidsavtaler regulerer individuelle arbeidsforhold på hvert sitt nivå. Vurderingen av hva som skal avtales på kollektivt eller individuelt nivå er ofte en hensiktsmessighetsvurdering hvor partene må ta hensyn til avtaletypenes særtrekk, for eksempel forhandlingsposisjon og virkning i tid. Spørsmålet er om tariffavtalens vilkår, til tross for utgangspunktet, i visse tilfeller kan anses som arbeidsavtalerettslige bestemmelser etter at tariffavtalen har løpt ut.

10.4.2.2 Juridisk teori

Allerede i 1984 ble det hevdet av Stein Evju at tariffavtalens vilkår kan regulere et arbeidsforhold selv om avtalen har definitivt bortfalt.¹⁴⁶ Standpunktet utdypes i en artikkel fra 2001:

*”Én side ved [tariffavtalens ”tvingende” virkning] er at de bestemmelser i tariffavtalen som skal gjelde for individuelle arbeidsforhold, også inngår i (”trer inn” i) de enkelte arbeidsavtaler [...]. Om tariffavtalen så faller bort, blir ikke arbeidsavtalene derved uten (det berørte) innhold. Det som gjaldt i kraft av tariffavtalen, gjelder fortsatt, men da som (rent) arbeidsavtalerettslige bestemmelser.”*¹⁴⁷

I nyere tid har standpunktet om at tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning fått støtte av flere forfattere.¹⁴⁸ Det avgjørende er ifølge disse om tariffavtalens vilkår er individuelle. Til tross for at det vises til skillet mellom tariffavtalens individuelle og kollektive vilkår, legges det opp til en bredere vurdering enn det som fremgår av oppgavens punkt 5. Det skal ikke bare sees hen til rettighetens art, men blant annet også avtalens formål.¹⁴⁹

Teorien er imidlertid ikke enstemmig, og blant annet Fougner syntes kritisk til en lære om individuell ettervirkning.¹⁵⁰ Da teorien ikke er entydig, verken med hensyn til om tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning eller når dette er aktuelt, skal det foretas en selvstendig vurdering av relevante avgjørelser fra Høyesterett, samt de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende.

10.4.2.3 Rt. 1996 s. 1218 og Rt. 1996 s. 1696

Den første avgjørelsen av interesse er Rt. 1996 s. 1218 (Meieri-dommen). I forbindelse med omfattende omorganiseringer gjorde arbeidstakerne krav på rettigheter knyttet til stillingsvern

¹⁴⁶ Evju (1984) s. 229.

¹⁴⁷ Evju (2001) s. 49-50.

¹⁴⁸ Nykaas (2009) s. 528, Johansen/Stueland (2011) s. 918, Aagaard (2014) s. 89-90, Skjønberg/Hognestad (2014) s. 386-388 og Jetlund (2015) s. 132-133.

¹⁴⁹ Evju (2001) s. 50.

¹⁵⁰ Fougner mfl. (2004) s. 247-250 og Fougner mfl (2011) s. 299-302.

og lønnsvilkår. Kravene bygget på en tariffavtale som var sagt opp og utløpt omtrent ett år før omorganiseringene. Spørsmålet for Høyesterett var om:

*”avtalens bestemmelser om stillingsvern og lønnsgaranti ved rasjonalisering får ettervirkninger fordi bestemmelsene har blitt en del av de individuelle arbeidsavtalene”.*¹⁵¹

Etter en konkret tolkning av tariffavtalens vilkår, kom Høyesterett til at vilkårene var individuelle og at de dermed var blitt en del av de individuelle arbeidsavtalene.¹⁵² Med dette syntes Høyesterett å åpne for at tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning. Det er imidlertid to forhold ved dommen som må bemerkes.

For det første tar Høyesterett utgangspunkt i at partene er enige om at tariffavtalen har individuell ettervirkning dersom den inneholder individuelle vilkår. Det tas derfor kun stilling til om avtalens vilkår er individuelle eller kollektive, og det foretas ingen prinsipiell drøftelse av selve ettervirkningsspørsmålet. Likevel må Høyesterett, når det foretas en tolkning av avtalens bestemmelser, ha forutsatt at tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning.

For det andre foretar Høyesterett i den konkrete tolkningen en bred vurdering der også andre hensyn enn rettighetenes art vektlegges, herunder avtalens tilblivelseshistorie, formål, og arbeidstakernes behov for vern. Saken var svært spesiell da partene hadde inngått en rasjonaliseringsavtale med sikte på fremtidige tiltak. Avtalens formål ga dermed partene en berettiget forventning om at den skulle regulere fremtidig rasjonalisering, og avtalens forpliktelser burde ikke uten videre kunne omgås ved oppsigelse. Det var disse særlige forhold som gjorde det rimelig å gi tariffavtalen individuell ettervirkning.

Samlet sett åpner Høyesterett i Meieri-dommen for at tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning etter en konkret vurdering der en rekke hensyn må tas i betraktning.

En slik tolkning av Meieri-dommen finner støtte i Rt. 1996 s. 1696 (Trondheim Kommunedommen). Etter overføring av arbeidstakere fra Trondheim kommune til et kommunalt eid aksjeselskap, gjorde arbeidstakerne krav på lønns- og arbeidsvilkår som var avtalt med kommunen. Spørsmålet var om arbeidstakerne kunne få medhold i sine krav etter at avtalen var sagt opp og utløpt.

Hovedspørsmålet i saken var om kommunens oppsigelse av avtalen var ugyldig, og om arbeidstakernes krav derfor måtte føre frem. Dette ble besvart benektende. Avslutningsvis knyttet det bemerkninger til Meieri-dommen, og det legges til grunn at tilsvarende synspunkter ikke er relevante i den foreliggende sak. Dette kan tilsi at Høyesterett avviser den muligheten for individuell ettervirkning av tariffavtaler som det ble åpnet for i Meieri-dommen.¹⁵³

¹⁵¹ Rt. 1996 s. 1218 (s. 1223).

¹⁵² Rt. 1996 s. 1218 (s. 1224).

¹⁵³ Fougner mfl. (2004) s. 249 og Fougner mfl. (2011) s. 301.

Likevel viser Høyesterett til at resultatet i Meieri-dommen fremgikk av en ”*konkret tolkning*” og at saken i ”*i flere henseende var nokså spesiell*”.¹⁵⁴ Disse uttalelsene antyder at Høyesterett ikke utelukker at tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning, men snarere at terskelen for å komme til et slikt tolkningsresultat er høy. Med andre ord vil tariffavtalen som hovedregel ikke ha individuell ettervirkning.¹⁵⁵

Det er hevdet at Trondheim Kommune-dommen ikke har betydning for spørsmålet om individuell ettervirkning fordi avtalen mellom arbeidstakerne og kommunen ikke var en tariffavtale.¹⁵⁶ Uttalelsene om individuell ettervirkning og Meieri-dommen er dermed formelt sett et obiter dictum. Likevel er ikke dette et særlig tungtveiende argument mot dommens betydning. Klassifikasjonen av tariffavtalen var et tvilstilfelle, og det hadde en viss betydning at saken måtte vært sendt til Arbeidsretten dersom avtalen var en tariffavtale.¹⁵⁷

Uansett hvilken betydning som tillegges Trondheim Kommune-dommen, kan det heller ikke fra Meieri-dommen utledes annet enn at tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning etter en konkret vurdering. At terskelen må være høy for å tolke avtalen slik at den har individuell ettervirkning støttes av de spesielle omstendigheter i Meieri-dommen og de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende.

10.4.2.4 Grunnleggende hensyn

Utgangspunktet er at både arbeidsavtaler og tariffavtaler bygger på prinsipper om partsrådighet og avtalefrihet. Det er derfor ikke utelukket at tariffavtalens vilkår kan ha individuell ettervirkning som følge av alminnelige avtaletolkningsprinsipper.¹⁵⁸

Et forhold som kan tale for en slik tolkning av tariffavtalen er ufravikelighetsregelen i arbtvl. §6. Bestemmelsen innebærer at tariffavtalens individuelle vilkår blir en tvingende del av arbeidsavtalene til de tariffbundne arbeidstakere. Dermed kan det hevdes at partene forutsetter at tariffavtalens vilkår regulerer arbeidsforholdet på en slik måte at vilkårene trer inn i arbeidsavtalene og dermed lever videre etter tariffavtalens bortfall.¹⁵⁹

Samtidig er det sentralt poeng at virkningene av arbtvl. §6 opphører når tariffavtalen faller bort. Bestemmelsen begrenser innholdet av arbeidsavtalene i tariffperioden, men innebærer ikke av den grunn at skillet mellom avtaler på kollektivt og individuelt nivå utviskes. Da bestemmelsen begrenser partenes avtalefrihet, bør den ikke tolkes utvidende og i seg selv medføre at tariffavtalens vilkår tolkes slik at de har individuell ettervirkning.

Snarere bør terskelen for å tolke tariffavtalens vilkår slik at de har individuell ettervirkning være svært høy, tatt i betraktning at tariffavtalen av karakter er en tidsbegrenset avtale.

¹⁵⁴ Rt. 1996 s. 1696 (s. 1709).

¹⁵⁵ Fougner mfl. (2011) s. 189.

¹⁵⁶ Johansen/Stueland (2011) s. 919.

¹⁵⁷ Rt. 1996 s. 1696 (s. 1704-1705).

¹⁵⁸ Evju (1984) s. 229 og Nykaas (2009) s. 528.

¹⁵⁹ Jf. note 147-148.

Partene forutsetter normalt at avtalen faller bort etter en viss tid, og tariffavtalens virkning i tid er trolig én av de faktorer som spiller inn i vurderingen av hva som skal avtales på henholdsvis kollektivt og individuelt nivå. For arbeidsgiver vil det bli svært vanskelig å overskue konsekvensene, og kostnadene, ved tariffavtalen dersom det i stor grad åpnes for individuell ettervirkning.

I tillegg må det hensyntas at lovgiver har regulert tariffavtalens ettervirkning i to situasjoner, jf. arbtvl.§8, tredje ledd og aml.§16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum.¹⁶⁰ Gjennom disse bestemmelsene har lovgiver regulert de situasjoner hvor behovet for at avtalens vilkår består etter utløpstidspunktet er særlig påtrengende. Terskelen for å etablere ettervirkning på annet grunnlag bør derfor være høy.

10.4.2.5 Konklusjon

Konklusjonen er at tariffavtaler kan ha individuell ettervirkning etter en konkret vurdering av rettighetens art, avtalens formål, tilblivelseshistorie og arbeidstakernes behov for vern. Terskelen for å komme til et slikt tolkningsresultat er imidlertid svært høy, sett i lys av rettspraksis og de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende. Den klare hovedregel er derfor at tariffavtalen ikke har individuell ettervirkning. I teorien er det blant annet lagt til grunn at vilkår om avtalefestet pensjon normalt ikke har individuell ettervirkning.¹⁶¹

10.4.3 Er individuell ettervirkning av tariffavtaler utelukket ved virksomhetsoverdragelser?

Individuell ettervirkning fører til at tariffavtalens vilkår, etter avtalens utløpstidspunkt, blir en del av de individuelle arbeidsavtalene. Ved virksomhetsoverdragelser vil de overførte arbeidstakerne dermed i utgangspunktet kunne kreve rettighetene opprettholdt etter aml. §16-2, første ledd.¹⁶²

Forutsetningen for en slik løsning er imidlertid at prinsippene om individuell ettervirkning kan supplere særregelen i aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum.¹⁶³ Som vist i punkt 10.3.3 er det, etter Österreichischer Gewerkschaftsbund og Deveci, vanskelig å hevde at ordlyden i bestemmelsen utelukker anvendelse av tariffrettslige ettervirkningsregler. Dette må også gjelde for prinsippene om individuell ettervirkning.

Spørsmålet om tariffavtalen kan ha individuell ettervirkning ved virksomhetsoverdragelser er verken behandlet i forarbeidene eller av Høyesterett, og i juridisk teori er spørsmålet omstridt. Noen forfattere legger avgjørende vekt på at det ikke er klare rettskilder som utelukker individuell ettervirkning ved virksomhetsoverdragelser.¹⁶⁴ Andre syntes derimot å mene at når

¹⁶⁰ Fougner mfl. (2004) s. 249 og Fougner mfl. (2011) s. 302.

¹⁶¹ Jetlund (2015) s. 133.

¹⁶² Jetlund (2015) s. 132.

¹⁶³ Jetlund (2015) s. 133.

¹⁶⁴ Johansen/Stueland (2011) s. 918 og Aagaard (2014) s. 89-90.

arbeidstvistlovens ettervirkningsregel ikke kommer til anvendelse, så burde heller ikke ettervirkning på annet grunnlag være aktuelt.¹⁶⁵

Det er imidlertid ikke gitt at det er en naturlig sammenheng mellom anvendelsen av arbeidstvistlovens ettervirkningsregel og prinsippene om individuell ettervirkning.¹⁶⁶ I realiteten handler individuell ettervirkning om hvilke rettigheter som kan innfortolkes i arbeidsavtalen og opprettholdes etter aml. §16-2, første ledd. Det er ikke på samme måte problematisk å overføre slike avtaletolkningsprinsipper til virksomhetsoverdragelser, som det er å overføre arbeidstvistlovens ettervirkningsregel grunnet dens formål og virkning.

Etter dette er det i gjeldende rett svært uklart om individuell ettervirkning er utelukket ved virksomhetsoverdragelser. Dersom man først åpner for individuell ettervirkning av tariffavtaler, er det etter min mening vanskelig å utelukke dette ved virksomhetsoverdragelser. Jeg legger vekt på at ordlyden i aml. §16-2, annet ledd, tredje og fjerde punktum, etter utviklingen i EØS-retten, ikke stenger for dette, og de nevnte forskjeller mellom overføring av arbeidstvistlovens ettervirkningsregel og prinsippene om individuell ettervirkning.

Selv om det kan være aktuelt med individuell ettervirkning ved virksomhetsoverdragelser må det, på samme måte som ellers, foretas en konkret tolkning av tariffavtalens vilkår. Som tidligere nevnt er terskelen for å komme til at tariffavtalen har individuell ettervirkning svært høy. Dersom tariffavtalen likevel har individuell ettervirkning i et konkret tilfelle, er konsekvensen ved virksomhetsoverdragelse at tariffavtalens vilkår begrenser den nye arbeidsgivers endringsadgang etter tariffavtalens utløpstidspunkt, og inntil arbeidsavtalen endres på gyldig måte.

Det kan avslutningsvis nevnes at spørsmålet om individuell ettervirkning ved virksomhetsoverdragelser er behandlet i TBERG-2012-17952. Tingretten konkluderte med at de hensyn som Høyesterett bygget på i Meieri-dommen ikke gjorde seg gjeldende i saken. Deretter uttales det:

”For det andre peker retten på at saken Høyesterett vurderte ikke gjaldt en virksomhetsoverdragelse [...]. Retten anser derfor at nevnte høyesterettsdom i liten grad gir anvisning på hvordan ettervirkningene [...] skal vurderes i foreliggende sak.”

Avgjørelsen har ingen rettskildemessig verdi, men er en god illustrasjon på at det er behov for avklaring rundt spørsmålene om individuell ettervirkning i norsk rett.

¹⁶⁵ Evenrud (2014) §16-2 note 10.

¹⁶⁶ Skjønberg/Hognestad (2014) s. 388.

11. LITTERATURLISTE

Norske rettskilder

Lover

Arbeidsmiljøloven (aml.)	Lov av 17.juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Arbeidstvistloven (arbtvl.)	Lov av 27.januar 2012 om arbeidstvister.
Tjenestetvistloven (tjtvvl.)	Lov av 18.juli 1959 om offentlige tjenestetvister.

Forarbeider

NOU 2004: 5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst, 20.februar 2004.
Ot.prp. nr. 71 (1991-1992)	Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale, 22.mai 1992.
Ot.prp. nr. 79 (1991-1992)	Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv., 22.mai 1992.
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), 25.februar 2005.
Prop. 134 L (2010-2011)	Om lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) og lov om lønnsnemnd i arbeidstvister (lønnsnemndloven) m.m.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1985 s. 78
Rt. 1996 s. 1218
Rt. 1996 s. 1696
Rt. 1997 s. 1954
Rt. 1997 s. 1965
Rt. 2000 s. 1602
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2006 s. 1473

Underrettspraksis

TBERG-2012-17952

Arbeidsretten

ARD. 1991 s. 140

ARD. 2005 s. 186

ARD. 2011 s. 10

ARD. 2013 s. 5

Andre kilder

Rapport om
virksomhetsoverdragelser (2000)

Rapport om virksomhetsoverdragelser utarbeidet
av Arbeids- og administrasjonsdepartementet,
publisert under Regjeringen Stoltenberg I, 2000.

Hovedavtalen LO/NHO 2014/2017

Anleggsoverenskomsten 2014/2016

Overenskomst for private anlegg inngått mellom
NHO og Byggenæringens Landsforening på den
ene siden og LO og Norsk Arbeidsmandsforbund
på den andre siden.

EØS-kilder

Traktater og direktiver

EØS-avtalen

EUs Charter om grunnleggende
rettigheter

Rådsdirektiv 77/187/EØF

Rådsdirektiv 77/187/EØF av 14.februar 1977 om
tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om
ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved
overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av
bedrifter.

Rådsdirektiv 98/50/EF

Rådsdirektiv 98/50/EF av 29.juni 1998 om
endring av direktiv 77/187/EØF om tilnærming
av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse

av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter.

Rådskdirektiv 2001/23/EF

Rådskdirektiv 2001/23/EF av 12.mars 2001 om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overføring av virksomhet, bedrifter eller del av bedrift (virksomhetsoverdragelse).

Forarbeider og rapporter

COM(74) 351 Final of 29 May 1974

Proposal for a directive of the council on harmonization of the legislation of member states on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations.

Uttalelse fra ECOSOC av 24.april 1975

Uttalelse om Forslag til Rådets direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder og fordele i forbindelse med selskabsfusioner, virksomhedsoverdragelser og virksomhedssammenslutninger, I: *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, nr. C 104 af 13.september 1974, s. 1.

COM(75) 429 Final of 35 July 1975

Amended proposal for a council directive on harmonization of the legislation of Member States on the safeguarding of employees' right and advantage in the case mergers, takeovers and amalgamations.

Rettspraksis

Alemo Herron

C-426/11, *Mark Alemo-Herron and Others v Parkwood Leisure Ltd.* (ennå ikke i Sml.).

Celtec

C-478/03, *Celtec Ltd c John Astley and Others*, Sml. 2005 s. I-04389.

CILFIT

C-283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health*, Sml. 1982 s. 03415.

Daddys Dance Hall	C-324/86, <i>Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddys`s Dance Hall A/S</i> , Sml. 1988 s. 00379
Deveci	E-10/14, <i>Enes Deveci and Other v Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden</i> , (ennå ikke i EFTA Ct.Rep).
Juuri	C-396/07, <i>Mirja Juuri v Fazer Amica Oy</i> , Sml. 2008 s. I-08883.
Laval	C-341/05, <i>Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet</i> , Sml. 2007 s. I-11767.
Luxembourg	C-319/06, <i>Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg</i> , Sml. 2008 s. I-04323.
Martin	C-4/01, <i>Serene Martin, Rohit Daby and Brian Willis v South Bank University</i> , Sml. 2003 s. I-12859.
Rüffert	C-346/06, <i>Dirk Rüffert v Land Niedersachsen</i> , Sml. 2008 s. I-01989.
Scattolon	C-108/10, <i>Ivana Scattolon v Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca</i> , Sml. 2011 s. I-07491.
Sky Österreich GmbH	C-283/11, <i>Sky Österreich GmbH v Österreichischer Rundfunk</i> , (ennå ikke i Sml.).
Viking Line	C-438/05, <i>International Transport Workers` Federation and Finnish Seamen`s Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti</i> , Sml. 2007 s. I-10779.
Werhof	C-499/04, <i>Hans Werhof v Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG</i> , Sml. 2006 s. I-02397.

Österreichischer Gewerkschaftsbund C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund v Wirtschaftskammer Österreich - Fachverband Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmen*, (ennå ikke i Sml.).

Generaladvokatens uttalelser

Alemo Herron C-426/11 Opinion of advocate general Cruz Villalón, delivered on 19 February 2013.

Werhof C-499/04 Opinion of advocate general Ruiz-Jarabo colomer, delivered on 15 November 2005.

Österreichischer Gewerkschaftsbund C-328/13 Opinion of advocate general Cruz Villalón, delivered on 3 June 2014.

Litteratur

Aagaard (2014) Aagaard, Erik C., *Arbeidstvistloven: Kommentarer og praksis*, Oslo: Gyldendal juridisk 2014.

Andersen (1967) Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, Oslo: Tanum 1967.

Arnesen/Stenvik (2009) Arnesen, Finn, Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode; Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Oslo: Universitetsforlaget 2009.

Berg (1930) Berg, Paal, *Arbeidsrett*, 1930.

Evju (1984) Evju, Stein, "Tariffavtalers ettervirkning", I: *Artikkelsamling i arbeidsrett*, Henning Jakhelln (red.), Oslo: Pensumtjeneste 2001, s. 196-234.

Evju (2001) Evju, Stein, "Endring av tjenestepensjon m.v.: Noen arbeidsrettslige spørsmål", I: *Moderne forretningsjus*, T.Bråthen, O.Gjems-Onstad (red.), Oslo: Gyldendal Akademisk 2001, s. 41-63.

Evju (2005) Evju, Stein, "Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger; Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer", I: *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 2, Oslo 2005, s. 1-91.

- Evju (2010) Evju, Stein, "Sjelløse tariffavtaler", I: *Vänbok til Ronnie Eklund*, Arbetsrättsliga föreningens skriftserie volym VIII, Kerstin Ahlberg (red.), Uppsala 2010, s. 169-185.
- Evju (2013) Evju, Stein, "Virksomhetsoverdragelse, forholdet til revisjon av overdragets tariffavtale – EU-domstolens dom 18.juli 2013, sak C-427/11 Mark Alemo Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd. ", I: *Nytt i privatretten*, nr.4 2013, s. 2-3.
- Evenrud (2014) Evenrud, Liv Torill, *Arbeidsrett.no (nettutgaven): Kommentarer til arbeidsmiljøloven §16-2*, Henning Jakhelln mfl. (red.), pr. mai 2014.
- Fougner mfl. (2004) Fougner, Jan, mfl., *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2004.
- Fougner mfl. (2011) Fougner, Jan, mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 2.utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2011.
- Fougner mfl. (2013) Fougner, Jan, mfl., "Arbeidsmiljøloven: Kommentarutgave", 2.utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2013.
- Fredriksen (2013) Fredriksen, Halvard Haukeland, "Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten", I: *Jussens Venner vol.48*, nr.6 2013, s. 371-399.
- Fredriksen/Mathisen (2014) Fredriksen, Halvard Haukeland, Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2.utgave, Bergen: Fagbokforlaget 2014.
- Fredriksen/Franklin (2015) Fredriksen, Halvard Haukeland, Christian N.K. Franklin. "Of pragmatism and principles: The EEA agreement more than 20 years on", I: *Common Market Law Review* 52, 2015, s. 1-56. (Artikkelen er ikke publisert ved innlevering av oppgaven og sidetall kan derfor være endret. I oppgaven er det benyttet et upublisert manuskript. Manuskriptet er utdelt personlig fra Halvard Haukeland Fredriksen).
- Gjendemsjø (2007) Gjendemsjø, Ronny, "Noen kommentarer til Støvletthældommen, Rt.2006 s.179", I: *Jussens Venner vol 42*, nr.2 2007, s.93-107.

- Jetlund (2010) Jetlund, Martin, "Arbeidstakernes tilhørighet ved overdragelse av del av virksomhet", I: *Arbeidsrett og arbeidsliv*, bind 4 2010, s. 295-363.
- Jetlund (2015) Jetlund, Martin, "Virksomhetsoverdragelse og avtalefestet pensjon", I: *Tidsskrift for Arbeidsrett volum 12*, nr.1 2015, s. 122-146.
- Johansen/Stueland (2011) Johansen, Atle Sønsteli, Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven: Kommentarer og praksis*, Oslo: Gyldendal akademisk 2011.
- Nykaas (2009) Nykaas, Elin, "Om tariffavtalens ettervirkning og bortfall", I: *Arbeid og rett; Festskrift til Henning Jakhellns 70 års dag*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michaelsen (red.), Cappelen Akademiske Forlag 2009 s. 517-529.
- Næss (2013) Næss, Mona, *Virksomhetsoverdragelse*, Oslo: Universitetsforlaget 2013.
- Peers mfl. (2014) Peers, Steve, Tamara Hervey, Jeff Kenner and Angela Ward, *The EU Charter of fundamental rights; A commentary*, Hart Publishing Ltd, 2014.
- Prassl (2013) Prassl, Jeremias, "Freedom of contract as a general principle of EU Law? Transfers of undertakings and the protection of employer rights in EU labour law", I: *Industrial law journal*, vol. 42, 2013, s. 434-446.
- Sejersted mfl. (2011) Sejersted, Fredrik, mfl., *EØS-rett*, 3.utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2011.
- Skjønberg/Hognestad (2014) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Oslo: Gyldendal Juridisk 2014.
- Stokke, Nergaard, Evju (2013) Stokke, Torgeir Aarvaag, Kristine Nergaard, Stein Evju, *Det kollektive arbeidslivet: Organisasjoner, tariffavtaler og lønnsoppgjør*, 2.utgave, Oslo: Universitetsforlaget 2013.
- Sundet (2014) Sundet, Tron Løkken, *Tariffavtalen: Utvalgte emner*, Bergen: Fagbokforlaget 2014.

Toftevåg (2015)

Toftevåg, Frode Martin, Plansjer fra foredrag 10.03.2015, "*The Enes Deveci case and the EFTA Court's advisory opinion 18 December 2014 (Case E-10/14)*". Plansjene er utdelt fra veileder som deltok på foredraget.