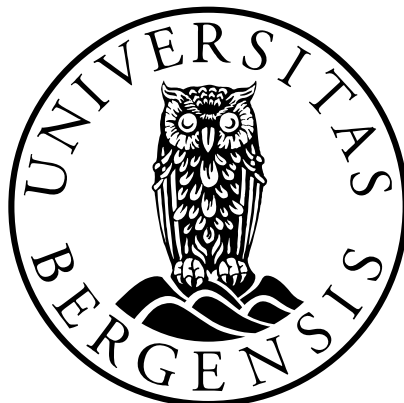


Opprettholdelse av tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelse

Kandidatnummer: 84

Antall ord: 14 714



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2017

Innholdsfortegnelse

1 Introduksjon	4
1.1 Emne og aktualitet	4
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Forholdet til EU/EØS-retten	6
1.4 Hvordan går EU-domstolen frem ved tolkningen av EU-direktiv?.....	8
1.5 Opplegget videre.....	9
2 Rettslige utgangspunkter	11
2.1 Overføring av arbeidsvilkår etter arbeidsavtalen.....	11
2.2 Overføring av individuelle rettigheter etter tariffavtalen.....	12
2.3 Arbeidsgivers styringsrett.....	13
3 Kort om tariffavtalen som avtaletype.....	15
3.1 Tariffavtalebegrepet.....	15
3.1.1 Introduksjon	15
3.2 Kort om tariffavtalens virkning i tid.....	16
3.3 Tariffavtalen som rettslig skranke for opprettholdelsen av lønns- og arbeidsvilkår	17
4 Begrensninger i opprettholdelsen etter § 16-2 annet ledd fjerde punktum	18
4.1 Introduksjon.....	18
4.1.1 Vilkåret ”til det inngås ny tariffavtale”	18
4.1.2 Direktiv 2001/23 – adgang til automatisk anvendelse av erververens tariffavtale? 19	
4.1.3 Norsk rett	21
4.1.4 Sammenfatning	23
4.2 Betydningen av at tariffavtalen ”utløper”	23
4.2.1 Introduksjon	23
4.2.2 Hva betyr det at tariffavtalen har ettervirkning?	24
4.2.3 Direktiv 2001/23 – adgang til ettervirkningsregler?	25
4.2.4 EU-domstolen: nasjonale ettervirkningsregler i tråd med balansetesten	26
4.2.5 EFTA-domstolen: betinget tillatelse av nasjonale ettervirkningsregler.....	27
4.2.6 Norsk rett	28
4.2.7 Sammenfatning	30
5 Henvisninger til tariffavtalte vilkår i arbeidstakerens individuelle arbeidsavtale	31
5.1 Problemstillingen.....	31

5.2. Dynamiske og statiske henvisningsklausuler	31
5.3 Situasjonen ved virksomhetsoverdragelse	33
5.4 EU-domstolens praksis om dynamiske henvisningsklausuler	34
5.4.1 Werhof – presumsjon for statisk virkning?	34
5.4.2 Alemo-Herron: dynamiske henvisningsklausuler utelukkes	36
5.4.3 Analyse og kritikk	38
5.4.4 Er Charterets artikkel 16 også en del av EØS-retten?	39
5.5 Asklepios Kliniken – en betinget åpning for dynamiske henvisningsklausuler?	40
5.5.1 Introduksjon	40
5.5.2 Observasjoner	42
5.5.2 Sammenfatning	43
5.6 Betydningen for norsk rett	44
5.6.1 Arbeidsmiljøloven § 16-2 og dynamiske henvisningsklausuler	44
5.6.2 Overgang av dynamisk henvisningsklausuler gjennom avtale?	45
5.6.3 Betydningen av ny arbeidsgivers avtale- og endringsadgang	48
5.6.3.1 Finnes det en ensidig endringsadgang for ny arbeidsgiver etter norsk rett?	48
5.6.3.2 Sammenfatning	52
6. Avslutning	53
7. Kilderegister	54

1 Introduksjon

1.1 Emne og aktualitet

Tema for fremstillingen er tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelse. Fremstillingens kjerne er å undersøke i hvilken grad overførte arbeidstakere har rett til å opprettholde tariffavtalte vilkår etter en virksomhetsoverdragelse.

Med tariffavtalte vilkår menes de lønns- og arbeidsvilkår som følger av tidligere arbeidsgivers (overdragerens) tariffavtale. Vernet av tariffavtalte vilkår ved virksomhetsoverdragelse følger av arbeidsmiljøloven¹ § 16-2 annet ledd. Bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 16 gjennomfører EUs direktiv om virksomhetsoverdragelse.² Påvirkningen fra EU/EØS-retten vil derfor være et fremtredende trekk ved behandlingen av fremstillingens problemstilling.

Problemstillingen er både praktisk og aktuell.³ Mange virksomheter er bundet av tariffavtaler som regulerer arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår.⁴ I hvilken grad slike vilkår opprettholdes ved overføring til ny arbeidsgiver vil derfor være av stor betydning både for arbeidstaker og ny arbeidsgiver (erhververen).

Det foreligger lite norsk rettspraksis om opprettholdelse av tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelse. Aktualiteten illustreres imidlertid ved EU- og EFTA-domstolens praksis. Problemstillingen fordrer følgelig en analyse av rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen. Avgjørelsene viser en klar utviklingstrend; EU-domstolen tilnærmer seg problemstillingen ved bruk av en balansetest. Denne domstolskapte ”testen” går ut på å avveie arbeidstakernes interesse av å beholde sine rettigheter mot arbeidsgiverens interesse i å tilpasse virksomhetens videre drift. Dette grunnleggende spenningsforholdet er lite problematisert i norsk juridisk litteratur og inviterer til nærmere drøftelse.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter. Direktivet slår sammen tekstene i de to foregående direktiver (77/187/EØF og 98/50/EF) uten noen materielle endringer.

³ Se som eksempel: <https://frifagbevegelse.no/ntlmagasinet/renholderne-fra-forsvarsbygg-stevner-iss-for-retten-6.158.426472.3a4824356d> (sist besøkt 25.11.2017).

⁴ Se nærmere om organisasjonsbildet i Norge i dag i Stokke mfl. 2015 s. 14-24.

Fremstillingen berører to aspekter. Det *første* aspektet er der individuelle arbeidsvilkår følger direkte av den tariffavtale tidligere arbeidsgiver var bundet av. Direktivet og lovgivningen oppstiller i slike tilfeller begrensninger for hvor lenge rettighetene opprettholdes. Som det vil fremgå kan imidlertid en tariffavtale, til tross for at avtalen er sagt opp eller utløpt, fortsette å gjelde videre. Sagt med andre ord: Tariffavtalen har ettervirkning. En naturlig problemstilling blir da å undersøke hvor lenge ny arbeidsgiver plikter å opprettholde tariffavtalte arbeidsvilkår som følge av slik ettervirkning.

Det *andre* aspektet retter seg mot tilfeller der det er inntatt en henvisning til overdragerens tariffavtale i arbeidstakerens individuelle arbeidsavtale. Et sentralt spørsmål blir å undersøke hvilken betydning slike henvisninger har for opprettholdelsen av arbeidstakerens tariffavtalte rettigheter etter overdragelsen. Dette er hverken regulert i direktivet eller i arbeidsmiljøloven direkte. EU-domstolen har imidlertid uttalt seg om forholdet til slike henvisningsklausuler. Avgjørelsene, særlig den siste i rekken,⁵ inviterer til en nærmere behandling av dette spørsmålet og hvilken betydning EU-domstolens uttalelser har for norsk arbeidsrett.

1.2 Avgrensninger

Tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse er et tema med mange fasetter. Det er derfor helt nødvendig å foreta visse avgrensninger. Fremstillingen forutsetter at ny arbeidsgiver har erklært seg ubundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale, jf. arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd annet punktum. En behandling av ny arbeidsgivers reservasjonsrett og Arbeidsrettens praksis om unntaksvis bundethet vil derfor ikke problematiseres.⁶

Jeg går ikke nærmere inn på hva som er en ”del” av en virksomhet, eller når det foreligger en ”overføring” av virksomhet. Jeg går heller ikke inn på hva som menes med ”arbeidstaker”, eller hvilke arbeidsforhold som hører til den delen som overføres.

Arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd oppstiller ett unntak fra hovedregelen om at arbeidstakerens lønns- og arbeidsvilkår opprettholdes etter overdragelsen. Unntaket gjelder kollektive pensjonsordninger. Rekkevidden av det såkalte pensjonsunntaket er viet stor

⁵ De forente saker C-680/15 og C-681/15 *Asklepios Kliniken*.

⁶ Se Næss 2013 s. 162-170 og Johansen/Stueland 2015 s. 1025-1031 for en grundig behandling av tariffrettslig bundethet ved virksomhetsoverdragelse. For fusjonstilfellene, se Evju 2012 s. 105-143.

oppmerksomhet i rettspraksis og juridisk teori.⁷ Innholdet og rekkevidden av dette unntaket, faller utenfor det som skal behandles her.

Videre kan mye skrives om hvilke andre typer rettigheter som overføres ved en virksomhetsoverdragelse. Fremstillingen er imidlertid begrenset til å omhandle opprettholdelse av *tariffavtalte* rettigheter. En behandling av om lovbaserte, betingede eller såkalte ikke-overførbare rettigheter overgår til erververen, vil ikke belyses nærmere i det følgende.

Et særlig spørsmål hva angår den individuelle arbeidsavtalen oppstår i de tilfeller tariffavtalen faller bort etter oppsigelse og ikke blir erstattet av en ny. Spørsmålet som da kan reises er om de normative vilkårene i tariffavtalen har blitt arbeidsavtalerettslige bestemmelser med individuell ettervirkning. Spørsmålet har vært gjenstand for motstridende oppfatninger i juridisk teori.⁸ Problemstillingen har også vært reist i relasjon til virksomhetsoverdragelse.⁹ Dette vil av plasshensyn ikke behandles i denne fremstillingen.

1.3 Forholdet til EU/EØS-retten

I det følgende vil jeg kort redegjøre for norsk retts forhold til EU/EØS-retten. Etter dette skal jeg i punkt 1.4 belyse noen sentrale EU/EØS-rettslige tolkningsprinsipper. Dette er sentralt med henblikk på den senere tolkning av de EU/EØS-relevante rettskildene.

Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd og § 16-2 annet ledd, tredje og fjerde punktum må tolkes i lys av virksomhetsoverdragelsesdirektivets artikkel 3 nr. 1 og nr. 3. Direktivet er et minimumsdirektiv, hvilket betyr at det skal sikre arbeidstakerne en felles arbeidsrettslig minimumsregulering i EU/EØS.¹⁰ Direktivet tar dermed ikke sikte på en totalharmonisering av regelverket. Den delvise harmoniseringen illustreres av direktivets artikkel 8. Bestemmelsen uttrykker at medlemslandene fritt kan introdusere regler som gir et sterkere vern for arbeidstakerne enn det direktivet gir anvisning på:

⁷ Se blant annet Næss 2013 s. 173 og Bergh 2004 s. 200-209.

⁸ Evju 1984 s. 276, Nykaas 2009 s. 528, Johansen/Stueland 2015 s. 1037 og Fougner mfl. 2016 s. 178.

⁹ Lorentzen 2016 s. 137-180.

¹⁰ Næss 2013 s. 16.

“This Directive shall not affect the right of Member States to apply or introduce laws, regulations or administrative provisions which are more favourable to employees or to promote or permit collective agreements or agreements between social partners more favourable to employees”.

Som vi skal se senere i fremstillingen vil direktivets mål om delvis harmonisering få betydning for hvordan direktivet skal tolkes i relasjon til de problemstillinger jeg reiste innledningsvis.

Utgangspunktet ved tolkningen av reglene om virksomhetsoverdragelse er at det er tale om folkerettslige gjennomføringsbestemmelser. Presumsjonsprinsippet er et sentralt prinsipp når folkerettslige regler skal tolkes. Prinsippet går i sin kjerne ut på at norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.¹¹ Presumsjonsprinsippet forutsetter at den folkerettslige regelen er kjent. Dette medfører at prinsippet kan anvendes som korrektiv og tolkningsprinsipp ved analysen av hvordan den norske regelen bør være. Dette betyr at det er den ferdig tolkede regelen, og ikke de enkeltstående internasjonale rettskildefaktorer som kommer til anvendelse når den norske rettsregelens innhold skal klarlegges i lys av EU/EØS-retten.¹² Det er slik presumsjonsprinsippet vil anvendes i denne fremstillingen.

EU-domstolen har med grunnlag i Traktaten om Den europeiske union (TEU)¹³ artikkel 4 lagt til grunn at nasjonale domstoler i EUs medlemsland har en plikt til direktivkonform fortolkning av nasjonal rett. EFTA-domstolen har i ettertid slått fast at EØS-avtalen rommer en tilsvarende plikt til EØS-konform fortolkning. Nærmere bestemt skal nasjonale domstoler strekke seg *“as far as possible”* for å nå frem til en EØS-konform løsning.¹⁴ EFTA-domstolen har nærmere presisert dette kravet med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 3. Denne grunnsetningen om ensartethet mellom EU- og EØS-retten omtales gjerne som homogenitetsprinsippet.¹⁵

EU-domstolens rettspraksis spiller en vesentlig rolle ved tolkningen av reglene om virksomhetsoverdragelse. Dette viser seg ved det store antall saker domstolen har behandlet

¹¹ Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) på s. 1826.

¹² Arnesen/Stenvik 2015 s. 67.

¹³ Traktaten om Den europeiske union.

¹⁴ Fredriksen/Mathisen 2014 s. 288.

¹⁵ EØS-avtalen artikkel 1 og fortalens punkt 16.

siden direktivets vedtagelse i 1977.¹⁶ For EØS-rettens vedkommende vil praksis fra EFTA-domstolen i tillegg være av sentral betydning og tillegges ”*vesentlig vekt*”.¹⁷ I de tilfeller ingen omstendigheter tilsier at den aktuelle direktivbestemmelsen skal tolkes på en annen måte i EØS-retten enn i EU-retten, må utvilsomt EU-domstolens oppfatning av hva som er avgjørende legges til grunn.¹⁸ EFTA-statene kan anses å være pålagt dette med hjemmel i den lojalitetsplikt som er nedfelt i ODA-avtalens¹⁹ artikkel 3 nr. 2. Her fremgår det at EFTA-domstolen, ved tolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen, skal ta ”*tilbørlig hensyn*” til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser EU-domstolen har truffet etter undertegningen av EØS-avtalen.²⁰

1.4 Hvordan går EU-domstolen frem ved tolkningen av EU-direktiv?

Utgangspunktet ved tolkningen av EU-direktiv er at EU-domstolen normalt starter i direktivets *ordlyd*.²¹ Ordlyden vil imidlertid kun være et utgangspunkt. Ofte vil ordlyden være knapp eller uklar fordi den er resultat av politiske kompromisser under forhandlingene med medlemslandene.²²

Ettersom ordlyden ofte får begrenset vekt ved tolkningen vil betydningen av direktivets *formål* være viktig. Dette beror på at ikke alle språkversjonene av direktivet uttrykker det samme. Følgelig søker ofte EU-domstolen – når direktivteksten byr på tolkningstvil – å anvende formålsbetraktninger. I denne øvelsen inngår bestemmelsens plassering i direktivet og direktivets oppbygning og struktur.²³ For norsk rett medfører dette at formålsbetraktninger spiller en større rolle ved tolkningen av innholdet i arbeidsmiljølovens kapittel 16 enn hva som ellers er vanlig etter norsk juridisk metode. Formålet bak virksomhetsoverdragelsesdirektivet fremgår tydelig av direktivets forale punkt 3:

¹⁶ Se om utviklingen i Næss 2013 s. 22.

¹⁷ Rt. 2000 s. 1811 Finanger I på s. 1820.

¹⁸ Fredriksen/Mathisen 2014 s. 259.

¹⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.

²⁰ Fredriksen/Mathisen 2014 s. 259. EFTA-domstolens plikt til å følge tidligere praksis fra EU-domstolen følger av EØS-avtalen artikkel 6.

²¹ Fredriksen/Mathisen 2014 s. 219.

²² Arnesen/Stenvik 2015 s. 31.

²³ Klingsten 2016 s. 33.

“It is necessary to provide for the protection of employees in the event of a change of employer, in particular, to ensure that their rights are safeguarded”.

Slik det vil fremgå av fremstillingen, vil direktivets formål være et gjennomgående trekk ved behandlingen av de problemstillinger som reises.

Direktivets forarbeider har begrenset vekt, med mindre de ikke er gjengitt eksplisitt i fortalen.²⁴ EU-domstolens tidligere rettspraksis er en sentral tolkningsfaktor ved direktivtolkning. Tidligere rettspraksis har nok særlig betydning der et direktiv tilsikter totalharmonisering. Dette er naturlig, all den tid en ensartet praktisering av EU-retten her er det overordnede formålet. Når det gjelder virksomhetsoverdragelsesdirektivet vil EU-domstolen trolig være noe mer tilbakeholden med å fastlegge hvordan regelen skal forstås. Dette beror på at det er ulikheter i hvordan medlemslandene har inkorporert bestemmelsene i nasjonal lovgivning som følge av målet om delvis harmonisering.

Både EU- og EFTA-domstolen henviser tidvis til innstillinger fra EU-domstolens Generaladvokater. Innstillingene kan ikke anvendes som en selvstendig rettskilde, men som en kilde til å forstå sakens rettslige og faktiske bakgrunn.²⁵ I fremstillingen vil jeg vise til Generaladvokatens innstillinger der dette anses relevant for forståelsen av hvilken argumentasjon EU-domstolen har lagt til grunn.

EU-domstolen uttaler seg bare om hvordan *EU-retten* skal forstås, og går ikke inn i tolkningen av nasjonal rett, bevis eller subsumsjonen. Dette er overlatt til de nasjonale domstoler å ta stilling til når EU-retten er fastlagt.²⁶ Det vil imidlertid ofte kunne være en flytende grense mellom EU-domstolens tolkning og subsumsjon i visse tilfeller, slik analysen av EU-rettspraksis vil vise.

1.5 Opplegget videre

I den videre fremstillingen vil jeg – i tråd med de nevnte utgangspunkter – først tolke direktivet isolert, og slik klargjøre hvilke krav direktivet stiller til arbeidsmiljøloven § 16-2. Dernest vil den ferdigtolkede EU/EØS-rettslige regelen konfronteres med det norske

²⁴ Klingsten 2016 s. 32 og Næss 2013 s. 24.

²⁵ Fredriksen/Mathisen 2014 s. 246.

²⁶ Sejersted mfl. 2011 s. 138.

rettskildematerialet for å komme frem til regelen etter norsk rett. Slik vil jeg forsøke å få frem at de folkerettslige krav som følger av EU/EØS-retten ikke bare har en metodisk og rettssystematisk side. De har i høyeste grad også en *materiell* side. Det er et materielt spørsmål om den EU/EØS-rettslige regelens karakter påvirker forståelsen av norsk rett.²⁷

I kapittel 2 vil jeg redegjøre for noen sentrale rettslige utgangspunkter ved overføring av arbeidstakernes rettigheter etter § 16-2 første og annet ledd. Begge bestemmelser er sentrale å nevne i denne sammenheng. Dette på grunnlag av at opprettholdelsen av tariffavtalte vilkår vil kunne variere avhengig av om vilkårene følger *direkte* av tariffavtalen overdrageren er bundet av eller *indirekte* gjennom en henvisning inntatt i arbeidsavtalen. I denne delen av fremstillingen vil ikke direktivet som sådan være gjenstand for fortolkning. Utgangspunktene anses hensiktsmessige for å få et helhetlig perspektiv på fremstillingens problemstilling. Derneft vil jeg i punkt 2.3 knytte noen korte bemerkninger til arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten vil – som vi vil se – få betydning for drøftelsen i punkt 5.6.

Når man skal undersøke i hvilken grad tariffavtalte arbeidsvilkår opprettholdes etter en virksomhetsoverdragelse, er det naturlig å si noe om de rettsregler som omhandler tariffavtalen. Slike regler fremgår av arbeidstvistloven²⁸ og Arbeidsrettens praksis.²⁹ I kapittel 3 vil jeg derfor se nærmere på tariffavtalen som rettslig fenomen.

I kapittel 4 vil jeg analysere den første av fremstillingens to hovedproblemstillinger, nemlig hvilke begrensninger direktivet og arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd stiller til opprettholdelsen av arbeidstakernes tariffavtalte arbeidsvilkår. I kapittel 5 behandles den andre hovedproblemstillingen som knytter seg til henvisningsklausuler. En analyse av EU-domstolens praksis vil på dette punkt være retningsgivende for hvilken betydning slike klausuler har etter norsk rett. Særlig berører dette mulige tilpasningsmuligheter for erververen sett i lys av EU-domstolens seneste rettspraksis. I kapittel 6 vil jeg foreta noen avsluttende betraktninger om rettstilstanden i lys av de foregående drøftelsene.

²⁷ Se Arnesen/Stenvik 2015 s. 69-71 som anbefaler en slik fremgangsmåte.

²⁸ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

²⁹ Det avgrenses følgelig mot en behandling av reglene i tjenestetvistloven.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Overføring av arbeidsvilkår etter arbeidsavtalen

Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd og direktivets artikkel 3 nr.1 er at samtlige lønns- og arbeidsvilkår i arbeidsforholdet overføres ved en virksomhetsoverdragelse. Arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd lyder:

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

Det følger av forarbeidene at arbeidsavtalen og arbeidsforholdet skal fortsette å løpe med det samme innhold som før overdragelsen.³⁰ Det kreves ingen aktivitet fra partene for at rettighetene og pliktene blir overført. Den nye arbeidsgiver trer inn i rettigheter og plikter som tidligere arbeidsgiver var bundet av alene i kraft av overdragelsen.³¹ En slik automatisk rettighetsovergang følger av sikker praksis fra EU-domstolen.³²

Et arbeidsforhold særpreges av avtalerelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.³³ Formuleringen *”rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold”* tilsier at overgangen gjelder alle individuelle betingelser som må anses avtalt i arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Hva som konkret skal anses avtalt, beror på en vurdering etter alminnelige avtalerettslige prinsipper. Både krav som er opparbeidet før overdragelsestidspunktet og løpende rettigheter arbeidstakerne har, vil i utgangspunktet overføres.³⁴ Eksempler på individuelle rettigheter etter arbeidsavtalen er lønnsbetingelser, ferierettigheter og ansiennitetsbaserte rettigheter.

Det er kun rettigheter som er etablert og som har en naturlig tilknytning til arbeidsforholdet som overføres. Uttrykket *”rettighet”* innebærer etter sin ordlyd at det må avgrenses mot goder som har karakter av etablert praksis hos arbeidsgiver. Det er vanlig at det hos arbeidsgiver

³⁰ Ot.prp. nr.49 (2005-2005) s. 256.

³¹ Ot.prp. nr.71 (1991-1992) s. 19.

³² Sak C-362/89 *Giuseppe d`Urso*, Sak C-144/87 *Berg* og Sak C-145/87 *Rotsart*.

³³ Fougner 2007 s. 19.

³⁴ Fougner mfl. 2013 s. 970.

eksisterer en slik praksis som for eksempel å tilby arbeidstakerne velferdspermisjon, barnehageplass eller besøksrett til firmahytta. Hvis en slik godebasert praksis ikke er rettslig forpliktende, vil ny arbeidsgiver ha samme adgang til å endre innholdet i disse som det tidligere arbeidsgiver hadde.³⁵ Dersom slike goder ikke skal anses rettslig forpliktende, vil de typisk være utelatt fra arbeidsavtalen.

2.2 Overføring av individuelle rettigheter etter tariffavtalen

Utgangspunktet i de tilfeller ny arbeidsgiver har erklært seg ubundet av tidligere arbeidsgivers tariffavtale er at arbeidstakernes tariffavtalte rettigheter følger med slik de var på overdragelsestidspunktet, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd tredje punktum og direktivets artikkel 3 nr. 3.

Opprettholdelsen av tariffavtalte rettigheter etter § 16-2 annet ledd skiller seg fra tilfellet etter § 16-2 første ledd. Forskjellen er at opprettholdelsen av de tariffavtalte rettighetene gjelder inntil tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale, jf. § 16-2 annet ledd fjerde punktum (se nærmere i punkt 4 nedenfor). De tariffavtalte rettighetene har følgelig et tidsbegrenset vern. Dette skiller seg fra de individuelle arbeidsvilkår etter § 16-2 første ledd, som i utgangspunktet overføres uten en slik tidsbegrensning.³⁶

Innholdet i rettighetsbegrepet i § 16-2 annet ledd beror på en tolkning av tariffavtalen. Slik tariffavtalebegrepet er forstått i norsk rett må det skilles mellom tariffavtalens normative og obligatoriske bestemmelser. Normative bestemmelser er etter sin art egnet til å inngå i arbeidstakerens individuelle arbeidsavtale. Eksempler på slike er lønnsvilkår, permisjons- og ferierettigheter og arbeidstid.³⁷ Obligatoriske bestemmelser er derimot bestemmelser som fastsetter rettigheter og plikter mellom tariffpartene. Slike kan være regler om kollektiv oppsigelse, informasjons- og drøftelsesplikt, sympatiaksjoner og forhandlingsrett.³⁸ Obligatoriske bestemmelser blir ikke integrert i det individuelle arbeidsforholdet på samme vis som de normative.³⁹ Det er følgelig kun de normative bestemmelsene som skal

³⁵ Næss 2013 s. 156.

³⁶ Jetlund 2015 s. 123 og Hognestad/Skjønberg 2017 s. 393.

³⁷ Næss 2013 s. 171.

³⁸ NOU 2004:5 s. 356-357.

³⁹ Hognestad/Skjønberg 2014 s. 54.

oppretholdes videre av erververen med den tidsbegrensning § 16-2 annet ledd fjerde punktum gir anvisning på.⁴⁰

Hittil har vi sett på noen grunnleggende utgangspunkter ved rettighetenes karakter i henholdsvis arbeidsavtalen og tariffavtalen. Som vi så, særpreges situasjonen ved virksomhetsoverdragelse av at arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum oppstiller begrensninger for hvor lenge tariffavtalte rettigheter opprettholdes. Før jeg drøfter virkningen av disse begrensningene, vil jeg kort redegjøre for det alminnelige utgangspunkt i ethvert arbeidsforhold; arbeidsgivers styringsrett.

2.3 Arbeidsgivers styringsrett

Det er bare rettighetene og pliktene overfor tidligere arbeidsgiver som overføres ved virksomhetsoverdragelsen. Innenfor dette handlingsrommet har den nye arbeidsgiveren adgang til å gjennomføre endringer i arbeidsforholdet overfor de overførte arbeidstakerne på samme måte som tidligere arbeidsgiver hadde anledning til.⁴¹ Ny arbeidsgivers styringsrett faller således ikke bort som følge av at det er skjedd en virksomhetsoverdragelse. Arbeidsgivers styringsrett er hverken et enkelt eller entydig begrep. Høyesterett har formulert styringsretten som arbeidsgivers rett til å:

*”organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere”.*⁴²

Styringsretten kan forklares i arbeidsavtalens karakter av å være en ufullstendig kontrakt.⁴³ Det ligger derfor i arbeidsavtalens natur at arbeidstakernes rettigheter og plikter normalt vil endre seg i løpet av kontraktsperioden.

Høyesterett har lagt til grunn at styringsretten begrenses av både lov, tariffavtaler og det individuelle arbeidsforholdet.⁴⁴ Disse rettsgrunnlagene oppstiller materielle og prosessuelle skranker for hva arbeidsgiver kan beslutte. I hvilken grad tariffavtalen oppstiller begrensninger for hvilke endringer ny arbeidsgiver kan foreta, behandles nedenfor i punkt 4.

⁴⁰ Hognestad/Skjønberg 2017 s. 394.

⁴¹ NOU 2004:5 s. 357.

⁴² Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk).

⁴³ Hognestad/Skjønberg 2014 s. 227.

⁴⁴ HR-2016-2286-A avsnitt 26.

Ettersom fremstillingen omhandler opprettholdelsen av tariffavtalte rettigheter, er det før dette hensiktsmessig å gi en kort redegjørelse for hva som særpreger tariffavtalen som avtaletype.

3 Kort om tariffavtalen som avtaletype

3.1 Tariffavtalebegrepet

3.1.1 Introduksjon

Tariffavtaler er helt sentrale som reguleringsinstrument på arbeidsrettens område. Formålet med tariffavtalen er å sikre arbeidstakerne rettferdige lønns- og arbeidsvilkår i tariffperioden.⁴⁵ Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd at bestemmelsen sikter til tariffavtalebegrepet slik dette er forstått i norsk rett.⁴⁶ Etter arbeidstvistloven § 1 bokstav e er en tariffavtale:

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

Tariffavtalen er en gjensidig bindende kontrakt. Dette betyr at tariffavtalen er bindende og forpliktende for avtalens egne parter (tariffpartene). Et særpreg ved tariffavtalen er imidlertid at den i tillegg binder de forbund, arbeidsgivere og arbeidstakere som er medlem av de organisasjoner som har inngått tariffavtalen (de medlemsbundne). For de medlemsbundne er tariffavtalen rettslig forpliktende både overfor tariffpartene og mellom den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker.⁴⁷ Hvilke medlemmer som bindes av en tariffavtale, beror på en tolkning av tariffavtalen og tariffpartenes disposisjoner. For denne fremstillingen er det tilstrekkelig å ha en bevissthet rundt det grunnleggende skillet mellom tariffpartene og de medlemsbundne.

Et annet særtrekk ved tariffavtalen er at den er ufravikelig. For de tariffbundne medfører dette en plikt til ikke å inngå arbeidsavtaler som strider mot tariffavtalen.⁴⁸ Konsekvensen av at en arbeidsavtale mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver som begge er tariffbundet inneholder bestemmelser som strider mot tariffavtalen, er at disse bestemmelsene er ugyldige, jf. arbeidstvistloven § 6.⁴⁹ Saklig sett gjelder en tilsvarende norm for gjensidig tariffbundne deltakere. Hvis for eksempel en lokal særavtale mellom en arbeidsgiver og en lokal

⁴⁵ Fougner mfl. 2004 s. 25.

⁴⁶ Ot.prp.nr. 71 (1991-92) s. 20

⁴⁷ Stokke mfl. 2015 s. 136.

⁴⁸ Stokke mfl. 2015 s. 139

⁴⁹ arbeidstvistloven § 6 og tjenestetvistloven § 13 første ledd.

fagforening har bestemmelser i strid med en overordnet tariffavtale begge er bundet av, vil også slike bestemmelser falle bort som ugyldige, jf. eksempelvis hovedavtalen mellom LO-NHO § 4-1.⁵⁰

Ufravikelighetsnormene har også en side til de tariffbundnes arbeidsavtaler med utenforstående.⁵¹ Dersom en arbeidsgiver og en utenforstående arbeidstaker inngår arbeidsavtale med vilkår som avviker fra tariffavtalen, vil tariffavtalemotparten kunne påtale dette som et tariffbrudd overfor arbeidsgiveren. Avtalen vil imidlertid ikke være ugyldig slik som for de tariffbundne.⁵²

3.2 Kort om tariffavtalens virkning i tid

Tariffavtalen særpreges av at den er tidsbegrenset. Det følger av arbeidstvistloven § 5 første ledd at:

”Med mindre annet er fastsatt, gjelder tariffavtalen i tre år regnet fra den dag den ble underskrevet”.

Det følger av ordlyden at lovens hovedregel er deklatorisk. Følgelig er det ikke noe til hinder for at det avtales en annen utløpstid mellom partene. I praksis er det vanlig at tariffavtaler inngås for en periode på to år.⁵³ Tidsbegrensningen fører imidlertid ikke til at tariffavtalen automatisk faller bort ved utløpet av perioden. Hvis avtalen ikke sies opp, vil den bli forlenget (prolongert) for ett år.⁵⁴ Hvilken betydning tariffavtalens virkning i tid har for opprettholdelsen av rettighetene ved overføring til ny arbeidsgiver, vil behandles nærmere i fremstillingens punkt 4.2.

⁵⁰ Stokke mfl. 2015 s. 140.

⁵¹ For forholdet mellom en tariffbundet arbeidsgiver og en utenforstående tariffmotpart, se Sundet 2014 s. 104-113.

⁵² Se Fougner mfl. 2004 s. 236-237 og Skjønberg 2011 s. 1-80 for dypere behandling av ufravikelighetsnormene.

⁵³ Stokke mfl. 2015 s. 132.

⁵⁴ arbeidstvistloven § 5 tredje ledd.

3.3 Tariffavtalen som rettslig skranke for opprettholdelsen av lønns- og arbeidsvilkår

De fleste av arbeidsmiljølovens bestemmelser innebærer begrensninger mot en for vidstrakt styringsrett for arbeidsgiver.⁵⁵ Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd, tredje og fjerde punktum er et eksempel på et tilfelle hvor lovgiver eksplisitt har ønsket å begrense styringsretten.

Det følger av § 16-2 annet ledd tredje punktum at de overførte arbeidstakerne, til tross for at de blir overført til ny arbeidsgiver, likevel har rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiver var bundet av. Bestemmelsen angir overdragerens tariffavtale som en materiell skranke for ny arbeidsgivers styringsrett. Hva som fremgår av tariffavtalen og hvordan denne skal forstås, vil dermed ha betydning for i hvilken grad rettighetene opprettholdes hos ny arbeidsgiver. Det er dette som danner bakteppet og grunnlaget for drøftelsen i fremstillingens punkt 4.

⁵⁵ Hognestad/Skjønberg 2014 s. 232.

4 Begrensninger i opprettholdelsen etter § 16-2 annet ledd fjerde punktum

4.1 Introduksjon

Den første problemstilling som skal behandles er i hvilken grad arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd begrenser opprettholdelsen av arbeidstakernes tariffavtalte rettigheter etter virksomhetsoverdragelsen. Det beror på en tolkning av henholdsvis arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd, tredje og fjerde punktum, jf. direktivets artikkel 3 nr. 3. Utgangspunktet er – som vi så i punkt 2.2 – at arbeidstakernes individuelle tariffavtalte rettigheter overføres til ny arbeidsgiver uendret. Dette gjelder imidlertid med de begrensninger som følger av § 16-2 annet ledd fjerde punktum, der det fremgår:

”Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakerne”. (mine understrekninger)

Som det fremgår av bestemmelsen, begrenses opprettholdelsen av to alternative vilkår. Jeg vil i punkt 4.1 behandle vilkåret *”til det inngås ny tariffavtale”* hos ny arbeidsgiver. Dette vilkåret behandles først, ettersom det relaterer seg til tilfellet der ny arbeidsgiver ønsker å foreta endringer i arbeidstakernes tariffavtalte rettigheter *før* tariffavtalen *”utløper”*.

Dernest vil jeg i punkt 4.2 behandle vilkåret *”utløper”*. Vilkåret utløser en underliggende problemstilling knyttet til tariffavtalens ettervirkning, som skal behandles i punkt 4.2.2.

4.1.1 Vilkåret *”til det inngås ny tariffavtale”*

Det første av de to alternative vilkår for hvor lenge tariffavtalte rettigheter hos overdrageren opprettholdes er *”til det inngås ny tariffavtale”* hos ny arbeidsgiver. Dersom ny arbeidsgiver ikke allerede er tariffbundet, må det inngås tariffavtale på vanlig måte etter arbeidstvistlovens regler for at de overførte arbeidstakere skal omfattes av denne.⁵⁶

Den andre situasjonen – som er mer problematisk – er der erververen allerede er tariffbundet. Problemet oppstår ettersom de overførte arbeidstakerne vil kunne være bundet av andre

⁵⁶ Se arbeidstvistlovens kapittel 2.

tariffavtalte vilkår enn de som gjelder hos ny arbeidsgiver innenfor samme type arbeid. Det vil innebære en klar fordel for ny arbeidsgiver å forholde seg til like tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår hos samtlige ansatte.

Problemstillingen som da reises er om ny arbeidsgiver kan gjøre gjeldende den allerede eksisterende tariffavtale i virksomheten overfor de overførte arbeidstakerne *automatisk* etter overdragelsen. Spørsmålet må løses med utgangspunkt i direktivet. Dernest vil jeg se hen til hvordan dette påvirker forståelsen av norsk rett.

4.1.2 Direktiv 2001/23 – adgang til automatisk anvendelse av erververens tariffavtale?

Etter direktivets artikkel 3 nr. 3 skal erververen opprettholde arbeidstakernes individuelle tariffavtalte rettigheter:

“until the [...] entry into force or application of another collective agreement.”

Ordlyden antyder en adgang til å gjøre den allerede eksisterende tariffavtale gjeldende, jf. særlig *“application of another [...] agreement”*. Hvilke konkrete krav som stilles til en slik adgang kan imidlertid ikke leses ut av ordlyden.

En fri adgang til automatisk anvendelse av erververens tariffavtale kunne tenkes å føre til uheldige virkninger. Arbeidstakerne kan i et slikt tilfelle måtte belage seg på mindre gunstige vilkår enn de hadde hos overdrageren. Dette vil være i strid med direktivets formål om å verne arbeidstakerne.⁵⁷ Formålsbetraktninger tilsier dermed at en ubetinget adgang for ny arbeidsgiver til å gjøre den eksisterende tariffavtale gjeldende er utelukket.

Spørsmålet var gjenstand for debatt i forberedelsen av det første direktiv om virksomhetsoverdragelse i mai 1974.⁵⁸ Det endelige forslaget til det som er dagens artikkel 3 nr. 3 ga uttrykk for at dersom erververen allerede er bundet av tariffavtale som dekker den overførte virksomheten, skal denne tariffavtalen ha automatisk forrang fremfor tariffavtalte vilkår i overdragerens tariffavtale.⁵⁹ The European Economic and Social Committee (ECOSOC)⁶⁰ reiste imidlertid innvendinger mot en slik automatisk anvendelse av tariffavtalen

⁵⁷ Evju 2005 s. 43.

⁵⁸ COM (74) 351 Final of 29 May 1974 (Explanatory Memorandum).

⁵⁹ Forslag til artikkel 3 nr. 3 i COM (74) 351 Final of 29 May 1974 (Explanatory Memorandum).

⁶⁰ EUs forum for behandling av økonomiske og sosiale spørsmål.

uten en forutgående drøftelse med de ansattes tillitsvalgte.⁶¹ Komiteens syn ble ikke fulgt opp ved den endelige vedtakelsen av 1977-direktivet, som tilsvarer dagens direktivtekst. I juridisk teori er det hevdet at det dermed er uvisst hvorvidt EU-lovgiveren mente å ta hensyn til de tidligere direktivforslagene.⁶² På denne bakgrunn synes heller ikke direktivets forhistorie å gi støtte til tolkningen av artikkel 3 nr. 3 når det gjelder automatisk anvendelse av erververens tariffavtale.

Det var derfor etterlenget da EU-domstolen tok stilling til spørsmålet i *Scattolon*.⁶³ Saken gjaldt en overført arbeidstaker som ble innplassert i et lavere lønnstrinn hos erververen etter overdragelsen, til tross for at arbeidstakeren hadde 20 års ansiennitet på overføringstidspunktet. EU-domstolen la til grunn at erververen kan erstatte vilkårene i overdragerens tariffavtale med de som følger av sin egen umiddelbart etter overdragelsen. En slik automatisk anvendelse av den eksisterende tariffavtale kan imidlertid ikke gi vilkår som samlet sett gir arbeidstakeren et dårligere vern enn de som gjaldt i overdragerens tariffavtale.⁶⁴

En tilsvarende tolkning av direktivet ble lagt til grunn i EFTA-domstolens avgjørelse *Deveci*⁶⁵, som vil behandles nærmere i punkt 4.2.5 nedenfor. I tilknytning til spørsmålet som behandles her viste EFTA-domstolen til *Scattolon* og uttalte:

*"[...]Direktivet er derfor ikke til hinder for at vilkårene i tariffavtalen som gjaldt for de berørte ansatte før overdragelsen, kan opphøre å gjelde innen ett år etter overdragelsen, herunder umiddelbart på den dato overdragelsen finner sted, forutsatt at avtalen er sagt opp eller utløpt eller en annen tariffavtale har trådt i kraft eller er gitt anvendelse [...]".*⁶⁶

På samme måte som i *Scattolon* viste EFTA-domstolen til begrensningen i direktivets formål. Direktivet er til hinder for at arbeidstakere påføres et vesentlig inntektstap som følge av at

⁶¹ Opinion of the Economic and Social Committee 24 April 1975 pkt. 2.3.5 og 2.3.6.

⁶² Lorentzen 2016 s. 158.

⁶³ Sak C-108/10 *Scattolon*.

⁶⁴ Sak C-108/10 *Scattolon* avsnitt 74 og 75.

⁶⁵ Sak E-10/14 *Deveci*.

⁶⁶ Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 79.

ansiennitetsberegningen hos overdrageren ikke blir vektlagt hos erververen.⁶⁷ Rettspraksis gir grunnlag for å trekke følgende slutninger: direktivets artikkel 3 nr. 3 er ikke til hinder for at erverver gjør den allerede eksisterende tariffavtale gjeldende overfor arbeidstakerne automatisk etter overdragelsen. En slik adgang kan derimot ikke ha til formål å pålegge arbeidstakerne vilkår som samlet sett gir et dårligere vern enn arbeidstakerne hadde i tariffavtalen med sin tidligere arbeidsgiver.

Det fremstår som noe uklart hva som ligger i begrensningen EU- og EFTA-domstolen her oppstiller. Etter den nevnte rettspraksis kan begrensningen forstås som at arbeidstakerne eksempelvis ikke kan påføres et betydelig inntektstap som *følge* av at tidligere ansiennitet ikke blir medregnet hos erververen. Dette tilsier at det må være årsakssammenheng mellom virksomhetsoverdragelsen og inntektstapet for at vernet skal anses krenket. Det avgjørende må derfor være om tjenestetiden hos overdrageren har utløst rettigheter av økonomisk karakter for arbeidstakeren. Hvis dette er tilfelle, kan endringene erververen foretar ikke stille arbeidstakeren i en mindre gunstig posisjon enn situasjonen før overdragelsen.⁶⁸

Det bør bemerkes at medlemsstatene uansett står fritt til å begrense tiden for hvor lenge erververen plikter å opprettholde tariffavtalte rettigheter der overdragerens tariffavtale ikke har utløpt. En slik regel forutsetter imidlertid at tidsrommet ikke er kortere enn ett år, jf. direktivets artikkel 3 nr. 3 annet ledd. Norge har valgt ikke å benytte seg av en slik adgang.⁶⁹

4.1.3 Norsk rett

Det neste spørsmålet er hvordan vilkåret ”*inngås ny tariffavtale*” i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum skal forstås etter tolkningen av direktivets regel.

Ordlyden tilsier at det må inngås ”*ny tariffavtale*” for at erververen skal kunne foreta endringer i de overførte ansattes tariffavtalte vilkår. Forarbeidene presiserer imidlertid bestemmelsen slik:

”Med ”ny avtale som er bindende for den nye arbeidsgiveren og de overførte arbeidstakerne» menes at det kreves en form for aktivitet fra partenes side for at den

⁶⁷ Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 83.

⁶⁸ Næss 2013 s. 157-158.

⁶⁹ NOU 2004:5 s. 399.

nye arbeidsgivers tariffavtale skal komme til anvendelse eller tre i kraft overfor de overførte arbeidstakerne".⁷⁰ (min understrekning)

Uttalelsen indikerer at det må inngås en avtale mellom tariffpartene i tillegg for at tariffavtalen hos erververen skal gjelde overfor de overførte arbeidstakerne.⁷¹ Forarbeidene er imidlertid tause om hva som ligger i et krav om slik aktivitet. Stein Evju bemerker til dette:

"Det synes klart at det ikke er meningen at det må inngås en ny tariffavtale i tillegg for at de overførte arbeidstakerne skal kunne bli tariffbundet. Lovtekstens uttrykk "inngås ny tariffavtale" kan for såvidt ikke fortolkes helt etter sin ordlyd. På den ene side er det klart at det må utveksles noe efterfølgende – en avtale eller "aktivitet", og ihvertfall som utgangspunkt etter overføringstidspunktet. [...] Formodentlig må det da kunne være tilstrekkelig at det utveksles krav og aksept mellom tariffpartene om at tariffavtalen skal bli "gjort gjeldende" med et slikt omfang [...]".⁷²

Følger man Evjus resonnement innebærer aktivitetsplikten dermed en begrensning av tariffbundethet utover det som ellers følger av alminnelige tariffrettslige regler.⁷³ Etter vanlige tariffrettslige regler vil nemlig en tariffavtale hos arbeidsgiver ha umiddelbar virkning overfor de arbeidstakere som er medlemsbundet.⁷⁴ Ved lovgiverens angivelse av et slikt aktivitetskrav går således arbeidsmiljøloven lenger i å verne arbeidstakerne enn det som følger av tariffretten ellers. Aktivitetskravet avviker også fra den tolkning av direktivet som EU- og EFTA-domstolen har lagt til grunn. Slik bestemmelsen etter gjeldende norsk rett er ment å forstås, oppstiller dermed arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum inntil videre opp en særregel for tariffbundethet ved virksomhetsoverdragelser.⁷⁵

⁷⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 399.

⁷¹ Se Oslo tingretts dom av 12. juni 2017 (upublisert) på s. 31. Tingretten legger en slik forståelse av forarbeidene til grunn.

⁷² Evju 2005 s. 46.

⁷³ Evju 2005 s. 44. Se i samme retning Sundet 2014 s. 30.

⁷⁴ Johansen/Stueland 2015 s. 1041.

⁷⁵ Evju 2005 s. 45. Se også "Rapport om virksomhetsoverdragelse" s. 18. Departementet uttrykker her at spørsmålet bør utredes nærmere og ta hensyn til avklaringer i fremtidig praksis.

4.1.4 Sammenfatning

Konklusjonen er at vilkåret ”*til det inngås ny tariffavtale*” gir arbeidstakerne et sterkere vern etter norsk rett enn det som følger av direktivet. Arbeidsmiljølovens regel går følgelig lenger i å beskytte arbeidstakerne fra å bli omfattet av erververens tariffavtale direkte etter overdragelsen. Dette underbygges av forarbeidenes krav om at tariffpartene må utøve en viss aktivitet for at overdragerens tariffavtale skal kunne erstattes. Som det fremgikk av punkt 1.3 følger det av direktivets artikkel 8 at nasjonal rett kan fastsette strengere beskyttelsesregler. Kravet om etterfølgende aktivitet gir arbeidstakerne bedre beskyttelse mot endringer direkte etter overdragelsen. Den norske løsningen er følgelig i tråd med direktivets mål om å gi uttrykk for minimumsharmonisering.

4.2 Betydningen av at tariffavtalen ”utløper”

4.2.1 Introduksjon

Det neste som skal behandles er vilkåret knyttet til tariffavtalens utløp. Dette er det andre alternative vilkåret med betydning for opprettholdelsen av arbeidstakernes tariffavtalte vilkår i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum. Spørsmålet som skal undersøkes i det følgende er om ny arbeidsgiver er fri sin rettslige forpliktelse om å opprettholde arbeidstakernes tariffavtalte vilkår når tariffavtalen de er omfattet av, utløper.

Det tilsvarende vilkåret etter direktivets artikkel 3 nr. 3 er:

“[...] until the expiry of the collective agreement [...]”

Ordlyden trekker i retning av at rettighetene kun skal opprettholdes frem til tariffavtalens utløpstidspunkt. Det foreligger ingen øvrige vurderingskriterier fra EU-hold om hvordan ordet ”*expiry*” skal forstås. Følgelig må det ses hen til hvordan den norske lovgiver fastslo innholdet av vilkåret ”*utløper*” ved gjennomføringen av den norske regelen.

Forarbeidene fremholder at det vil være det utløpstidspunkt som følger av tariffavtalen som skal legges til grunn.⁷⁶ Dette tilsier at det ved vurderingen av vilkåret må tas utgangspunkt i de deklatoriske regler for når tariffavtalen anses utløpt, jf. arbeidstvistloven § 5 første ledd

⁷⁶ Ot.prp.nr.71 (1991-1992) s. 34.

(se 3.2 over). Etter tariffavtalens utløp vil det mest praktiske være at ny arbeidsgiver gjør den allerede eksisterende tariffavtale i virksomheten gjeldende for slik å praktisere samme sett av vilkår overfor arbeidstakerne.

Selv om tariffavtalen er utløpt eller bortfalt, vil avtalens bestemmelser fortsatt ha betydning for rettsforholdet mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren.⁷⁷ Denne virkningen blir i norsk rett betegnet som tariffavtalens ettervirkning.⁷⁸ I det følgende vil det tas stilling til hvilken betydning reglene om ettervirkning kan ha for opprettholdelsen av tariffavtalte rettigheter ved virksomhetsoverdragelse.⁷⁹ Den aktuelle problemstillingen er altså om vilkåret ”*utløper*” i arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd fjerde punktum kan suppleres med en regel som gir tariffavtalens bestemmelser virkning etter avtalens utløp. Før vi ser nærmere på denne problemstillingen, er det relevant å si noe om hva det betyr at tariffavtalen har ettervirkning rettslig sett.

4.2.2 Hva betyr det at tariffavtalen har ettervirkning?

Rettsreglene om tariffavtalens ettervirkning i norsk rett følger av arbeidstvistlovens § 8 tredje ledd. Bestemmelsen lyder:

”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.”

Det følger av forarbeidene at formålet med en slik regel er å sikre en gjensidig forpliktende regulering i den mellomperiode som oppstår når forhandlinger om ny tariffavtale pågår.⁸⁰ Hensynet til de involverte tariffpartenes forutberegnelighet gjør at det i en slik fase er nødvendig å ha vilkår som regulerer betingelsene for det arbeid som utføres. I så måte er det

⁷⁷ Aagaard 2014 s. 87.

⁷⁸ Stein Evju innførte begrepet i norsk juridisk teori i TfR 1984 s. 254-292. Regelen følger i dag av arbeidstvistloven § 8 tredje ledd.

⁷⁹ En kunne også tenke seg etterfølgende virkning i form av prolongasjonsregelen i arbeidstvistloven § 5 tredje ledd. Arbeidsdepartementet har imidlertid lagt til grunn at slik prolongasjon ikke kommer til anvendelse etter § 16-2 annet ledd, jf. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 34.

⁸⁰ Prop.134 L (2010-2011) pkt. 9.1.

praktisk å la de lønns- og arbeidsvilkår som gjaldt ved arbeidstvistsens utbrudd fortsette å gjelde i arbeidsforholdet.⁸¹

Det første som skal vurderes i det følgende om direktivet hjemler en ettervirkningsregel ved virksomhetsoverdragelse. Dernest vil det tas stilling til hvordan direktivforståelsen påvirker tolkningen av vilkåret ”utløper” i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum. Svaret på dette spørsmålet vil kunne ha direkte betydning for hvor lenge ny arbeidsgiver reelt sett plikter å opprettholde arbeidstakernes tariffavtalte rettigheter.

4.2.3 Direktiv 2001/23 – adgang til ettervirkningsregler?

Ordlyden i artikkel 3 nr. 3 er taus om tariffavtalens ettervirkning. Hverken fortalen eller direktivforslagene gir uttrykk for at bestemmelsen kan suppleres med nasjonale ettervirkningsregler.

Arbeidstakerne har i utgangspunktet krav på å opprettholde de samme tariffavtalte rettigheter etter overdragelsen som de hadde før overdragelsen. Dermed tilsier heller ikke formålsbetraktninger at arbeidstakerne har krav på et bedre vern av tariffavtalte rettigheter som følge av en ettervirkningsregel. Videre plikter medlemsstatene å opprettholde tariffavtalte vilkår i minimum ett år i de tilfeller tariffavtalen ikke er utløpt eller det inngås en ny, jf. artikkel 3 nr. 3 annet ledd. Hensynet til direktivets oppbygning og system tilsier således at EU-lovgiver uttømmende har angitt tidsperioden ny arbeidsgiver plikter å opprettholde tariffavtalte vilkår.

Isolert betraktet trekker direktivet så langt i retning av at det ikke kan innfortolkes en regel om at tariffavtalte vilkår skal opprettholdes lenger enn artikkel 3 nr. 3 gir eksplisitt anvisning på.

Problemstillingen knyttet til tariffavtalens ettervirkning har imidlertid vært behandlet både av EU- og EFTA-domstolen. Begge domstoler har lagt til grunn at nasjonale ettervirkningsregler *kan* få betydning ved virksomhetsoverdragelse. Avgjørelsene vil bli behandlet i det følgende.

⁸¹ Fougner mfl. 2004 s. 241.

4.2.4 EU-domstolen: nasjonale ettervirkningsregler i tråd med balansetesten

I saken *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁸² var tilfellet at overdragerens tariffavtale var sagt opp til utløp før overdragelsestidspunktet. Tariffavtalen gjaldt likevel på overdragelsestidspunktet med hjemmel i en nasjonal ettervirkningsregel. Spørsmålet for EU-domstolen var dermed om de overførte arbeidstakeres tariffavtalte vilkår gjaldt videre i kraft av den østeriske ettervirkningsregelen og om dette var i tråd med direktivets artikkel 3 nr. 3.

EU-domstolen la innledningsvis til grunn at tariffavtalte vilkår ikke falt utenfor anvendelsesområdet til artikkel 3 nr. 3 kun på det grunnlag at de gjaldt videre i kraft av den nasjonale ettervirkningsregelen.⁸³ EU-domstolen uttalte at en slik tolkning var i samsvar med direktivets formål om en "fair balance" mellom erververens og arbeidstakernes interesser.⁸⁴

Som vi skal se i fremstillingens punkt 5 er denne balansetesten både omstridt og aktuell. Generaladvokaten anførte i sin innstilling at den østeriske ettervirkningsregelen nettopp bidro til å sikre en slik balanserende funksjon. Grunnlag for dette ble ansett å være at formålet med den østeriske ettervirkningsregelen var å sikre forutberegnelighet – et status quo – for å hindre et rettslig tomrom etter utløpet av en tariffavtale.⁸⁵ EU-domstolen var enig i Generaladvokatens betraktninger. Ettervirkningsregelen hadde begrenset varighet og hindret dermed ikke erververen i å gjøre tilpasninger til fordel for sin fremtidige drift etter overdragelsen.⁸⁶ Som vi også skal se i punkt 5, vil adgangen for erverver til å foreta slike *tilpasninger* være et tilbakevendende vurderingskriterium fra EU-domstolen.

EU-domstolens uttalelser i *Österreichischer Gewerkschaftsbund* kan dermed tas til inntekt for at direktivets artikkel 3 nr. 3 tillater en nasjonal ettervirkningsregel. Dette gjelder med den begrensning at det ikke inngås ny tariffavtale eller ny individuell arbeidsavtale med de berørte arbeidstakerne.⁸⁷ Sentralt for EU-domstolens konklusjon synes å være at det var tale om rettigheter arbeidstakerne hadde før overdragelsen fant sted. Arbeidstakerne hadde dermed en

⁸² Sak C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

⁸³ Sak C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* avsnitt 26.

⁸⁴ Sak C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* avsnitt 29.

⁸⁵ Generaladvokat Cruz Villalóns innstilling i Sak C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* avsnitt 49 og 53.

⁸⁶ Sak C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* avsnitt 30.

⁸⁷ Sak C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund* avsnitt 31.

viss forventning om at rettighetene ville opprettholdes med hjemmel i den nasjonale ettervirkningsregelen. I tillegg virker det å ha vært av betydning for EU-domstolen at ettervirkningsregelen hadde begrenset varighet.

4.2.5 EFTA-domstolen: betinget tillatelse av nasjonale ettervirkningsregler

EFTA-domstolen behandlet tilsvarende problemstilling i *Deveci*.⁸⁸ Saken gjaldt en virksomhetsoverdragelse innad i SAS-konsernet. Spørsmålet var blant annet hvilken betydning den norske ettervirkningsregelen hadde etter overdragelsen. Saken skilte seg imidlertid fra *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ettersom overdragerens tariffavtale i *Deveci* ikke var utløpt på overdragelsestidspunktet. Tariffavtalens ettervirkning hadde dermed ikke inntrådt før overdragelsen slik tilfellet var i *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

EFTA-domstolen la i likhet med EU-domstolen til grunn at artikkel 3 nr. 3 måtte tolkes slik at vilkår som får slike ettervirkninger utgjør tariffavtalte "*terms and conditions*" inntil ny tariffavtale eller nye individuelle avtaler inngås med de ansatte.⁸⁹ EFTA-domstolen uttalte videre:

*"For å ivareta de ansattes interesser kan en nasjonal regel gi en tariffavtale forlenget virkning for å opprettholde rammeverket som regulerer ansettelsesforholdet".*⁹⁰

Den konkrete vurderingen av om ettervirkningsregelen kom til anvendelse måtte imidlertid vurderes i henhold til nasjonal rett.⁹¹ I tråd med EU-domstolens tolkning uttalte EFTA-domstolen videre at ettervirkningsregelen måtte ha begrenset varighet. Konsekvensen av en ubegrenset ettervirkning ville innskrenke erververens handlefrihet, og slik sett være i strid med formålet om en rimelig balanse mellom de ansattes og erververens interesser.⁹²

Etter den foreliggende rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen vil nasjonale ettervirkningsregler ha betydning ved virksomhetsoverdragelser. Betingelsen synes å være todelt. For det første må ettervirkningen være av begrenset varighet. For det andre må

⁸⁸ Sak E-10/14 *Deveci*.

⁸⁹ Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 66.

⁹⁰ Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 63.

⁹¹ Endelig dom skulle vært avsagt av Eidsivating lagmannsrett i desember 2015, men ble forlikt, se Mulder 2015 s. 2.

⁹² Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 63.

erhververen kunne foreta de endringer og tilpasninger som er nødvendige for å drive virksomheten videre. Begge domstolene understreker følgelig direktivets formål om en ”*fair balance*” mellom arbeidstakernes og ny arbeidsgivers interesser.

Avgjørelsene antyder videre at ettervirkningsregler kan komme til anvendelse uavhengig av om overdragerens tariffavtale har utløpt før eller etter overdragelsestidspunktet.⁹³ Det kan diskuteres om dette er en heldig løsning. Som vi så i *Österreichischer Gewerkschaftsbund* hadde arbeidstakerne i den saken forventinger om at rettighetene ville opprettholdes etter overdragelsen, i tråd med den nasjonale ettervirkningsregelen. I *Deveci* hadde ikke arbeidstakerne tilsvarende forventning. Det kan dermed virke som om EFTA-domstolen gikk lenger enn EU-domstolen i å verne arbeidstakerne, og at dette bidrar til å svekke den praktiske virkning av vilkåret om tariffavtalens utløpstidspunkt.⁹⁴ Det gjenstår å se om EU og EFTA-domstolen vil være seg bevisst dette skjæringspunktet ved en eventuell ny behandling av ettervirkningsspørsmålet i relasjon til direktivets artikkel 3 nr. 3.

Den konkrete vurderingen av ettervirkningsregler ved virksomhetsoverdragelse beror etter EU- og EFTA-domstolens uttalelser på nasjonal rett. Det neste spørsmålet blir dermed om ettervirkningsregelen i arbeidstvistloven § 8 tredje ledd supplerer vilkåret ”*utløper*” i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum. Rettsvirkningen vil i så fall være at tariffavtalte vilkår skal opprettholdes lenger enn det som følger av en isolert forståelse av vilkåret.

4.2.6 Norsk rett

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum tilsier at ny arbeidsgiver kun plikter å opprettholde tariffavtalte vilkår frem til avtalen utløper. Ordlyden gir ingen holdepunkter for at vilkårene skal gjelde etter avtalens utløpstidspunkt.

Presumsjons- og homogenitetsbetraktninger tilsier at uttalelsene i *Österreichischer Gewerkschaftsbund* og *Deveci* må tas til inntekt for at nasjonale ettervirkningsregler i utgangspunktet er i tråd med direktivets formål. Dette trekker dermed i retning av at den norske ettervirkningsregel bør komme til anvendelse ved virksomhetsoverdragelse i norsk

⁹³ Fougner mfl. 2016 s. 177.

⁹⁴ Lorentzen 2016 s. 169.

rett. I forarbeidene til arbeidsmiljølovens tilsvarende bestemmelse i 1977-loven⁹⁵ fremgår imidlertid følgende:

*[...] ”For det første blir ny innehaver ikke lenger forpliktet etter tariffavtalen når den løper ut. I et slikt tilfelle vil ikke arbeidstvistlovens § 6 nr. 3⁹⁶ om tariffavtalers ”ettervirkninger” få anvendelse. Det vil således være det utløpstidspunkt som følger av tariffavtalen som legges til grunn [...]”.*⁹⁷

Forarbeidenes uttalelser tilsier at den norske ettervirkningsregelen likevel ikke kommer til anvendelse ved virksomhetsoverdragelse. Lovgivers standpunkt kan synes å ha gode grunner for seg. Formålet bak ettervirkningsregelen i arbeidstvistlovens § 8 tredje ledd er å sikre at det etter utløpet av tariffperioden er rom for forhandlinger innenfor den tidligere tariffavtalens rammer.⁹⁸ I praksis er det ofte slik at tarifforhandlingene trekker ut i tid, slik at en ny tariffavtale ikke er klar på tidspunktet for den eldre avtalens opphør. Uten en lovfestet ettervirkningsregel ville det i slike tilfeller oppstå en tariffløs periode. En slik situasjon vil ikke gi den nødvendige forutberegnelighet som tariffavtaleinstituttet er tuftet på.⁹⁹

I tillegg har lovgiver inntatt et uttrykkelig standpunkt om at tariffavtalte vilkår ikke skal fortsette å gjelde lenger enn det som følger av dagens § 16-2 annet ledd fjerde punktum. En løsning i motsatt retning ville dermed ført til en utvidende tolkning av arbeidstvistlovens § 8 tredje ledd kun i overdragelsestilfellene.

Endelig kan det pekes på at arbeidstvistlovens ettervirkningsregel gjelder opprettholdelse av *både* normative og obligatoriske vilkår etter tariffavtalens utløp. Som vi så i punkt 2.2 vil imidlertid kun tariffavtalens normative vilkår opprettholdes videre der ny arbeidsgiver har erklært seg ubundet av overdragerens tariffavtale. Dette tilsier at en anvendelse av arbeidstvistlovens ettervirkningsregel i overdragelsestilfellene vil være retts teknisk uheldig.¹⁰⁰ I tillegg vil en slik regel kunne skape en lite forutsigbar rettsstilstand for ny arbeidsgiver.

⁹⁵ Arbeidsmiljøloven av 1977 § 73 B nr. 2.

⁹⁶ Bestemmelsen tilsvarende dagens bestemmelse i arbeidstvistloven § 8 tredje ledd.

⁹⁷ Ot.prp. nr.71 (1991-1992) s. 34.

⁹⁸ ARD-2017-12 avsnitt 52.

⁹⁹ Aagaard 2014 s. 89-90.

¹⁰⁰ Lorentzen 2016 s. 170.

En mulig innvending til de argumenter som er anført over er forarbeidenes alder og utviklingen i EU/EØS-retten i synet på ettervirkning. Særlig EU- og EFTA-domstolens brede aksept av ettervirkningsregler bør tillegges vekt. Som vi så i punkt 4.2.4 var Generaladvokatens argumentasjon i *Österreichischer Gewerkschaftsbund* nettopp tuftet på at ettervirkningsregelen bidro til å sikre stabilitet i arbeidstakernes tariffvilkår i en overgangsfase. En slik betraktning kan synes å ha overføringsverdi til tolkningen av den norske ettervirkningsregelen ved virksomhetsoverdragelse.

4.2.7 Sammenfatning

Konklusjonen er at ettervirkningsregelen i arbeidstvistloven § 8 tredje ledd – etter gjeldende rett – ikke supplerer vilkåret ”*utløper*” i arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum. En slik tolkning er i tråd med lovgiverviljen, partenes forutberegnelighet, samt hensynet til klare og praktiserbare regler slik regelverket praktiseres i dag. Det er følgelig opp til lovgiver og domstolene å innføre en løsning der den norske ettervirkningsregelen gis en videre anvendelse i virksomhetsoverdragelsestilfellene. Ved en slik vurdering vil det være relevant å se hen til EU- og EFTA-domstolens uttalelser om ny arbeidsgivers adgang til å tilpasse seg ettervirkningen i etterkant av overdragelsen.

Neste hovedpunkt i fremstillingen vil ta for seg den praktiske situasjon at det er inntatt en henvisning til tariffavtalte arbeidsvilkår i arbeidstakerens individuelle arbeidsavtale.

5 Henvisninger til tariffavtalte vilkår i arbeidstakerens individuelle arbeidsavtale

5.1 Problemstillingen

Det er vanlig at et individuelt avtalevilkår i arbeidsavtalen uttrykker at arbeidstakeren er ansatt på de betingelser som følger av tariffavtalen hos virksomheten.¹⁰¹ I et slikt tilfelle anses tariffavtalens regulering å være inkorporert i det individuelle arbeidsforholdet med grunnlag i en henvisningsklausul.¹⁰² Spørsmålet som reiser seg ved virksomhetsoverdragelse er i hvilken utstrekning ny arbeidsgiver plikter å opprettholde tariffavtalte vilkår som følge av en slik henvisningsklausul.

Særlig tolkningstvil kan oppstå dersom den tariffavtalen tidligere arbeidsgiver var bundet av endres etter overdragelsestidspunktet. Spørsmålet blir da om ny arbeidsgiver kan anses forpliktet til å forholde seg til tariffavtalen på overdragelsestidspunktet eller om han må forholde seg til senere endringer av tariffavtalen. Med andre ord er problemstillingen om henvisningsklausulen skal gis *statisk* eller *dynamisk* virkning. Vi vil se at svaret på dette spørsmålet vil kunne ha betydning for hvor lenge ny arbeidsgiver plikter å opprettholde de tariffavtalte vilkårene som følger av henvisningsklausulen.

5.2. Dynamiske og statiske henvisningsklausuler

Tariffavtalen er etter sin art en dynamisk avtale. Eksempelvis er det vanlig at lønn justeres utover i tariffperioden. En henvisning om at arbeidstaker ansettes i henhold til vilkårene i den til ”*enhver tid*” gjeldende tariffavtale gir uttrykk for en slik dynamikk. Grunnen til dette er at den overførte arbeidstakerens lønns- og arbeidsvilkår vil endres automatisk i takt med de endringer som gjøres i tariffavtalen.¹⁰³ En distinksjon er her på sin plass; dynamiske henvisningsklausuler er ikke et spørsmål om tariffavtalens ettervirkning, men et spørsmål om

¹⁰¹ Det skal gis opplysning om slike henvisninger til tariffavtaler i den individuelle arbeidsavtalen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 bokstav m.

¹⁰² Hognestad/Skjønberg 2017 s. 394.

¹⁰³ Evju 2017 s. 7. Evju viser til tysk rett der det er etablert at dynamiske ”*Verweisungsklausulen*” har en slik virkning. <https://min.rettsdata.no/#/Dokument/gNIP2017z2D2z5FARBEIDSRETTz5FE> (sist besøkt 4.10.2017).

tariffavtalte vilkår skal gis en videre virkning i kraft av en klausul inntatt en individuell arbeidsavtale.¹⁰⁴

Et eksempel på en dynamisk henvisningsklausul utenfor virksomhetsoverdragelsestilfellet er Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1985 s. 78 (Arkitekt). Spørsmålet i saken var om en rekke utenforstående arkitekter var forpliktet til å etterleve en forlengelse av arbeidstiden. I arbeidsavtalen var det inntatt en generell henvisning som lød:

”Ansettelse skjer på grunnlag av de vanlige vilkår for vårt personale.” Høyesterett la til grunn at denne henvisningen måtte tolkes dynamisk:

*”Når det i ansettelsesbrevet er vist til ”de vanlige vilkår”, må dette etter min oppfatning naturlig forstås slik at det refererer seg til de arbeidsvilkår som til enhver tid gjelder for kategorier av ansatte som det er rimelig å sammenligne seg med”.*¹⁰⁵

Høyesteretts uttalelser trekker i retning av at det gjelder en presumsjon for at henvisningsklausuler har dynamisk virkning utenfor virksomhetsoverdragelsestilfellene. En slik presumsjon er blant annet lagt til grunn av Jakhelln/Aune:

*”Henvisningen vil ikke innebære at vedkommende bestemmelser fastfrysas som avtalebestemmelser, men må leses som en henvisning til de til enhver gjeldende bestemmelser, med mindre noe annet måtte fremgå og dessuten være lovlig avvik”.*¹⁰⁶

En henvisningsklausul vil på den annen side være statisk der arbeidsavtalen henviser til en eller flere bestemte tariffavtaler.¹⁰⁷ Et praktisk eksempel er lønnsbetingelser. Ved en statisk klausul vil ikke arbeidstakeren kunne påberope seg en potensiell lønnsøkning etter en tariffrevisjon i overdragerens tariffavtale. Dette som følge av at det er lønnssetningen i den bestemte tariffavtalen som skal gjelde ved overdragelsen.

¹⁰⁴ Slik Evju omtaler begrepet i sin disposisjon til KongsbergKollokviet 16. juni 2017, se <http://www.jus.uio.no/forskning/omrader/arbeidsrett/arrangementer/seminarer/vedlegg/evju.pdf> (sist besøkt 20.10.2017).

¹⁰⁵ Rt. 1985 s. 78 på s. 82.

¹⁰⁶ Jakhelln/Aune 2006 s. 692.

¹⁰⁷ Skjønberg 2011 s. 34.

5.3 Situasjonen ved virksomhetsoverdragelse

Ved virksomhetsoverdragelse vil betydningen av om henvisningsklausulen gis statisk eller dynamisk virkning være av særlig praktisk betydning.

I juridisk teori er det hevdet at dersom tariffavtalens vilkår er gjort til en del av den individuelle arbeidsavtalen i form av en dynamisk klausul, vil trolig vilkårene videreføres til ny arbeidsgiver uten tidsbegrensning. Synspunktet bygger på at det i slike tilfeller er § 16-2 første ledd, og ikke § 16-2 annet ledd, som hjemler videreføringen.¹⁰⁸ Dersom det er inntatt en statisk henvisning til tariffavtalen hos overdrageren vil imidlertid trolig den tidsbegrensning som følger av denne tariffavtalen gjøres gjeldende. Det er i så måte naturlig at de begrensninger i opprettholdelsen som følger av arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum kommer til anvendelse på en statisk klausul.¹⁰⁹

I de tilfeller det er tale om en dynamisk klausul vil dermed begrensningene i opprettholdelsen følge av arbeidsavtalen. Som vi så i punkt 2 begrenses vilkår i arbeidsavtalen av andre rettslige grunnlag enn vilkår inntatt i tariffavtalen. Det blir derfor et sentralt spørsmål om, og i hvilken utstrekning, virksomhetsoverdragelsesdirektivet er til hinder for en slik dynamisk rettsvirkning.

Problemstillingen i det følgende er hvordan direktivet stiller seg til dynamiske henvisningsklausuler inntatt i den overførte arbeidstakerens arbeidsavtale. Dernest vil det i punkt 5.6 undersøkes hvordan direktivforståelsen påvirker forståelsen av arbeidsmiljøloven § 16-2 på dette punkt.

Direktiv 2001/23 artikkel 3 nr. 3 lyder:

“[...] Following the transfer, the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement [...]”

En naturlig forståelse av ordlyden gir ingen umiddelbare holdepunkter for at dynamiske henvisningsklausuler skal overføres til det nye arbeidsforholdet. Bestemmelsen gir anvisning

¹⁰⁸ Evenrud og Frogner i den nettbaserte kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven, se <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/18/3/> (sist besøkt 15.9.2017).

¹⁰⁹ Se i denne retning Klingsten 2016 s. 331.

på at erververen skal opprettholde tariffavtalte arbeidsvilkår tilsvarende de som gjaldt hos overdrageren. Lest isolert, kan ordlyden derfor trekke i retning av at ny arbeidsgiver er forpliktet på de vilkår som følger av tariffavtalen slik den gjelder på overdragelsestidspunktet.

Formålet med direktivet er å gi de overførte arbeidstakerne et like sterkt vern etter overdragelsen som de hadde før overdragelsen. Arbeidstakerne har imidlertid ikke krav på et sterkere vern som følge av at de blir overdratt. De kan altså ikke ha en berettiget forventning om bedre beskyttelse mot endringer av arbeidsavtalen hos erververen enn de hadde hos overdrageren.¹¹⁰ Et slikt standpunkt synes å ha støtte i EU-Kommisjonens tilstandsrapport om virksomhetsoverdragelsesdirektivet fra 2007:

*“The transferee is bound only by the collective agreement in force on the date of the transfer; the Directive does not safeguard benefits which might arise from future developments in collective agreements”.*¹¹¹ (mine understrekninger)

Kommisjonens uttalelse kan tale for at overføring av en dynamisk henvisningsklausul er utelukket. EU-domstolen har imidlertid presisert hvordan direktivet skal tolkes i relasjon til dynamiske henvisningsklausuler i sin rettspraksis. Avgjørelsene vil være gjenstand for analyse i det følgende.

5.4 EU-domstolens praksis om dynamiske henvisningsklausuler

5.4.1 Werhof – presumsjon for statisk virkning?

EU-domstolen har tatt stilling til spørsmålet om dynamiske henvisningsklausuler ved virksomhetsoverdragelse ved tre anledninger.¹¹²

I *Werhof* ble det etter overdragelsen innført lønnsøkning i den tariffavtale overdrageren var bundet av. Erververen var i saken ikke medlem av noen fagforening og dermed heller ikke bundet av tariffavtale. Den overførte arbeidstakeren anførte at en henvisning i arbeidsavtalen til overdragerens tariffavtale måtte få dynamisk virkning, slik at lønnsøkningen kom ham til

¹¹⁰ Sak C-499/04 *Werhof* avsnitt 29.

¹¹¹ COM (2007) 334 final s. 6.

¹¹² Sak C-499/04 *Werhof*, Sak C-426/11 *Alemo-Herron* og forente saker C-880/15 og C-881/15 *Asklepios Kliniken*.

gode. Arbeidstakeren fikk ikke medhold. EU-domstolen tok utgangspunkt i direktivets artikkel 3 nr.1 og uttalte:

*“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”.*¹¹³

EU-domstolen la etter dette til grunn at direktivets ordlyd og formål ikke kunne tolkes slik at EU-lovgiver mente å utvide erververens tariffrettslige bundethet til rettigheter utover det som følger av direktivets artikkel 3 nr. 3.¹¹⁴ Direktivet var ikke ment å verne om rene forventninger til rettigheter og hypotetiske fordeler knyttet til fremtidige endringer av en tariffavtale. EU-domstolen underbygget dette resonnementet ved å vise til den balansetest som skal vektlegges i slike tilfeller:

*“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 the adjustments and changes necessary to carry on his operations, cannot be disregarded”.*¹¹⁵

Med grunnlag i denne interesseavveiningen la EU-domstolen vekt på retten til organisasjonsfrihet i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 11. EMK artikkel 11 ble tolket slik at en dynamisk virkning av henvisningsklausulen ville medføre et inngrep i erververens rett til ikke å slutte seg til en organisasjon. Synspunktet bygger på at en tillatelse av en dynamisk klausul ville ført til at erververen ble bundet av fremtidige endringer i en tariffavtale den ikke var part i.¹¹⁶ Et slikt syn på erververens rett til negativ organisasjonsfrihet var i tråd med Generaladvokatens innstilling.¹¹⁷

¹¹³ Sak C-499/04 *Werhof* avsnitt 28.

¹¹⁴ I Sak C-499/04 *Werhof* bygget på EU-domstolen på artikkel 3 nr. 2 Direktiv 77/187/EF. I Direktiv 2001/23/EF tilsvarer dette 3 nr. 3.

¹¹⁵ Sak C-499/04 *Werhof* avsnitt 31.

¹¹⁶ Sak C-499/04 *Werhof* avsnitt 34-35.

¹¹⁷ Generaladvokat Colomers uttalelse i sak C-499/04 *Werhof* avsnitt 51.

Werhof kan etter dette tas til inntekt for at direktivet ikke krever at en statisk henvisningsklausul skal tolkes dynamisk ved virksomhetsoverdragelser. EU-domstolen understreker at det er arbeidstakernes tariffavtalte rettigheter på overdragelsestidspunktet som vernes av direktivet. Arbeidstakerens krav gikk følgelig lenger enn direktivets formål gir uttrykk for. EU-domstolen la imidlertid ikke til grunn en generell rettssetning om at direktivet stenger for dynamiske henvisningsklausuler ved virksomhetsoverdragelser.¹¹⁸ Som vi skal se nedenfor i 5.4.2, har EU-domstolen senere gått inn for en tolkning av direktivet som i større grad stenger for dynamisk virkning av henvisningsklausuler.

5.4.2 Alemo-Herron: dynamiske henvisningsklausuler utelukkes

Alemo-Herron gjaldt en overdragelse av SFO-tjenester fra statlig til privat sektor i Storbritannia. Arbeidstakerne krevde lønnsforhøyelse hos sin nye arbeidsgiver som følge av at tariffavtalen hos overdrageren ble endret. Med andre ord anførte arbeidstakerne at henvisningsklausulen måtte gis dynamisk virkning. EU-domstolen la til grunn at en slik virkning ville være direkte i strid med direktivet.

EU-domstolen uttalte at artikkel 8 i utgangspunktet gir medlemsstatene frihet til å etablere sterkere vern for arbeidstakerne enn det direktivet gir anvisning på.¹¹⁹ EU-domstolen viste imidlertid deretter, slik som i *Werhof*, til at direktivets formål er å sikre en "fair balance" mellom arbeidstakernes og erververens interesser.¹²⁰ Det ble særlig vektlagt at overdragelse fra statlig til privat sektor medførte et betydelig behov for erververen i å gjøre tilpasninger til fordel for sin fremtidige drift. En dynamisk virkning av henvisningsklausulen ville i et slikt tilfelle hindre ny arbeidsgivers muligheter til å foreta slike tilpasninger. EU-domstolen uttalte at en dynamisk henvisningsklausul i et slikt tilfelle ville være:

*"[...]liable to undermine the fair balance between the interests of the transferee in its capacity as employer, on the one hand, and those of the employees, on the other[...]"*¹²¹

¹¹⁸ Slik Generaladvokat Cruz Villalón uttrykker i innstilling til sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 31.

¹¹⁹ Sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 23.

¹²⁰ Sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 25.

¹²¹ Sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 28.

Videre la EU-domstolen vekt på at bestemmelsene i direktivets artikkel 3 måtte tolkes i samsvar med EUs pakt om grunnleggende rettigheter.¹²² Charterets artikkel 16 anerkjenner retten til næringsfrihet som en slik grunnleggende rettighet. EU-domstolen la til grunn at denne bestemmelsen måtte anses å hindre overgangen av dynamiske henvisningsklausuler, på den bakgrunn at erververen:

*“[...]must be able to assert its interests effectively in a contractual process to which it is party and to negotiate the aspects determining changes in the working conditions of its employees with a view to its future economic activity[...]”.*¹²³

Erververen ble ansett for ikke å ha mulighet til å delta i etterfølgende forhandlinger når det gjaldt endringer i tariffavtalen. Retten til næringsfrihet etter Charterets artikkel 16 var følgelig ansett å være redusert. En overgang av den dynamiske henvisningsklausulen var derfor utelukket.

Det er av interesse at EU-domstolen konkluderte annerledes en Generaladvokaten i saken.

Sistnevnte tok til orde for overføring av den dynamiske henvisningsklausulen.¹²⁴

Generaladvokaten fremholdt at saken skilte seg fra *Werhof*. For det første ble det påpekt at Storbritannia, i motsetning til Tyskland, ikke har valgt å begrense opprettholdelsen av tariffavtalte rettigheter til ett år, jf. artikkel 3 nr. 3 annet ledd. Videre ble det vektlagt at adgangen til dynamiske klausuler måtte ses i lys av tariffavtaleinstituttets fleksible karakter i Storbritannia.¹²⁵

Generaladvokaten får frem en interessant betraktning. Til forskjell fra andre lands rettssystemer er tariffavtaler i Storbritannia ikke lovbaserte, men avtalebaserte. Den avtalebaserte forankringen gir partene stor handlefrihet, selv om de er enige om å være bundet av fremtidige avtaler. Ved en slik konstruksjon er det ikke noe som hindrer partene i å avtale en dynamisk henvisningsklausul, såfremt partene har adgang til å reforhandle innholdet av slike etter overdragelsen. Generaladvokaten mente dette måtte få betydning for en større grad

¹²² Charter of fundamental rights of the European Union (2000/C 364/01), heretter Charteret.

¹²³ Sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 33.

¹²⁴ Generaladvokat Cruz Villalóns innstilling i sak C-426/11 *Alemo-Herron*.

¹²⁵ Generaladvokat Cruz Villalóns innstilling i sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 36-39.

av aksept for dynamiske henvisningsklausuler i saken.¹²⁶ EU-domstolen valgte imidlertid ikke å følge Generaladvokatens synspunkt.

5.4.3 Analyse og kritikk

Alemo-Herron har vært gjenstand for kritikk i juridisk teori.¹²⁷ *Bartl og Leone* har uttrykt at EU-domstolen – ved å legge avgjørende vekt på hensynet til næringsfrihet – vred fokuset over på erververen snarere enn arbeidstakerne. Resonnementet er at EU-domstolen foretok en urettmessig innskrenkning av medlemsstatens rett i å gi arbeidstakerne et sterkere vern etter artikkel 8 til fordel for retten til næringsfrihet.¹²⁸

Lignende synspunkter er lagt til grunn av *Weatherill*¹²⁹. Han er skeptisk til at EU-domstolen brøt med en langvarig tradisjon i EU-arbeidsretten om å beskytte arbeidstakerne ved virksomhetsoverdragelse. Det hevdes videre at EU-domstolens vidtgående syn på Charterets artikkel 16 ikke kan begrunnes i Charterets bestemmelser.¹³⁰ Argumentasjonen synes å ha støtte i Charterets artikkel 51 første ledd, der det fremgår:

“The provisions of this Charter are addressed to the institutions and bodies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union Law [...]”.

Bestemmelsen tilsier at Charteret utelukkende kommer inn som begrensende tolkningsfaktor ved *implementering* av EU-retten. Det kan virke som at EU-domstolen ikke tok i betraktning den eksakte rekkevidden av Charterets anvendelsesområde i tilstrekkelig grad.¹³¹ Dette synes å være fordi EU-domstolen ikke tok i bruk de vanlige EU-rettslige vurderingskriteriene som skal anvendes i de tilfeller Charteret er i konflikt med en direktivbestemmelse. I henhold til Charterets artikkel 52 første ledd må en begrensning av Charteret følge av *lov*, *forfølge et legitimt formål* og være *forholdsmessig*. EU-domstolen tok ikke stilling til disse

¹²⁶ Generaladvokat Cruz Villalóns innstilling i sak C-426/11 *Alemo-Herron* avsnitt 34-39.

¹²⁷ Slik kritikk er reist hos blant annet Prassl 2013 s. 434-446, *Bartl/Leone* 1/2015, *Weatherill* 2014 s. 167-182 og Prassl 2016 s. 544-553.

¹²⁸ *Bartl/Leone* 2015 s. 4.

¹²⁹ *Weatherill* 2014 s. 167-192.

¹³⁰ *Johansen/Stueland* 2015 s. 1018.

¹³¹ Se *Bartl/Leone* 2015 s. 8 som mener dette er dypt problematisk.

vurderingskriteriene ved spørsmålet om den dynamiske henvisningsklausulen innskrenket Charterets artikkel 16.¹³²

Etter min oppfatning kunne en mulig argumentasjonslinje vært at EU-domstolen vurderte proporsjonaliteten av den dynamiske klausulen opp mot erververens mulighet til å foreta endringer i de ansattes arbeidsavtaler etter overdragelsen. Et slikt vurderingstema ville etter mitt syn tilfredsstilt EU-domstolens balansetest og samtidig gitt en grundigere vurdering av innholdet i denne testen.

Samlet sett var rettstilstanden etter *Alemo-Herron* at medlemsstatene i utgangspunktet ikke er forhindret fra å tillate dynamiske henvisningsklausuler i arbeidsavtaler. Dette er i samsvar med direktivets artikkel 8 om at medlemsstatene står fritt til å etablere regler som gir et sterkere vern for arbeidstakerne. EU-domstolen anså det imidlertid som en begrensning av erververens rett til næringsfrihet etter Charteret når erververen ikke har mulighet til å delta i forhandlinger av nye tariffavtaler etter overdragelsestidspunktet. EU-domstolen foretok følgelig en innskrenkende tolkning av direktivets artikkel 8 med det formål å oppnå et resultat til fordel for arbeidsgivere med store tilpasningsvansker.

5.4.4 Er Charterets artikkel 16 også en del av EØS-retten?

I *Deveci*-saken anførte SAS at selv om Charteret ikke er direkte innarbeidet i EØS-avtalen var den relevant for tolkningen av direktivets artikkel 3. Den norske stat hevdet på den annen side at Charteret ikke uten videre kunne likestilles med andre grunnleggende rettigheter som er felles for EØS-statene.¹³³ EFTA-domstolen gikk imidlertid ikke nærmere inn på spørsmålet om anvendelsen av Charteret, og uttalte:

*”EØS-avtalen har knyttet EØS/EFTA-statenes markeder til det felles marked i Den europeiske union. Aktørene i et marked er blant annet foretak. Friheten til å opprette og drive egen virksomhet står derfor i kjernen av EØS-avtalen, og må anerkjennes i samsvar med EØS-retten og nasjonal rett og praksis”.*¹³⁴

¹³² En slik fremgangsmåte ble fulgt i Sak C-283/11 *Sky Österreich*.

¹³³ Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 44 og 52.

¹³⁴ Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 64.

EFTA-domstolens uttalelse kan tas til inntekt for at domstolen strekker seg langt i å oppnå homogenitet mellom EU- og EØS-retten når det gjelder bruken av Charteret.¹³⁵ Etter *Deveci* må det, i tråd med homogenitets- og presumsjonsbetraktninger, legges til grunn at Charterets artikkel 16 er en integrert del av EØS-retten. Følgelig bør EU-domstolens vektlegging av Charteret anses overførbart til tolkningen av arbeidsmiljøloven § 16-2. Det gjenstår å se hvordan norske domstoler vil ta stilling til en anførsel om bruk av Charteret ved tolkningen av arbeidsmiljøloven § 16-2. Etter mitt syn bør homogenitets- og presumsjonsbetraktninger anvendes i retning av en løsning som er i tråd med EFTA-domstolens uttalelse, slik at retten til næringsfrihet anses som en del av EØS-retten. Norske domstoler vil imidlertid ha en selvstendig plikt til å undersøke om det finnes motstridende argumenter i de norske rettskildene og sakens faktum.

5.5 Asklepios Kliniken – en betinget åpning for dynamiske henvisningsklausuler?

5.5.1 Introduksjon

Temaet dynamiske henvisningsklausuler ble senest behandlet av EU-domstolen i de forente saker *Asklepios Kliniken*.¹³⁶ Saken gjaldt tyske sykehusansatte som ble virksomhetsoverdratt til et annet privat selskap i sykehussektoren. Hverken overdrageren eller erververen var medlem av en fagforening eller underlagt tariffavtale.

Arbeidsavtalen mellom arbeidstakerne og overdrageren inneholdt en dynamisk henvisningsklausul. Klausulen fastslo at arbeidsforholdet skulle være underlagt et føderalt tariffavtalesystem i den tyske kommunesektoren og underlegges fremtidige endringer i denne tariffavtalen. Spørsmålet for EU-domstolen var om direktivets artikkel 3 nr. 1 – lest i lys av Charterets artikkel 16 – utelukket en dynamisk henvisningsklausul. EU-domstolen la til grunn at direktivet ikke var til hinder for en dynamisk virkning i denne sakens tilfelle.

EU-domstolen tok utgangspunkt i sine tidligere avgjørelser *Werhof* og *Alemo-Herron*. Det ble uttalt at formålet med direktivet var å verne om arbeidstakernes rettigheter og plikter på overdragelsestidspunktet. Videre gjentok EU-domstolen standpunktet i *Werhof* om at

¹³⁵ Fredriksen/Franklin 2015 s. 649. Forfatterne er kritiske til en slik domstolsbasert innfortolkning av Charterets bestemmelser og foreslår Charteret inkorporert i EØS-avtalen i sin helhet, se særlig s. 649-650.

¹³⁶ Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken*.

direktivet ikke var ment å beskytte rene forventninger og hypotetiske fordeler knyttet til fremtidige endringer i tariffavtaler.¹³⁷

Fra dette utgangspunktet fremholdt EU-domstolen at det ikke var noe i direktivets ordlyd som indikerte at EU-lovgiver hadde ment å gjøre unntak fra prinsippet om avtalefrihet mellom partene i arbeidsforholdet. Dette innebar at dersom det mellom overdrageren og arbeidstakeren avtales en dynamisk henvisningsklausul som er i kraft på overdragelsestidspunktet, vil denne overføres til ny arbeidsgiver.¹³⁸ Under henvisning til prinsippet om avtalefrihet understreket EU-domstolen at artikkel 3:

*“[...] does not aim solely to safeguard the interests of employees [...] but seeks to ensure a fair balance [...] More specifically, Article 3 of Directive 2001/23, read in the light of the freedom to conduct a business, requires that the transferee must be able to assert its interests effectively in a contractual process to which it is party and to negotiate the aspects determining changes in the working conditions of its employees with a view to its future economic activity [...]”.*¹³⁹

Uttalelsene viser at EU-domstolen igjen trekker inn betydningen av retten til næringsfrihet i den interesseavveining som skal foretas ved vurderingen av dynamiske henvisningsklausuler. Dynamiske henvisningsklausuler aksepteres i den grad nasjonal rett gir erververen endringsadgang etter overdragelsen. EU-domstolen uttalte videre;

*“In the present case, it is clear from the decision to refer [...] that the national legislation at issue in the main proceedings provides for the possibility, after the transfer, for the transferee to adjust the working conditions existing at the date of the transfer, either consensually or unilaterally”.*¹⁴⁰ (mine uthevnings)

Det refererte viser at EU-domstolen vektla erververens mulighet til å tilpasse arbeidsvilkårene ensidig (*unilaterally*) eller ved å inngå avtale (*consensually*) med arbeidstakerne. Selv om EU-domstolen ikke foretok en inngående drøftelse av det konkrete tilfellet, la den til grunn at

¹³⁷ Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 18.

¹³⁸ Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 21.

¹³⁹ Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 23.

¹⁴⁰ Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 24.

tysk lov tilsynelatende tilfredsstilte de krav som ble stilt til slik tilpasning.¹⁴¹ EU-domstolen gikk følgelig langt i å åpne for overføring av dynamiske henvisningsklausuler. Det bør likevel understrekes at EU-domstolen uttrykte seg nokså konkret.

5.5.2 Observasjoner

En umiddelbar observasjon etter *Asklepios* er at EU-domstolen foretok en mer tilbaketrukket tolkning av Charteret enn den gjorde i *Alemo-Herron*. EU-domstolen viste til at tysk lov i den konkrete saken tilfredsstilte *Alemo-Herrons* uttalelser om effektiv endringsadgang for ny arbeidsgiver og presiserte:

*“Given that that case-law takes into consideration Article 16 of the Charter, there is no longer any need to examine further the compatibility of the national legislation at issue in the main proceedings with that provision”.*¹⁴²

Uttalelsen viser at ettersom *Alemo-Herron* tok i betraktning Charterets artikkel 16 ved utpenslingen av kravet om tilpasningsadgang – og tysk lov oppfylte et slikt krav – var det ikke nødvendig å gå nærmere inn på om tysk lov var i samsvar med Charteret. For øvrig er det verdt å merke seg at EU-domstolen tok i betraktning erververens tilpasningsmuligheter. Som vi skal se nærmere i punkt 5.6.3 ivaretas slike tilpasninger i tysk rett gjennom et endringsavtaleinstitutt – såkalt ”Änderungskündigung”.

EU-domstolen tolket i saken artikkel 3 uten å gi eksplisitt uttrykk for om den bygget på artikkel 3 nr. 1 eller nr. 3. Som det fremgikk av punkt 5.3 har dette betydning for hvor lenge tariffavtalte rettigheter etter en henvisningsklausul vil kunne opprettholdes. Generaladvokaten bygget sin innstilling på begge disse to bestemmelsene. EU-domstolens valg har imidlertid en naturlig forklaring. En dynamisk henvisningsklausul har den individuelle arbeidsavtalen som referansepunkt. Klausulen kan ikke direkte utledes av den tariffavtale overdrageren er bundet av, og er derfor ikke tariffavtalebestemt. Det sentrale er at den henviser til tariffavtalte rettigheter. Det følger av dette at en slik klausul vil omfattes av direktivets artikkel 3 nr. 1 og ikke nr. 3.¹⁴³

¹⁴¹ Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 24-25.

¹⁴² Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 26.

¹⁴³ Evju 2017 s. 8.

Det er videre verdt å merke seg at EU-domstolen igjen trekker inn Charterets artikkel 16 som begrunnelse for et krav om "fair balance" mellom arbeidstakernes og erververens interesser. EU-domstolens nyere praksis anlegger følgelig et annet perspektiv på tolkningen av direktivet, enn det som historisk sett har vært tilfelle.¹⁴⁴ Denne markedsorienterte tolkningen har vært en utvikling i EU-arbeidsretten over tid.¹⁴⁵ Utviklingen har gitt seg utslag i den balansetest som for første gang kom til uttrykk i Generaladvokatens innstilling i *Delahaye*.¹⁴⁶ EU-domstolens siste avgjørelse om artikkel 3 antyder at en slik balansetest har festnet seg.¹⁴⁷ Det skal bli interessant å se om balansetesten vil anvendes og videreutvikles i EU-domstolens fremtidige avgjørelser.

Det reises imidlertid et nytt spørsmål i forlengelsen av *Asklepios*. I den eldre dommen *Danmols Inventar*¹⁴⁸ fastslo nemlig EU-domstolen at det ville være i strid med direktivet å foreta endringer eller oppsigelser alene på det grunnlag at det er funnet sted en virksomhetsoverdragelse.¹⁴⁹ Her oppstår det følgelig en mulig konfliktlinje som må få sin løsning i fremtidig rettspraksis fra EU-domstolen.¹⁵⁰ Det kan hevdes at dette likevel ikke hindrer en overføring av en dynamisk klausul, såfremt de tilpasninger erververen i etterkant foretar, samlet sett ikke setter arbeidstakeren i en dårligere rettsstilling enn før overdragelsen.¹⁵¹ Dette kan være en av flere mulige hensyn EU-domstolen muligens bør rette oppmerksomheten mot ved en eventuell tolkningstvil.

5.5.2 Sammenfatning

EU-domstolens avgjørelse i *Asklepios* gir en betinget åpning for dynamiske henvisningsklausuler ved virksomhetsoverdragelse. Betingelsen er at erververen må være slik stilt at den etter overdragelsen kan gjøre nødvendige endringer av hensyn til sin videre drift.

¹⁴⁴ Se eksempelvis Sak C-287/86 *Ny Mølle Kro* avsnitt 12.

¹⁴⁵ Se Barnard 2012 s. 106-111 som benytter begrepet "flexicurity" på en slik utvikling av EU-arbeidsretten. At hensynet til arbeidstakervernet begrenses var også tilfellet i sakene C-341/05 *Laval* og C-438/05 *Viking Line*.

¹⁴⁶ Generaladvokat Legér i sin innstilling til Sak C-452/02 *Delahaye* avsnitt 55. Se mer om denne utviklingen i Toftevåg 2017 plansje 4-8.

¹⁴⁷ Sak C-336/15 *Unionen* avsnitt 19.

¹⁴⁸ Sak C-105/84 *Danmols Inventar*.

¹⁴⁹ C-105/84 *Danmols Inventar* avsnitt 25-26.

¹⁵⁰ Evju 2017 s. 8.

¹⁵¹ Sak C-108/10 *Scattolon* avsnitt 76.

Den konkrete vurderingen av tilpasningsadgangens effektivitet er imidlertid overlatt til nasjonal rett.¹⁵² Den tyske domstolen fant i den etterfølgende saken at det forelå nasjonale regler som ga erververen effektive tilpasningsmuligheter i form av endringsavtale.¹⁵³

Asklepios viser videre at EU-domstolen anså prinsippet om avtalefrihet som en forutsetning for adgangen til å gi dynamiske henvisningsklausuler virkning. EU-domstolen nyanserte dermed uttalelsene fra *Alemo-Herron*, der hensynet til erververens næringsfrihet overskygget hensynet til avtalefriheten. Det kan derfor hevdes at EU-domstolen tok et steg tilbake fra den relativt vidtrekkende arbeidsgivervennlige tolkningen som ble lagt til grunn i *Alemo-Herron*.

5.6 Betydningen for norsk rett

5.6.1 Arbeidsmiljøloven § 16-2 og dynamiske henvisningsklausuler

Hittil har jeg drøftet dynamiske henvisningsklausuler i relasjon til direktivet i lys av EU-domstolens praksis. Spørsmålet i det følgende er om arbeidsmiljølovens § 16-2 åpner for å gi dynamiske henvisningsklausuler virkning etter en virksomhetsoverdragelse.

Ordlyden i § 16-2 første ledd synes ikke å utelukke overgang av dynamiske klausuler, da slike vil være "*rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale*". En slik utelukkelse finnes det heller ingen holdepunkter for i forarbeidene.

Det finnes ingen rettspraksis som uttrykkelig tar stilling til dynamiske henvisningsklausuler ved virksomhetsoverdragelse i norsk rett.¹⁵⁴ Rettslitteraturen på området er sparsom, men som vi skal se i punkt 5.5.2 nedenfor trekker den i retning av at dynamiske klausuler bør være utelukket.¹⁵⁵

¹⁵² Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 27.

¹⁵³ Endelig dom avsagt av Bundesarbeitsgericht 30.08.2017, http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2017&nr=19435&pos=1&anz=36&titel=Dynamik_einer_Verweisungsklausel_nach_Betriebs%FCbergang (sist besøkt 11.10.2017).

¹⁵⁴ Se imidlertid Oslo tingretts dom 12. juni 2017 s. 25 (upublisert). Saken gjaldt om ulike typer rettigheter kunne overføres fra Forsvarsbygg til ISS. Tingretten viser til Sak C-426-11 *Alemo-Herron* og uttaler på generelt grunnlag at direktivet er til hinder for overføring av dynamiske bestemmelser. Dette uten å ta Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* i betraktning. Dommen er anket.

¹⁵⁵ Lorentzen 2016 s. 156.

Som vi så i punkt 2 er formålet bak reglene i arbeidsmiljøloven § 16-2 å sikre at arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår opprettholdes når virksomheten skifter eier.¹⁵⁶ Samtidig gir reglene uttrykk for et minimumsvern – norsk rett kan altså gå lenger i å beskytte arbeidstakerne. En dynamisk henvisningsklausul vil gå lenger i å beskytte arbeidstakere der tariffavtalen det henvises til gir uttrykk for bedre vilkår – eksempelvis som følge av en lønnsøkning. Dette tilsier at dynamiske henvisningsklausuler i utgangspunktet bør kunne overføres ved virksomhetsoverdragelse i norsk rett. En slik tolkning av arbeidsmiljøloven § 16-2 harmonerer med direktivets artikkel 8.

Presumsjonsprinsippet tilsier videre at norsk rett bør tolkes i samsvar med de relevante føringer som kommer fra EU-domstolen der tolkningen av norsk rett ikke gir uttrykk for motstrid.¹⁵⁷ Som vi så i punkt 5.4 må det etter EU-domstolens praksis foreligge en ”*fair balance*” mellom arbeidstakerens interesse i å kunne avtale en dynamisk klausul og erververens tilpasningsadgang.

Balansetesten gir seg utslag i to vurderingstemaer som begge er aktuelle for om dynamiske henvisningsklausuler skal aksepteres under norsk rett. Det første er vektleggingen av prinsippet om avtalefrihet. Det andre er erververens adgang til effektive endringsmuligheter etter overdragelsestidspunktet. Vurderingstemaene vil i det følgende drøftes separat.

5.6.2 Overgang av dynamiske henvisningsklausuler gjennom avtale?

EU-domstolen viste i *Asklepios* til at:

*“[...] a contract is characterised by the principle of freedom of the parties to arrange their own affairs, according to which, in particular, parties are free to enter into obligations with each other[...].”*¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 256.

¹⁵⁷ Arnesen/Stenvik 2015 s. 107.

¹⁵⁸ Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken* avsnitt 19.

I tråd med dette synspunktet fremholdt EU-domstolen at det i utgangspunktet ikke er noe i direktivets artikkel 3 som innskrenker overdragerens og arbeidstakerens adgang til å *avtale* en dynamisk henvisningsklausul. Dette ble også vist til i Norges innlegg i saken.¹⁵⁹

Prinsippet om avtalefrihet danner på mange måter fundamentet for kontraktsretten og innebærer at avtalepartene i utgangspunktet står fritt til å inngå de kontrakter de ønsker.¹⁶⁰ Dette gjelder – som ellers på privatrettens område – også i arbeidsretten. Homogenitets- og presumsjonsprinsippet tilsier at synet på avtalefriheten som rettslig grunnlag for overgang av dynamiske klausuler er førende også for norsk rett. EU-domstolens tilslutning til avtalefriheten må derfor anses å gi argumentasjonsverdi ved et lignende tilfelle i en norsk rettstvist.

Vurderingen bør ta utgangspunkt i en tolkning av arbeidsavtalen og henvisningsklausulen lest i sammenheng. Det avgjørende vil da være om partenes mening har vært å henvise til tariffavtalen slik den gjelder til enhver tid eller til en bestemt tariffavtale.¹⁶¹ Dersom ordlyden av henvisningsklausulen er tvetydig eller uklar, må det ses hen til øvrige tolkningsmomenter. Som det fremgikk av punkt 5.2 synes det å være en presumsjon for at henvisningsklausuler i arbeidsavtaler – ved tolkningstvill – skal tolkes dynamisk.¹⁶² En slik tolkning bør således også legges til grunn ved virksomhetsoverdragelse.

Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven er at endringer til arbeidstakerens gunst kan foretas i form av avtale.¹⁶³ Sammenhengen i regelverket tilsier derfor at arbeidsgiver og arbeidstaker frivillig gjennom avtale kan innta en dynamisk henvisningsklausul i arbeidsavtalen, og angi at denne skal gjelde overfor erververen. Når eksistensen av en slik avtalerettslig forpliktelse følger av arbeidsavtalen, følger det av arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd at forpliktelsen i utgangspunktet skal overføres.

Sentrale vurderingskriterier vil videre kunne være hvilke konkrete utgifter en dynamisk klausul vil medføre for ny arbeidsgiver. I de tilfeller det er tale om ordinært kjøp og salg av

¹⁵⁹ Norges innlegg inntatt i Generaladvokat Bots innstilling Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken avsnitt 68*.

¹⁶⁰ Haavskjold 2013 s. 28.

¹⁶¹ Slik også Skjønberg 2011 s. 34.

¹⁶² Rt. 1985 s. 78.

¹⁶³ arbeidsmiljøloven § 1-9.

virksomhet¹⁶⁴ kan det tas i betraktning at ny arbeidsgiver selv har valgt å kjøpe virksomheten. Erververen vil ha mulighet til å foreta en kostnadsvurdering (due diligence) i forkant av transaksjonen. Risikobetraktninger i kommersielle kontraktsforhold kan tale for at det i utgangspunktet er erververens risiko dersom den går til innkjøp av en virksomhet der arbeidstakerens rettigheter følger av dynamiske henvisningsklausuler.¹⁶⁵

I juridisk teori har Lorentzen anført at dynamiske henvisningsklausuler bør utelukkes ved virksomhetsoverdragelse uavhengig av fremtidige avklaringer fra EU-domstolen.¹⁶⁶ Standpunktet er at dynamiske klausuler hevdes å gi de utenforstående et bedre vern enn tariffbundne arbeidstakere, og slik sett føre til en forskjellsbehandling. Dette begrunnes i at tariffbundne arbeidstakere er underlagt de begrensninger som følger av arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd fjerde punktum og ufravikelighetsregelen i arbeidstvistloven § 6. De utenforstående hevdes derimot ikke være underlagt samme begrensning.

Til dette kan det innvendes at arbeidsavtalen vil være utgangspunktet for en dynamisk henvisningsklausul. Arbeidsavtalen er i praksis ofte lik for henholdsvis organiserte og uorganiserte arbeidstakere. Standardkontrakter som inneholder en dynamisk henvisning til tidligere arbeidsgivers tariffavtale vil derfor måtte vurderes på samme måte enten man er organisert eller uorganisert. De avtalerettslige utgangspunkter vil ikke være forskjellige enten man tilhører den ene eller den andre kategorien arbeidstakere. Følgelig kan en slik forskjellsbehandling Lorentzen tar til orde for virke noe konstruert. Det avgjørende for en overføring av dynamiske klausuler i norsk rett bør etter min oppfatning i stedet bygge på EU-domstolens krav om erververens endringsadgang.

Dersom det anses avtalt at en dynamisk henvisningsklausul skal gjelde i avtaleforholdet, oppstår det et neste spørsmål. I lys av *Asklepios* må altså ny arbeidsgiver gis mulighet til å tilpasse seg de tariffavtalte arbeidsvilkårene etter overdragelsen. Hvis en slik mulighet er til stede, vil opprettholdelse av en dynamisk klausul etter norsk rett formodentlig være akseptabelt.

¹⁶⁴ For øvrige typer av overdragelser, se Næss 2013 s. 42 flg.

¹⁶⁵ Om due diligence ved virksomhetsoverdragelser, se Klingsten 2016 s. 409-410.

¹⁶⁶ Lorentzen 2016 s. 156. Artikkelen er skrevet før avgjørelsen i Forente saker C-680/15 og Sak C-681/15 *Asklepios Kliniken*.

Det neste spørsmålet blir dermed om norsk rett gir erververen en slik endringsadgang i etterkant av en virksomhetsoverdragelse.

5.6.3 Betydningen av ny arbeidsgivers avtale- og endringsadgang

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd er taus hva gjelder ny arbeidsgivers endringsadgang ved et tilfelle av en dynamisk henvisningsklausul. Problemstillingen er heller ikke berørt i forarbeidene.

Hverken EU- eller EFTA-domstolen har uttalt seg om hvilken endringsadgang norsk rett gir ny arbeidsgiver i etterkant av en virksomhetsoverdragelse. I det følgende vil det tas stilling til hvilke endringsmuligheter som kan anses å foreligge etter norsk rett. Ved behandlingen av dette vil det ses hen til tysk rett. En slik sammenligning er relevant da EU-domstolen i *Asklepios* fant at tysk rett tilfredstilte direktivets krav til tilpasningsmuligheter.

5.6.3.1 Finnes det en ensidig endringsadgang for ny arbeidsgiver etter norsk rett?

Som vi så i punkt 5.5.2 har ny arbeidsgiver i henhold til tysk stillingsvernsrett en særskilt tilpasningsadgang etter overdragelsen gjennom endringsinstituttet ”Änderungskündigung”. Dette kan betegnes som en oppsigelse med henblikk på omregulering av virksomheten.¹⁶⁷ Rönmar angir dette som en mulighet for arbeidstakeren til å velge å ta imot et tilbud fra sin nye arbeidsgiver om endring under forbehold. Poenget er da at arbeidsforholdet fortsetter som vanlig samtidig som arbeidstakeren har rett til å krevne rettslig prøvning av innholdet i den nye arbeidsavtalen opp mot arbeidstakervernet i loven *Kündigungsschutzgesetz* § 2¹⁶⁸ (KSchG).¹⁶⁹

Etter norsk rett finnes derimot ikke et tilsvarende etablert endringsinstitutt. Den tyske ordningen må nemlig ikke forveksles med det som i norsk rett er blitt kalt ”endringsoppsigelse”.¹⁷⁰ Begrepet ”endringsoppsigelse” har ikke noe spesifikt juridisk innhold i norsk rett,¹⁷¹ men brukes oftest om arbeidsgivers endringsadgang utenfor

¹⁶⁷ Evju 2017 s. 2, <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/17-03/10.asp> (sist besøkt 13.10.2017).

¹⁶⁸ Tysklands lov om oppsigelsesvern.

¹⁶⁹ Rönmar 2005 s. 59.

¹⁷⁰ Evju 2017 s. 8.

¹⁷¹ Aagaard 2005 s. 236.

arbeidsgivers styringsrett. Formålet med endringene er i slike tilfeller ikke å avslutte arbeidsforholdet som sådan, men å videreføre det på endrede vilkår.¹⁷²

Aagaard legger til grunn at begrepet ”endringsoppsigelse” omhandler tilfeller der arbeidsgiver har ment å bringe et bestående arbeidsforhold til opphør og samtidig tilby en ny arbeidsavtale med endret innhold. Det er her tale om to separate rettslige forhold hvor et tilbud om ny arbeidsavtale kan få betydning for rettmessigheten av oppsigelsen.¹⁷³ Arbeidsgiver vil altså i slike tilfeller ikke ønske å bringe arbeidsforholdet til opphør, men kun foreta endringer i arbeidsavtalen. Det er derfor misvisende å omtale dette som en ordinær oppsigelse. Dersom arbeidstakeren velger å bestride rettmessigheten av en slik ordning, blir spørsmålet om arbeidsgiver har gått utenfor styringsretten.

Dersom arbeidsgiver *ikke* kan gjøre bruk av styringsretten, er dermed alternativet å gå veien om oppsigelse med tilbud om ny arbeidsavtale på endrede vilkår. Endringene vil kunne foretas når oppsigelsestiden er utløpt. Dersom enighet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver ikke oppnås og arbeidsgiver likevel foretar endringer, vil det foreligge en såkalt ”endringsoppsigelse”.¹⁷⁴ Dersom slik oppsigelse anses å foreligge, slår arbeidsmiljølovens saklighetskrav inn med de prosessuelle skranker dette medfører. En slik vurdering ligger under domstolenes prøvingsrett.¹⁷⁵

Her ser vi imidlertid en forbindelseslinje til arbeidsmiljølovens § 16-4. Bestemmelsen, som gjennomfører direktivets artikkel 4 nr. 1, forbyr nemlig oppsigelse eller avskjed som begrunnes med virksomhetsoverdragelsen. Bestemmelsen uttrykker at dersom arbeidsgiverskiftet medfører ”*vesentlige endringer*” i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstaker, er dette å anse som et opphør som følge av arbeidsgivers forhold. Bestemmelsen oppstiller dermed en spesialregel og en yttergrense for hvilke endringer ny arbeidsgiver kan foreta. Dette tilsier at regelen oppstiller et vern for arbeidstakere med dynamiske henvisningsklausuler i arbeidsavtalen i tilfeller der erververen ønsker å foreta omfattende endringer.

¹⁷² Fougner 2007 s. 23. Se Källström/Malmberg 2009 s. 195 for tilsvarende fenomen i svensk rett.

¹⁷³ Aagaard 2005 s. 236.

¹⁷⁴ Aagaard 2005 s. 233.

¹⁷⁵ Rt. 2004 s. 76 avsnitt 50.

Etter dette må det legges til grunn at det norske uttrykket ”endringsoppsigelse” ikke er et tilstrekkelig tilpasningsgrunnlag for ny arbeidsgiver etter gjeldende rett.

Et annet spørsmål er om erververens endringsadgang kan anses ivaretatt gjennom såkalt ”partiell oppsigelse”. Partiell oppsigelse anses å være en annen særvariant av oppsigelsesinstituttet.¹⁷⁶ Formålet med partiell oppsigelse er å ikke å avslutte arbeidsforholdet i vid forstand, men å foreta oppsigelse av *delelementer* i arbeidsavtalen slik som lønn, arbeidsoppgaver og arbeidstid. Hensikten er i så måte å videreføre et eksisterende arbeidsforhold under nye betingelser.¹⁷⁷ Dette kan tale for at ny arbeidsgiver på en slik måte kunne tilpasse delelementer i arbeidsavtaler som på dynamisk vis henviser til overdragerens tariffavtale. Rent umiddelbart kan således en slik løsning synes å stille ny arbeidsgiver i en slik posisjon som EU-retten krever. Det er imidlertid ikke grunnlag for en klar regel om partiell oppsigelse etter gjeldende norsk rett.¹⁷⁸

Ved en analyse av endringsadgang for ny arbeidsgiver er det naturlig å se hen til de løsninger som er valgt i svensk og dansk arbeidsrett. Dette er på bakgrunn av at reguleringsmåten innenfor arbeidsretten prinsipielt er de samme i de nordiske landene.¹⁷⁹ Mulighetene for partiell oppsigelse i svensk rett er imidlertid meget begrenset.¹⁸⁰ Gitt at en slik endringsadgang hadde vært en klarere rettsregel etter svensk rett, ville endringsadgang i form av partiell oppsigelse muligens vært mer prosedabelt.

Etter dette må det konstateres at partiell oppsigelse vil kreve et særlig rettslig grunnlag, noe som ikke eksisterer i lovgivningen i dag.¹⁸¹ Partiell oppsigelse kan dermed heller ikke anses som et reelt endringsgrunnlag for erververen ved virksomhetsoverdragelse etter gjeldende rett. Hvorvidt det *kan* være det, blir opp til lovgiver og domstolene å ta stilling til.

Et *annet* rettslig grunnlag for erververens endringsadgang kunne tenkes å være dersom det før virksomhetsoverdragelsen kunne inngås avtale med de aktuelle arbeidstakerne. Formålet med

¹⁷⁶ Fougner 2007 s. 284-287.

¹⁷⁷ Se Fougner 2007 s. 288 der forfatteren argumenterer for en adgang til ”partiell oppsigelse” i norsk rett *generelt*.

¹⁷⁸ Fougner 2007 s. 289.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 40.

¹⁸⁰ Källström/Malmberg 2009 s. 196.

¹⁸¹ Fougner 2007 s. 287.

en slik *forhåndsavtale* vil kunne være å avklare arbeidstakerens rettighetssituasjon så tidlig som mulig i overdragelsesprosessen. I juridisk teori er det hevdet at en slik avtale kunne tenkes gjort i forbindelse med den informasjons- og drøftelsesplikt som følger av arbeidsmiljøloven § 16-5.¹⁸²

Etter § 16-5 tredje ledd skal slike drøftelser foretas ”så tidlig som mulig med tillitsvalgte” med sikte på å oppnå en ”avtale”. Hensynet til både arbeidstakernes og ny arbeidsgivers adgang til å forutberegne sin rettsstilling etter en dynamisk klausul kan støtte en slik løsning. En slik ordning vil i tillegg være gunstig rent prosessøkonomisk, ettersom uenighet om klausulens innhold ville kunne drøftes i minnelighet før det utvikler seg til en rettstvist. Etter gjeldende rett er det imidlertid uklart hvorvidt slik adgang til forhåndsavtale foreligger.¹⁸³ Slik forhåndsavtale kan dermed heller ikke anses som et tilstrekkelig tilpasningsgrunnlag for erververen *de lege lata*.

Endelig kan det ved vurderingen av ny arbeidsgivers endringsadgang hevdes å ta utgangspunkt i arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten er lovgivers utgangspunkt ved endringer etter virksomhetsoverdragelse generelt.¹⁸⁴ Hovedregelen er således – som vi så i punkt 3.3 – at ny arbeidsgiver har samme adgang til å foreta endringer i de overførte arbeidstakernes arbeidsavtaler som tidligere arbeidsgiver hadde. De overførte arbeidstakerne må følgelig være forberedt på at innholdet i arbeidsavtalen vil kunne endres som en naturlig konsekvens av arbeidsgivers styringsrett. Hvor langt styringsretten rekker ved et tilfelle av en dynamisk henvisningsklausul, er imidlertid uvisst.

Ny arbeidsgiver kan som hovedregel ikke foreta trekk i arbeidstakernes lønn med hjemmel i styringsretten.¹⁸⁵ Det kan hevdes at det samme må gjelde der en dynamisk henvisningsklausul gir arbeidstakeren lønnsøkning som følge av endringer i overdragerens tariffavtale. Hvorvidt mindre justeringer kan foretas i eksempelvis arbeidstid eller ferierettigheter bør bero på en konkret vurdering og kan ikke angis generelt.

¹⁸² Evju 2005 s. 48-49. Evju stiller spørsmålet i relasjon til om erververens tariffavtale kan gjøres gjeldende før overdragelsestidspunktet.

¹⁸³ Se nærmere Evju 2005 s. 48 som mener en slik adgang til forhåndsavtale ligger åpen.

¹⁸⁴ NOU 2004:5 s. 357.

¹⁸⁵ Fougner 2009 s. 250. Forfatteren omtaler ”arbeidsgiver” på generelt grunnlag.

5.6.3.2 Sammenfatning

Samlet sett foreligger det ingen endringsadgang etter overdragelsen etter gjeldende norsk rett som tilsvarer den tyske ordningen ”Änderungskündigung”. EU-domstolens uttalelser i *Asklepios* kan dermed ikke uten videre overføres til vurderingen av dynamiske henvisningsklausuler etter norsk rett. Det vil i utgangspunktet være opp til lovgiver og domstolene å innføre en eventuell endringsadgang som tillater opprettholdelse av dynamiske henvisningsklausuler.

Inntil det foreligger avklaringer fra EU eller EFTA-domstolen som ligger tettere mot den norske ordningen, er norske domstoler henvist til en vurdering basert på de føringene som er presentert i det foregående.

Etter dette trekkes den konklusjon at norsk rett på nåværende tidspunkt ikke gir adgang til dynamiske henvisningsklausuler ved virksomhetsoverdragelser. Konklusjonen underbygges av at gjeldende norsk arbeidsrett ikke gir ny arbeidsgiver den tilstrekkelige effektive endringsadgang etter overdragelsen som EU/EØS-retten krever. Det blir opp til de nasjonale domstoler – fortrinnsvis Høyesterett – å gi avklaring på dette i fremtiden. Endringsadgangen bør i slike tilfeller vurderes med utgangspunkt i EU-domstolens retningslinjer.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Se Oslo tingretts dom av 12. juni 2017, der tingretten synes å resonnerer i en slik retning i relasjon til overgang av stillingsvernrettigheter etter tjenestemannsloven.

6. Avslutning

Fremstillingen har vist at opprettholdelsen av tariffavtalte arbeidsvilkår ved virksomhetsoverdragelse er en praktisk problemstilling i stadig utvikling. EU- og EFTA-domstolens rettspraksis bidrar til – og spiller en *avgjørende* rolle for denne rettsutviklingen.

Ved å åpne for en bred avveining av de motstående interesser gjennom en balansetest har EU- og EFTA-domstolen skaffet seg et stort handlingsrom. Handlingsrommet gir til tider kontroversielle avgjørelser. Samtidig er et slikt handlingsrom nødvendig for muligheten til nyanseringer i fremtidig rettspraksis. Utfordringen for norsk rett i tiden fremover blir å operasjonalisere dette handlingsrommet i mest mulig forutsigbare regler for virksomhetsoverdragelsens parter. Noen av disse utfordringene har vi sett konturene av i fremstillingens punkt 4.2 og 5.6.

Fremstillingen har videre vist at opprettholdelsen av tariffavtalte arbeidsvilkår etter en dynamisk henvisningsklausul i utgangspunktet skiller seg fra tariffavtalte vilkår som følger direkte av overdragerens tariffavtale. Forskjellen illustreres av at en arbeidsavtale som hovedregel er *tidsubegrenset* – mens tariffavtalte vilkår har et *begrenset* vern etter overdragelsen. Fremstillingen har imidlertid pekt på at EU- og EFTA-domstolens balansetest er fremtredende både når det gjelder synet på dynamiske henvisningsklausuler og tariffavtalens ettervirkning. EU- og EFTA-domstolens krav om erververens muligheter til å tilpasse sin fremtidige drift er et tydelig fellestrekk ved de to situasjonene.

Dernest har vi sett at arbeidstakerne etter norsk rett på ett punkt er gitt bedre beskyttelse enn direktivet i utgangspunktet gir. Dette som følge av lovgiverens krav om etterfølgende *aktivitet* for ny arbeidsgivers adgang til å gjøre virksomhetens tariffavtale gjeldende (se punkt 4.1).

Endelig har fremstillingen undersøkt adgangen for ny arbeidsgiver til å tilpasse seg dynamiske henvisningsklausuler etter norsk rett. Ettersom vi stort sett mangler lovgivning og klargjørende rettspraksis, er adgangen til slike tilpasninger uklar. Det gjenstår å se hvordan lovgiver og domstolene vil forholde seg til denne uklarheten i fremtiden.

7. Kilderegister

Lovgivning og forarbeider

Internasjonal lovgivning

Charter of fundamental rights of the European Union	(2000/C 364/01)
EØS-avtalen	Agreement on the European Economic Area, OJ No L 1, 3.1.1994.
Den europeiske menneskerettighetskonvensjon	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol.
Traktaten om Den europeiske union	26.10.2012.
Traktaten om Den europeiske unions virkemåte	26.10.2012.

Virksomhetsoverdragelsesdirektivet

Council Directive 2001/23/EC of March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees` rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

Nasjonal lovgivning

Arbeidsmiljøloven

Lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø (opphevet).

Arbeidsmiljøloven

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Arbeidstvistloven

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

Tjenestetvistloven

Lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister.

Nasjonale forarbeider

Ot.prp. nr.71 (1991-1992)

Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale.

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

Om lov om arbejdsmiljø, arbejdstid og stillingsvern mv (arbejdsmiljøloven).

NOU 2004:5

Arbejdslivslovutvalget – Et arbejdsliv for trykghet, inkludering og vekst.

Prop.134 L (2010-2011)

Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) og lov om lønnsnemnd i arbeidstvister (lønnsnemndloven) m.m.

Utenlandsk lovgivning

Tysk lovgivning

Lov 10.08.1951

Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969. <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html>

Rettspraksis

EU-domstolens avgjørelser

C-105/84

Danmols Inventar

ECLI:EU:C:1985:331

C-324-86

Daddy`s Dance Hall A/S

ECLI:EU:C:1988:72

C-287/86	<i>Ny Mølle Kro</i>	ECLI:EU:C:1987:573
C-362/89	<i>Giuseppe d`Urso</i>	ECLI:EU:C:1991:326
C-305/94	<i>Rotsart</i>	ECLI:EU:C:1996:435
C-499/04	<i>Werhof</i>	ECLI:EU:C:2006:168
C-341/05	<i>Laval</i>	ECLI:EU:C:2007:809
C-438/05	<i>Viking</i>	ECLI:EU:C:2007:772
C-396/07	<i>Juuri</i>	ECLI:EU:C:2008:656
C-108-10	<i>Scattolon</i>	ECLI:EU:C:2011:542
C-283/11	<i>Sky Österreich</i>	ECLI:EU:C:2013:28
C-426/11	<i>Alemo-Herron</i>	ECLI:EU:C:2013:521
C-328/13	<i>Österreichischer Gewerkschaftsbund</i>	ECLI:EU:C:2014:2197
C-680/15	<i>Asklepios Kliniken</i>	ECLI:EU:C:2017:317

C-681/15 *Asklepios* ECLI:EU:C:2017:317
Dienstleistungsgesellschaft

C-336/15 *Unionen* ECLI:EU:C:2017:276

EFTA-domstolens avgjørelser

E-10/14 *Enes Deveci mfl.* 18. desember 2014

Norske avgjørelser

Rt. 1985 s. 78 (Arkitekt)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2004 s. 76

HR-2016-2286-A

ARD-2017-12

16-176140TVI-OTIR/01 (upublisert)

Tysk rettspraksis

Bundesarbeitsgericht Urteil vom 30. August 2017 – 4 AZR 95/14 -
[http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-
bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum
=2017&nr=19435](http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2017&nr=19435)

Litteratur

Juridiske fagbøker

Aagaard, Erik, Arbeidstvistloven, 1.utg, Gyldendal Akademisk, Oslo 2014.

Arnesen, Finn og Are Stenvik, Internasjonalisering og juridisk metode, 2. utg, Universitetsforlaget, Oslo 2015.

Arnesen, Finn, Kolstad, Olav, Rognstad, Ole-Andreas og Fredrik Sejersted, EØS-rett, 3. utg, Universitetsforlaget, Oslo 2011.

Aune, Helga og Henning Jakhelln, Arbeidsrett.no - kommentarer til arbeidsmiljøloven, 2. utg, N. W. Damm & Søn, Oslo 2006.

Barnard, Catherine, EU Employment Law, 4th edition, Oxford University Press, Oxford 2012.

Fougner, Jan, Camilla Skøyen Borge, Marit B. Frogner, Julie Piil Lorentzen mfl., Omstilling og nedbemanning, 3. utg, Universitetsforlaget, Oslo 2016.

Fougner, Jan, Endring i arbeidsforhold, 1. utg, Universitetsforlaget, Oslo 2007.

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave, 2. utg, Universitetsforlaget, Oslo 2013.

Fougner, Jan, Tron Sundet, Johan Øydegard, Marit Frogner mfl., Kollektiv arbeidsrett, Universitetsforlaget, Oslo 2004.

Fredriksen, Haukeland, Halvard og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 2. utg, Fagbokforlaget, Bergen 2014.

Haavskjold, Erlend, Kontraktsforpliktelse, 2.utg, Cappelen Damm, Akademisk, Oslo 2013.

Hognestad, Eirik, Marianne Jenum Hotvedt og Alexander Næss Skjønberg, Individuell arbeidsrett, 2.utg, Gyldendal Juridisk, Oslo 2017.

Hognestad, Eirik, og Alexander Næss Skjønberg, Individuell arbeidsrett, 1.utg, Gyldendal Juridisk, Oslo 2014.

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland, Arbeidsmiljøloven – kommentarer og praksis, 2. utg., Gyldendal Akademisk, Oslo 2015.

Klingsten, Mette, Ansættelsesretlige aspekter af virksomhedsoverdragelse, 2. utg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Danmark 2016.

Källström, Kent og Jonas Malmberg, Anställningsförhållandet, 2.utg, Iustus Förlag, Uppsala 2009.

Næss, Mona, Virksomhetsoverdragelse, Universitetsforlaget, Oslo 2013.

Stokke, Torgeir, Kristine Nergaard og Stein Evju, Det kollektive arbeidslivet – organisasjoner, tariffavtaler og lønnsoppgjør, 2. utg, Universitetsforlaget, Oslo 2015.

Sundet, Løkken, Tron, Tariffavtalen: Utvalgte emner, Fagbokforlaget, Bergen 2014.

Juridiske artikler

Aagaard, Erik, Om uttrykket ”endringsoppsigelser”, Arbeidsrett, 2005, s. 232-236.

Bartl, Marija og Candida Leone, "Minimum harmonisation and article 16 CFR: Difficult times ahead for social legislation?", Amsterdam Law School Research Paper, No. 2015-40, 2015.

Bergh, Espen, "Pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse – hvilke forpliktelser påhviler ny arbeidsgiver?", Arbeidsrett, 2004, s. 200-209.

Bernard, Johann, Mulder, "Tariffavtalen ved konsernintern virksomhetsoverdragelse". Arbeidsrettens dom 29. september 2015», Nytt i privatretten, nr. 4, 2015.

Evju, Stein, "Tariffavtalers eftervirkning", Tidsskrift for rettsvitenskap, 1984, s. 254-292.

Evju, Stein, "Fusjon og tariffavtaler", Arbeidsrett og arbeidsliv, bind 7, 2012, s. 105-143.

Evju, Stein, "Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger: Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer", Arbeidsrett og arbeidsliv, 2005, s. 1-91.

Evju, Stein, "Virksomhetsoverdragelse, arbeidsavtaler og tariffavtalehenvisninger - EU-domstolens dom 27. april 2017, forente saker C-68015 og C-681/15 Asklepios Kliniken", Nytt i privatretten, nr. 2, 2017.

Evju, Stein, "Virksomhetsoverdragelse, individuelle rettigheter og tariffavtale - EF-domstolens dom 9. mars 2006, C-499/04 Werhof mot Freeway Traffic Systems", Nytt i privatretten, nr. 2, 2006.

Evju, Stein, "Ny dom kan lösa problemet med dynamiska klausuler i anställningsavtal", EU & arbetsrätt, 1-2, 2017.

Fougner, Jan, "Arbeidsgivers styringsrett – skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse", Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.), 2009, s. 235-256.

Fredriksen, Haukeland, Halvard og Christian Franklin, "On Pragmatism and Principles: The EEA Agreement 20 Years on, Common Market Law Review", 2015, s. 629-684.

Jetlund, Martin, "Virksomhetsoverdragelse og avtalefestet pensjon, Arbeidsrett, 2015, s. 122-146.

Lorentzen, Piil, Julie, "Virksomhetsoverdragelse og tariffavtalte lønns- og arbeidsvilkår", Arbeidsrett, 2016, s. 137-180.

Nykaas, Elin, "Om tariffavtalens ettervirkning og bortfall", Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.), 2009, s. 517-529.

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", Industrial Law Journal, 2013, s. 434-446.

Prassl, Jeremias, "A fork in the Road for Freedom of Contract in EU Law: Joint Cases C-680/15 and C-681/15 *Asklepios*", *Sui Generis: Festskrift til Stein Evju, Mulder, Johann, Bernard, Marianne Jenum Hotvedt, Marie Nesvik og Tron Løkken Sundet (red.)*, 2016, s. 544-553.

Rönmar, Mia, "Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet: om kvaliativ flexibilitet i arbetslivet, *Juridisk Tidskrift vid Stocholms Universitet*, 2005, s. 45-64.

Skjønberg, Næss, Alexander, "Tariffavtalers virkning for utenforstående arbeidstakere", *Arbeidsrett*, 2011, s. 1-80.

Weatherhill, Stephen, "Use and abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: On the improper veneration of "freedom of contract", *European Review of Contract Law*, 2014, s. 167-182.

Generaladvokatens innstillinger

Generaladvokat Bot

Innstilling i Sak C-680/15 *Asklepios
Kliniken* ECLI:EU:C:2017:30

Generaladvokat Cruz Villalón

Innstilling i Sak C-328/13,
Österreichischer Gewerkschaftsbund
ECLI:EU:C:2014:2197

Generaladvokat Cruz Villalón

Innstilling i Sak C-426/11 *Mark Alemo-Herron and others* ECLI:EU:C:2013:521

Generaladvokat Léger

Innstilling i Sak C-425/02 *Johanna Maria Delahaye* ECLI:EU:C:2004:376

Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer

Innstilling i Sak C-499/04 *Werhof*
ECLI:EU:C:2006:168

Øvrige kilder

Arbeids- og administrasjonsdepartementet, ”Rapport om virksomhetsoverdragelse”, 2000,
[http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-
bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2017&nr=19435](http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2017&nr=19435)

Commission Report on Council Directive 2001/23/EC, 18.6.2007, Brussels, COM (2007)
334 final [http://eur-
lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0334:FIN:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0334:FIN:EN:PDF)

COM (74)
351 29 May
1974

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

[file:///C:/Users/braendengen/Downloads/2_com1974_351_en%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/braendengen/Downloads/2_com1974_351_en%20(2).pdf)

Evju, Stein, "Eftervirkning – begreper, rettsgrunnlag og former", Disposisjonsskisse til KongsbergKollokviet, 16. juni, 2017.

<http://www.jus.uio.no/forskning/omrader/arbeidsrett/arrangementer/seminarer/vedlegg/evju.pdf>

Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017, med tilleggsavtaler og NHOs kommentarer.

Opinion of the Economic and Social Committee, 24 April 1975, O.J. C 255.

Toftevåg, Frode Martin, "Om dynamiske henvisningsklausuler og virksomhetsovergang", foredrag under Arbeidsrettsgruppens høst-seminar, 26. oktober, 2017.

<http://www.jus.uio.no/forskning/omrader/arbeidsrett/arrangementer/seminarer/presentasjoner/toftevag.pdf>

Internettider

[&pos=1&anz=36&titel=Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebs%FCbergang](#)

<http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/17-03/10.asp>

<https://frifagbevegelse.no/ntlmagasinet/renholderne-fra-forsvarsbygg-stevner-iss-for-retten-6.158.426472.3a4824356d>

<http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/aml/18/3/>

<https://min.rettsdata.no/#/Dokument/gNIP2017z2D2z5FARBEIDSRETTz5FE>

<http://www.jus.uio.no/forskning/omrader/arbeidsrett/arrangementer/seminarer/vedlegg/evju.pdf>

