

Fusjon og tariffavtaler

Av Stein Evju*

Innholdsoversikt

1 Introduksjon	105
2 Litt om den tariffrettslige bakgrunnen	106
2.1 Alminnelige tariffrettslige normer – reell overdragelse	106
2.2 Alminnelige tariffrettslige normer – omorganisering, pro forma m.v.....	108
2.3 Alminnelige normer om rettsvirkninger.....	110
3 Fusjon som overdragelse og kontinuitet	112
3.1 Fusjon og arbeidsmiljølovens kapittel 16.....	112
3.2 Fusjon og kontinuitetsprinsipp	113
3.3 Kontinuitetsprinsipp og tariffavtaler i selskapsrettslitteraturen	115
4 Tariffavtaler, kontinuitet og diskontinuitet	119
4.1 Tariffbundethet i ulike former	119
4.2 Kontinuitetsprinsipp og det tyske forbildet	122
5 Fusjon, kontinuitet og tariffavtaler i norsk rettspraksis	127
5.1 Hakon Detalj, 2001	128
5.2 APTS, 2004	130
5.3 D&F Group, 2008	133
5.4 ASCO Norge, 2011	135
6 Tariffrettslige illustrasjoner og problemer	137
6.1 Alminnelige bemerkninger.....	137
6.2 Typetilfeller – organisasjonsmessige tariffavtaler	139
6.3 Særavtalers stilling	1422
7 Sluttbemerkninger	1422

1 Introduksjon

Tariffavtalers stilling ved overdragelse av virksomhet m.v. er et sammensatt tema. For en del ble det regulert ved arbeidsmiljølovens¹ § 16-2 annet ledd. For en del ble spørsmålene overlatt til alminnelige

* *Stein Evju* (f 1946), cand. jur. 1975 (UiO), er professor i arbeidsrett ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo.

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

tariffrettslige normer.² Ved fusjon vek lovgiveren derimot tilbake fra å ta et standpunkt. Fusjon er én form for virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. De nye bestemmelsene i kapittel 16 skulle imidlertid «ikke få betydning i forhold til hva som skal gjelde ved fusjoner etter aksjeloven kapittel 13». Dette, heter det i proposisjonen, «vil fortsatt måtte bero på en tolkning av generalsuksesjonsklausulen i aksjeloven».³ Arbeidsrettens rettspraksis om dette spørsmålet er motsigelsesfylt. I selskapsrettslitteraturen har det derimot vært en gjennomgangsmelodi at kontinuitetsprinsippet ved fusjon også omfatter tariffavtaler. I denne artikkelen vil jeg argumentere for at dette standpunktet bygger på en dobbelt misforståelse. Dels bygger det på en misforståelse av kontinuitetsprinsippet rekkevidde ut fra dets eget grunnlag. Dels mangler det en forståelse av tariffavtalen som kontraktstype og det enkelte selskaps stilling. Det er nær sammenheng mellom disse to forholdene.

2 Litt om den tariffrettslige bakgrunnen

2.1 Alminnelige tariffrettslige normer – reell overdragelse

Innledningsvis kan det være nyttig å kort rekapitulere den rettslige situasjonen før arbeidsmiljølovens nye bestemmelse kom på plass. I det omfattende feltet som virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand utgjør, kan tariffavtalebundethet gå ulike skjebner i møte. *Hovedregelen* etter alminnelige tariffrettslige normer er at erververen ikke overtar noen bundethet av tariffavtale som overdrageren var bundet av. Det jeg kaller «alminnelige tariffrettslige normer», er *dispositiv bakgrunnsrett*. Dette er normer som anses å ha anvendelse medmindre det er holdepunkter i tariffavtalereguleringen selv for noe annet. De gir utfyllende og deklatoriske regler. De kan fravikes ved avtale, og de viker for lov – om loven så krever.

² Det gjelder blandt annet omgåelsestilfeller, se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*, 271, og videre i avsnitt 2.3 nedenfor.

³ *Ibid.* Referansen til «generalsuksesjonsklausulen» er formodentlig til § 13-2 første ledd i aksjeloven av 13. juni 1997 nr. 44 (asl.) og i allmennaksjeloven av 13. juni 1997 nr. 45 (asal.).

Disse alminnelige tariffrettslige normene har typisk sin forankring i *rettspraksis*, hvor de bygger på hvilke rettsprinsipper som anses å gjelde for tariffavtaleforhold, og hvilke kontraktsmessige forutsetninger partene i en tariffavtale normalt må anses å legge til grunn for avtalen. Men tariffrettslig sett har bakgrunnsretten også en annen dimensjon. Konkret tariffavtaleregulering er også en del av helhetsbildet. I mange avtaleforhold finnes bestemmelser som mer eller mindre direkte regulerer spørsmål i forbindelse med overdragelses- og andre endringssituasjoner. Slik tariffavtaleregulering kan ikke sies å være en del av den alminnelige tariffrettslige bakgrunnsretten. Tariffområder, tariffavtaler og avtaleregler er for mange og ulike til at det er forsvarlig å generalisere normer med noen form for «almen gyldighet» eller «generelle tariffrettslige prinsipper» på basis av avtaleregler på noen områder. Derimot er tariffavtalereguleringen en naturlig del av bakgrunnen i forhold til lovgivningen, såvel rettspolitisk som ved fortolkning og anvendelse av gitte regler.

Det alminnelige utgangspunktet etter bakgrunnsretten ble sammenfattet av Arbeidsretten i *Securitasdommen* i ARD 1988.38. Med henvisning til en serie tidligere avgjørelser⁴ fremholdt retten at det gjennom rettspraksis var etablert en rettsoppfatning som innebar at ved en «*slik* reell overdragelse» av virksomhet som det var tale om i saken, «blir erververen ikke bundet av den tariffavtale overdrageren var bundet av» (s. 42).⁵ Begrepet om «reell overdragelse» er teori-skapt, men ble adoptert i rettspraksis ved denne og senere dommer.

⁴ ARD 1926.3, ARD 1930.168, ARD 1936.1, ARD 1952.31, ARD 1966.45 og ARD 1974.35. – Denne rekken av dommer er den samme som det er vist til hos S. Evju, «Norge», i A. Backman m.fl., *Arbetsrätten i Norden*, NU 1984: 10. Stockholm 1985, 260, som grunnlag for forfatterens formulering av en alminnelig norm om erververs ubundethet ved «reelt eierskifte». Sture (se note 10) s. 193 sammenfatter rettstilstanden på tilsvarende måte. – Det bør skytes inn at forfatteren av disse linjer var Arbeidsrettens formann i *Securitasdommen*.

⁵ Det lille ordet «*slik*» er kursivert her fordi det har et poeng (og derfor ikke bør utelates fra sitater fra dommen). Dels fordi det peker tilbake på det faktiske saksforholdet med hensyn til hva som i dommen ble ansett å utgjøre en «reell overdragelse». Dels fordi det dermed også signaliserer at «reell overdragelse» ikke er en entydig eller enkel størrelse; jfr. i teksten nedenfor.

Den rettsoppfatningen Arbeidsretten gav uttrykk for i *Securitasdommen*, er tildels blitt kritisert i litteraturen.⁶ Men det er bygget videre på den både i lovgivningssammenheng⁷ og, viktigere, i senere rettspraksis. I ARD 2001.1 *Hakon Detalj* pekte retten på normen fra *Securitasdommen*, men tok ikke stilling til den fordi retten anså at det forelå en type situasjon (fusjon) som det ikke ble tatt stilling til i *Securitasdommen* (s. 9). I den nyeste avgjørelsen om dette temaet, ARD 2004.163 *APTS*, bygget retten derimot direkte på rettssetningen som premiss for å bedømme saksforholdet dithen at det ikke var omfattet av den alminnelige normen.

For de regulære tilfellene av virksomhetsoverdragelse har doktrinen om «reell overdragelse» mistet direkte betydning. Med arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd er «utgangspunktet ... stilt på hodet i forhold til det som gjaldt da Arbeidsretten avsa dommen i ARD 1988 s. 38 vedrørende *Securitas* og dommen i ARD 2001 s. 1 ...», som Arbeidsretten uttrykte det i ARD 2008 nr. 13 (avsnitt 94).⁸

2.2 Alminnelige tariffrettslige normer – omorganisering, pro forma m.v.

Det kan forekomme situasjoner som i arbeidsmiljølovens forstand er overdragelse av virksomhet, typisk ved selskapsrettslige omdannelser, der resultatet blir det motsatte av det som ellers ville gjelde efter hovedregelen. Et stykke på vei knytter dette an til en velkjent temakrets i tariffretten – «rettslig nyorganisering eller overdragelse av

⁶ H. Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 3. utg., Oslo: N.W. Damm & Søn 2004 (tilsvarende som i 2. utg., 1996), har stillet seg reservert til «riktigheten» [mitt uttrykk] av rettsoppfatningen i ARD 1988.38, dels rettspolitisk, men også *de lege lata* (jfr. bl.a. s. 494 og 507). J. Fougner, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo: Tano Aschehoug 1999 s. 66 ff, og likeledes J. Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, Oslo: Universitetsforlaget 2003, s. 147 ff, og J. Fougner m.fl., *Kollektiv arbeidsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2004, s. 140 f, holder seg derimot til *Securitasdommens* sammenfatning som utgangspunkt, men poengterer det komplekse i vurderingen av om det foreligger en «reell overdragelse».

⁷ Blandt annet som bakgrunn for den nye bestemmelsen i aml. § 16-2 annet ledd; jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 268.

⁸ Jfr. tilsvarende J. Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 2. utg., Oslo 2011, 205.

tariffbunden bedrift»,⁹ bruk av mellommenn og bortsetting av arbeid, eller «tariffavtalens stilling ved eierskifte m.v.».¹⁰

Skranken mot omgåelsesdisposisjoner illustreres første gang av den klassiske dommen om Saugbrugsforeningens prambyggerverksted, ARD 1920-21.341 *Prambyggerdommen*. Dommen er sentral på flere måter. Dels kan begrunnelsen sees som et uttrykk for et mer generelt og ganske grunnleggende prinsipp: En tariffbundet, enten det er en tariffpart eller et tariffbundet medlem, kan ikke frigjøre seg fra sine tariffrettslige forpliktelser ved rent ensidige disposisjoner. Bestemmelsen i arbeidstvistslovens¹¹ § 7 er et annet og mer spesielt uttrykk for det samme. Men samtidig illustrerer dommen implisitt at selv om prinsippet er et utgangspunkt, gjelder det ikke uten begrensninger. Saken gjaldt en «omorganisering» gjennom etablering av et nytt aksjeselskap. Reelt sett var det et heleiet datterselskap som Saugbrugsforeningen overførte en del av sin virksomhet til. I et slikt tilfelle måtte Saugbrugsforeningen anses forpliktet til å sørge for at det nye selskapet tok på seg de relevante tariffplikter overfor de arbeiderne som ble overtatt.

Med dette peker *Prambyggerdommen* på det som også senere er en hovedskillelinje i rettspraksis. På den ene siden har vi disposisjoner som har karakter av omgåelser eller omorganiseringer (eller pro forma), og som derved kan være tariffbrudd, i seg selv eller fordi den tariffbundne ikke «sørger for» at den som overtar arbeid eller virksomhet, også faktisk etterlever tariffavtalens (normative) bestemmelser. På den annen side illustrerer dommen en annen skillelinje som er sentral. Det er skillet mellom overdragerens og erververens tariffrettslige posisjon. Det gjelder både aktørenes pliktforhold *ex ante* og med hensyn til rettsvirkningene av en overdragelse e.l. Her er det mer av et åpent spørsmål om utgangspunktet er stillet på hodet med den nye reguleringen i arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd.

⁹ K. Andersen, *Arbeidsretten og organisasjonene*, Oslo 1955, s. 181.

¹⁰ K.-M. Sture, «Tariffavtalens stilling ved eierskifte m.v.», *Lov og Rett* 1988 s. 190-201.

¹¹ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistsloven); dens § 7 svarer til den tidligere arbeidstvistsloven av 27. mai 1927 nr. 1 § 3 nr. 4.

2.3 *Alminnelige normer om rettsvirkninger*

Ved «reell overdragelse» av virksomhet er den alminnelige tariffrettslige norm at erververen ikke blir bundet av den tariffavtale overdrageren var bundet av, jfr. i 2.1 ovenfor. Ved ikke-reelle overdragelser, som omorganisering og pro forma, er problemet mer sammensatt.

I forarbeidene til den nye § 16-2 annet ledd heter det:

«I Arbeidsrettens praksis er det lagt til grunn at overdragelse av virksomhet til nytt rettssubjekt (ny arbeidsgiver) ikke medfører at den nye arbeidsgiveren blir tariffbundet. Securitas-dommen (ARD 1988 s. 38) er en sentral avgjørelse i denne sammenhengen.

Det gjelder noen unntak fra denne hovedregelen, først og fremst for overdragelser som kan karakteriseres som ikke reelle og hvor det ut fra de konkrete forhold fremgår at et formål har vært å bli fri fra tariffavtalen, se den grunnleggende dommen om Saugbrugsforeningen (ARD 1920 s. 341). Videre har Arbeidsretten i sin praksis lagt til grunn at en rent formell endring av virksomhetens organisasjonsform ikke fører til at tariffavtalen faller bort. Hvorvidt det foreligger en overdragelse som ikke er reell, og som derved medfører at erververen blir bundet av den tariffavtale overdrageren var bundet av, må avgjøres konkret.»¹²

Her gis det altså uttrykk for at ved en ikke-reell overdragelse blir erververen bundet av den tariffavtalen overdrageren var bundet av. Dette er så den rettstilstand det ikke har vært meningen å endre, ved at adgangen til å reservere seg mot å overta tariffbundethet etter § 16-2 forutsetningsvis ikke skal ha anvendelse. Her heter det i proposisjonen:

«Etter gjeldende rett er hovedregelen at tariffavtalen som sådan ikke følger med ved en virksomhetsoverdragelse, med mindre det foreligger særskilt grunnlag for dette. Et slikt særskilt grunnlag kan foreligge dersom formålet med en utskillelse, nyorganisering eller lignende er å omgå eller unngå tariffavtale, jf. det som er sagt foran om Arbeidsrettens praksis. Den nye arbeidsgiveren skal ikke i slike tilfeller kunne fri seg fra tariffavtalen ved å avgi en skriftlig erklæring til fagforeningen.»¹³

Spørsmålet er om ikke dette er en forenkling. I overdragelsestilfeller har rettsvirkningene en side både til overdrageren og til erververen.

¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 268, min kursivering.

¹³ *Ibid.* 271, min kursivering.

Det enkle utgangspunktet er at *overdragerens* tariffbundethet ikke opphører uansett om det er tale om en «reell» eller en «ikke reell» overdragelse av virksomhet. Det kan tenkes en totaloverdragelse som innebærer at overdrageren opphører å eksistere. I så fall kan også tariffbundetheten falle bort. Men hvis det er tale om en overdragelse av en *del* av den virksomheten (aktiviteten) som er omfattet av tariffavtalen, er det ikke tvilsomt at overdrageren fortsatt er tariffbundet også etter overdragelsestidspunktet. Utgangspunktet er da selvsagt at tariffavtalen gjelder videre for den del av virksomheten som ikke er overdratt.

Utgangspunktet er «motsatt» for *erhververens* vedkommende. Ved «reell overdragelse» er den alminnelige tariffrettslige norm som påpekt ovenfor at erververen ikke blir bundet. Det alminnelige utgangspunktet er det samme ved «ikke reell» overdragelse. Som påpekt i 2.2 foran er skillet mellom overdragerens og erververens tariffrettslige posisjon sentralt. Allerede *Prambyggerdommen* (ARD 1920-21.341) gir forutsetningsvis uttrykk for at selv ved en «ikke reell overdragelse» vil tariffbundethet ikke gå over på en erverver som er et selvstendig rettssubjekt (s. 344–345). Det selvstendige rettssubjektet svarer bare for de forpliktelser det selv har påtatt seg. Dette standpunktet kan sies å være modifisert, men ikke forlatt, i senere rettspraksis.

I ARD 1936.36 *Brastad* og ARD 1937.163 *Skarsten* ble «erhververen» i realiteten ansett bundet per *identifikasjon* med «overdrageren». Rasjonalet var at selv om det var tale om et nytt rettssubjekt, formelt sett, var det reelt sett samme bakenforliggende interesse. Det samme var tilfelle i ARD 1951.102 *Sandnessjøen Trevare*, som er den første avgjørelsen som – om enn aldri så kortfattet – gir dom for at erververen er tariffbundet. Også ARD 2001.1 *Hakon Detalj* og ARD 2004.163 *APTS* gir dom for at erververen er bundet av den tariffavtalen som overdrageren var bundet av. I begge sakene bygger avgjørelsene imidlertid på et identifikasjons- og «internt» selskapsrettslig omorganiseringssynspunkt. Prinsipielt er det derfor tvilsomt hvor vidtgående slutninger som kan trekkes fra dommene. Men som et alminnelig utgangspunkt gir de nok uttrykk for det som nå vil være den alminnelige regelen, særlig fordi det i første rekke vil være typer av selskapsrettslige omdannelser som vil falle i kategorien «ikke reell overdragelse». Hvis det alminnelige utgangspunktet legges til grunn,

må konsekvensen derimot bli at arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd gjelder på samme måte som ved «reell overdragelse».

Det bør føyes til at overgang av bundethet er ikke det samme som at en tariffavtale går over fra overdrager til erverver, eller at tariffavtalen eller overdragerens bundethet faller bort. Dette er illustrert allerede, ovenfor, men det er viktig også i fortsettelsen.

3 Fusjon som overdragelse og kontinuitet

3.1 Fusjon og arbeidsmiljølovens kapittel 16

Selskapsrettslig fusjon er én form for virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Det går ikke uttrykkelig frem av § 16-1 første ledd, men den enkle formuleringen der favner det bakenforliggende direktivets begrepspar «kontraktsmessig overdragelse eller en fusjon».¹⁴ I forarbeidene til § 16-2 la departementet til grunn at det kunne følge av «særskilt grunnlag» at en erverver bindes av en tariffavtale overdrageren har vært bundet av, jfr. i 2.3 ovenfor. Forholdet til fusjon ble drøftet, men uten at departementet tok bestemt stilling til om dette skulle anses som et slikt særskilt grunnlag. Etter en kort omtale av selskapsrettslig litteratur og dommen i ARD 2001.1 heter det i proposisjonen:

«Det er etter dette ikke grunnlag for å trekke noen generell konklusjon om at generalsuksesjonsklausulen i aksjeloven kapittel 13 i alle tilfeller skal gjelde for tariffavtaler. Dette er fortsatt et spørsmål som må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering i det enkelte tilfelle» (s. 268),

og

«Videre vil forslaget [om å kunne si seg fri] ikke få betydning i forhold til hva som skal gjelde ved fusjoner etter aksjeloven kapittel 13. Dette vil fortsatt måtte bero på en tolkning av generalsuksesjonsklausulen i aksjeloven. Dersom arbeidsgiver ikke av eget ønske velger å overta tidligere arbeidsgivers tariffavtale, vil spørsmålet om tariffavtaleovergangen fortsatt måtte avgjøres ut i fra en konkret vurdering i den enkelte sak» (s. 271).

¹⁴ 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, i uoffisiell oversettelse til norsk. Originaltekstene på fransk, tysk og engelsk bruker henholdsvis «fusion», «Verschmelzung» og «merger», som alle dekker det samme.

Her ble det med andre ord holdt åpent hvorvidt det kunne følge av aksjelovens fusjonsregler om tariffbinding skulle gå over fra «overdrager» til «erverver» ved fusjon. Hvorfor og hvordan det skulle bero på «en konkret vurdering i den enkelte sak», er vanskeligere å forstå.

3.2 Fusjon og kontinuitetsprinsipp

Det aksjerettslige kontinuitetsprinsippet ble introdusert med aksjeloven av 1976.¹⁵ Det fikk uttrykk i lovens § 14-1, der det het:

«Et aksjeselskap kan overdra eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet til et annet aksjeselskap mot at aksjeeierne får aksjer i det overtakende selskap, eller aksjer med et tillegg som ikke overstiger 20 prosent av det samlede vederlag.»

Bestemmelsene i aksjeloven av 1997 og allmennaksjeloven, begge § 13-2 første ledd, er reelt helt tilsvarende:

«Sammenslåing av selskaper er undergitt reglene om fusjon i kapitlet her når et selskap (det overtakende selskapet) skal overta et annet selskaps (det overdragende selskapets) eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet mot at aksjeeierne i dette selskapet får som vederlag

1. aksjer i det overtakende selskapet, eller
2. slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget.»

Dette kontinuitetsprinsippet står som motsetning til alminnelige formuerettslige regler. Der krever en overføring av forpliktelser som hovedregel samtykke fra kreditor; en debitor kan ikke uten videre stille en annen i sitt sted.¹⁶ I forhold til dette er kontinuitetsprinsippet en spesialregulering. Kontinuitetsprinsippet er en betegnelse på regler som går ut på at det overtagende selskapet ved en fusjon trer inn i det overdragende selskapets rettsforhold uten at noe samtykke fra det sistes kreditorer er nødvendig.¹⁷

¹⁵ Lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper.

¹⁶ Se f.eks. V. Hagstrøm, *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget 2011, 869.

¹⁷ Mads Henry Andenæs har mer spissformulert betegnet kontinuitetsprinsippet som «en juridisk konstruksjon som innebærer at det overdragende selskap anses for å fortsette i det fusjonerte selskap, slik at det ikke finner sted noe identitetsskifte ...», se M.H. Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksje-*

I forarbeidene til 1976-loven fremholdt departementet at mens det «ved vanlig oppløsning klart er riktig å anvende opphørssynspunktet, vil det ved fusjon være grunn til å understreke den kontinuitet som vil foreligge med hensyn til selskapets virksomhet». ¹⁸ Departementet pekte på at en slik løsning ville være av sentral interesse for selskapene, idet det kunne ha stor betydning for den videre drift å kunne bygge på eksisterende avtaler. Derfor fremholdt departementet at

«Etter departementets oppfatning bør det også i norsk aksjerett tas som utgangspunkt at et selskap ved fusjon kan overdra alle rettigheter – også de rettigheter som ellers ikke er overførbare.» ¹⁹

Dette utgangspunktet ble videre presisert i de alminnelige motivene. Der heter det blandt annet:

«De kontinuitetssynspunkter som departementet foran har gjort gjeldende, forutsetter ... at hele virksomheten med alle rettigheter omfattes av fusjonen. De fusjonerende selskaper kan med andre ord ikke begrense fusjonen slik at enkelte avtaler holdes utenfor fusjonen med den begrunnelse at de anses uheldige. Dette er regelen etter tysk rett og må bli regelen også etter norsk rett når det bygges på den [sic] foran nevnte utgangspunkt.» ²⁰

I proposisjonen er det ikke presisert hvilket forbilde det siktes til med «tysk rett». Men ut fra den forutgående innstillingen ²¹ er det klart at det var den tyske aksjeloven av 1965 ²² slik den da gjaldt. Denne lovens bestemmelser om fusjon (*Verschmelzung*) er senere inkorporert

selskaper. Oslo: [eget forlag] 1998, 441, *samme*, 2. utg. Oslo: [eget forlag] 2006, 580.

¹⁸ Ot.prp. nr. 19 (1974-75) *Om lov om aksjeselskaper*, 201; sperret i originalen.

¹⁹ *Ibid.*; likeledes sperret i originalen. Jfr. også s. 209 der det understrekes at ved en fusjon skal eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras *som en helhet*.

²⁰ *Ibid.* 201–202; min kursivering.

²¹ *Innstilling om lov om aksjeselskaper* : Avgitt i mars 1970 av lagmann Hans Fredrik Marthinussen på grunnlag av oppdrag gitt ved kongelige resolusjoner 26. januar 1962 og 22. februar 1963. [Oslo:] Justis- og politidepartementet 1970. Se særlig 45–46.

²² Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089) (AktG).

i den mer omfattende *Umwandlungsgesetz* fra 1994.²³ Det kommer jeg tilbake til.

3.3 Kontinuitetsprinsipp og tariffavtaler i selskapsrettslitteraturen

I den første lovkommentaren til den nye aksjeloven av 1976 gav Jan Skåre uttrykk for at det var forutsatt at tariffavtaler var omfattet av kontinuitetsprinsippet og derved gikk over på det overtagende selskap. Han uttalte:

«Det er forutsatt at opplegget [med overgang i sin helhet] kan skape enkelte vanskeligheter bl.a. ved tariffavtaler. Innen det overtakende selskap kan det være en ulempe å måtte operere med flere slike avtaler for like grupper arbeidstakere. En harmonisering for så vidt må imidlertid søkes oppnådd ved avtale.»²⁴

Dette var i tilfelle en stilltiende forutsetning blandt de spesielt innvidde. Hverken i innstillingen eller i proposisjonen er tariffavtaler overhodet nevnt i forbindelse med fusjonsregler. Det er nok grunn til å tro Skåre, han var med på begge stadier.²⁵ Men det er i beste fall problematisk at en slik forutsetning ikke kom til uttrykk. Dermed kunne ikke Stortinget ta stilling til den, og i ettertid er det ikke mulig å ha noen sikker mening om hvem som delte en slik forutsetning, eller hva slags oppfatninger man bygget forutsetningen på.

Her skyter jeg inn at forarbeidene til aksjelovene av 1997 ikke bragte noe nytt; der er tariffavtaler overhodet ikke nevnt i forbindelse med fusjonsreglene.²⁶

Skåres synspunkt ble fastholdt i neste utgave av lovkommentaren, i 1980,²⁷ og senere av Skåre og Knudsen i 1987 og 1991.²⁸ I en

²³ Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 48 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist (UmwG).

²⁴ J. Skåre, *Lov om aksjeselskaper med kommentarer*. Oslo 1976, 280.

²⁵ Skåre var sekretær for Marthinussens innstilling og ledet arbeidet med proposisjonen i Justisdepartementets lovavdeling.

²⁶ Se særlig NOU 1992: 29 *Lov om aksjeselskaper*, 197–198, Ot.prp. nr. 36 (1993–94) *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven)*, 234–235, NOU 1996: 3 *Ny aksjelovgivning*, 170–172, og Ot.prp. nr. 23 (1996–97) *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)*, 113–114, 168.

artikkel fra 1979 hevdet Magnus Aarbakke at «så vel kollektive som individuelle arbeidsavtaler [sic] ... må prinsipielt følge de regler» som gjelder om kontinuitet. Således måtte også «kollektive arbeidsavtaler som var bindende for det overdragende selskap. ... anses bindende for det overtakende selskap».²⁹ «Kollektive arbeidsavtaler» er en terminologi som forsvant ut av det arbeidsrettslige vokabular omkring 1910–1920, men det er klart at det er tariffavtaler Aarbakke siktet til. Noen drøftelse av spørsmålet gav Aarbakke ikke i denne artikkelen. Men uttalelsen ble gjentatt og bygget noe ut i en artikkel fra 1987. Der heter det:

«Det overdragende selskap kan være part i eller bundet av så vel kollektive som individuelle arbeidsavtaler. Kollektive arbeidsavtaler som er bindende for det overdragende selskap, må anses bindende også for det overtakende selskap. Tilsvarende må andre parter i kollektive arbeidsavtaler godta den endringen i partsstillingen som skjer ved fusjonen.»³⁰

Det springer i øynene at det som sies her, er internt inkonsistent. Det er også inkonsistent med en tidligere uttalelse i samme artikkel. Jeg kommer tilbake til dette. I en senere anmeldelse av Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2003), uttalte Aarbakke generelt at «[u]tgangspunktet må være klart nok: Overdragende selskaps arbeidsrettslige forpliktelser overføres til det overtakende selskap, ...». Men med utgangspunkt i at «selvsagt kan særregler for visse typer av rettsforhold, for eksempel arbeidsforhold, gjøre unntak fra dette kontinuitetsprinsippet», diskuterte han i første rekke «pensjonsunntaket» i § 73 B nr. 3 i arbeidsmiljøloven av 1977. Han føyde imidlertid til:

²⁷ J. Skåre, *Lov om aksjeselskaper med kommentarer*. 2. utg. Oslo: Tanum-Norli 1980, 280

²⁸ J. Skåre og G. Knudsen, *Lov om aksjeselskaper med kommentarer*. 3. utg. Oslo: TANO 1987, 342, *samme*, 3. utg. 3.oppl. Oslo: TANO 1991, 342.

²⁹ M. Aarbakke, «Selskapsrettslige og næringsrettslige spørsmål i forbindelse med fusjon ved selskapsoverdragelse – en oversikt», *Bedriftsøkonomen* 1979, 534–541, 556; sitatene er fra avsnitt 5.6 Særlig om arbeidsrettslige kontrakter, s. 541.

³⁰ M. Aarbakke, «Fusjon av aksjeselskaper ved opptak – enkelte rettsspørsmål», *Jussens Venner* 1987, 153–192 (178–179).

«Det overtakende selskaps stilling til det overdragende selskaps tariffavtaleforpliktelser reiser således spørsmålet om det for disse foreligger et særlig grunnlag for unntak fra aksjelovens kontinuitetsprinsipp, slik at avtaleforpliktelsen faller bort når avtaleparten blir borte.»³¹

Mer enn en halvveis identifikasjon av problemstillingen var dette ikke. Også det kommer jeg tilbake til. I sin kommentarutgave til aksjeloven berørte Marthinussen og Aarbakke ikke tariffavtaler; de omtalte kun arbeidsavtaler.³² Det samme gjelder Mads Henry Andenæs.³³ Knut-Marius Sture la i sin tid til grunn at en tariffavtale vil gå over på det overtagende selskap ved fusjon ved opptak, men reserverte seg for fusjon ved nystiftelse.³⁴ Jakhelln, som har drøftet tariffavtalers stilling ved overdragelse av virksomhet i en viss bredde, om enn med et klart *de lege ferenda*-preg, gikk ikke spesielt inn på fusjonsspørsmålene.³⁵ I en drøftelse av «[t]ariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse» i boken *Arbeidsavtalen* (1999) behandlet Jan Fougner fusjonsproblemet spesielt og anså rettstilstanden som «noe mer åpen» enn ved virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven av 1977³⁶ kapittel XII A.³⁷ I Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (2003) fremholdt

³¹ M. Aarbakke, [Anm. av] «Jan Fougner, Eli Aasheim, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Espen Bergh, Tron Sundet: Omstilling og nedbemanning, Universitetsforlaget, Oslo 2003. 435 s.», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2003, 438–442 (440), min kursivering

³² H. Marthinussen og M. Aarbakke, *Aksjeloven. Med kommentarer*. Oslo: Aschehoug 1986, 502. Aarbakke var ansvarlig for kommentarene til bl.a. lovens kapittel 14.

³³ Se M.H. Andenæs, *Aksjeselskapsrett*. 2. utg. Oslo: [eget forlag] 1992, 416, samme, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 456, og 2. utg., 579 ff. (jfr. note 17 foran).

³⁴ K.-M. Sture, «Tariffavtalens stilling ved eierskifte», *Lov og Rett* 1988, 190–201

³⁵ Se H. Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*. 2. utg. Oslo: NKS-forlaget 1996, 393–417, samme, 3. utg. Oslo: N.W. Damm & Søn 2004, 489–511. I samme, 4. utg. Oslo: N.W. Damm & Søn 2006, er fremstillingen lagt noe om som konsekvens av den nye arbeidsmiljøloven av 2005 og dens § 16-2 annet ledd.

³⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

³⁷ J. Fougner, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (jfr. note 6 foran), 66–80 (79).

forfatterne med henvisning til ARD 2001.1 at en anvendelse av kontinuitetsprinsippet ved fusjon måtte bero på en konkret vurdering.³⁸

Mot denne bakgrunnen er det grunn til å merke seg at i den første kommentarutgaven til de nye aksjelovene av 1997 sies det ikke noe om tariffavtalens stilling ved fusjon. Forfatterne behandler individuelle arbeidsavtaler og arbeidsmiljøloven av 1977 kapittel XII A om virksomhetsoverdragelse. Til det siste bemerker de at «[b]estemmelsene forutsetter at det overtakende selskap ikke ut over dette [virkningen av erververs tariffavtale i de individuelle arbeidsforhold] blir bundet av tariffavtale som det (de) overdragende selskap(er) var part i». Det sies ikke noe om situasjonen for en tariffavtale som sådan.³⁹ Det samme er tilfelle for neste utgave i 2004.⁴⁰ Johan Giertsen peker likeledes på at tariffavtaler ikke omfattes av § 73 B i 1977-loven, og berører heller ikke situasjonen for en tariffavtale som sådan ved fusjon.⁴¹ I en ny utgave av *Omstilling og nedbemanning* (2011) konkluderer Fougner m.fl. i lys av nyere rettspraksis med at ved fusjon som er «reell overdragelse», går arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd foran det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet.⁴²

Litteraturen, både den selskapsrettslige og den arbeidsrettslige, gir altså et broget bilde. Det er ingen konsensus om tariffavtalers stilling ved fusjon. Ellers er det bemerkelsesverdig at i selskapsrettslitteraturen før aksjelovene av 1997 gav de fleste fremstillingene uttrykk for at tariffavtaler som er bindende for det overdragende selskap, må anses bindende også for det overtagende selskap ved fusjon. I kommentarutgaver og annen litteratur om aksjelovgivningen etter 1997 ser tariffavtalespørsmål ved fusjon derimot ut til å ha forsvunnet fra den selskapsrettslige horisonten. Til gjengjeld har

³⁸ J. Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning* (jfr. note 6 foran), 153–156.

³⁹ M. Aarbakke, J. Skåre, G. Knudsen, T. Ofstad, A. Aarbakke, *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*. Oslo: Tano Aschehoug 1999, 644.

⁴⁰ M. Aarbakke, J. Skåre, G. Knudsen, T. Ofstad, A. Aarbakke, *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget 2004, 787.

⁴¹ J. Giertsen, *Fusjon og fisjon*. Bergen: Universitetsforlaget 1999, 241–242.

⁴² J. Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*. 2. utg. (jfr. note 8 foran), 209–211 (211).

spørsmålene tiltrukket seg fornyet og mer omfattende interesse fra den arbeidsrettslige siden. Det er en del av temaet i neste hovedavsnitt. Først vil jeg imidlertid se på noen grunnleggende tariffrettslige begreper og forholdet til det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet.

4 Tariffavtaler, kontinuitet og diskontinuitet

4.1 Tariffbundethet i ulike former

I artikkelen fra 1987 skrev Aarbakke at «Kollektive arbeidsavtaler som er bindende for det overdragende selskap, må anses bindende også for det overtakende selskap. Tilsvarende må andre parter i kollektive arbeidsavtaler godta den endringen i partsstillingen som skjer ved fusjonen» (jfr. v. note 30 foran).

Det siste er på det nærmeste en fiktiv problemstilling. Men den illustrerer dilemmaet i forholdet mellom selskapsretts- og arbeidsrettskunnige. Problemstillingen er fiktiv fordi det praktisk talt aldri forekommer at det er flere arbeidsgiverparter i én tariffavtale.⁴³ Det var heller ikke tale om noe slikt i dommen i ARD 1966.45, som ofte har vært trukket frem som en dom om fusjon som ikke skulle kunne opprettholdes etter innføringen av kontinuitetsprinsippet i aksjeloven av 1976. Det lar seg diskutere. I denne sammenheng er poenget bare at de fem selskapene som ble slått sammen til et nytt, ikke var parter i noen tariffavtaler. De var derimot bundet av tariffavtalen mellom Norsk Arbeidsgiverforening og Norsk Rutebilarbeiderforbund.

Dette peker mot et skille som er helt grunnleggende når det er tale om tariffbundethet, nemlig skillet mellom *partsbundethet* og *medlemsbundethet*.⁴⁴ På arbeidstagersiden er det bare et kollektiv, en fagforening i lovens forstand, som kan være tariffpart. På arbeidsgiversiden kan enten en enkelt arbeidsgiver eller en arbeidsgiver-

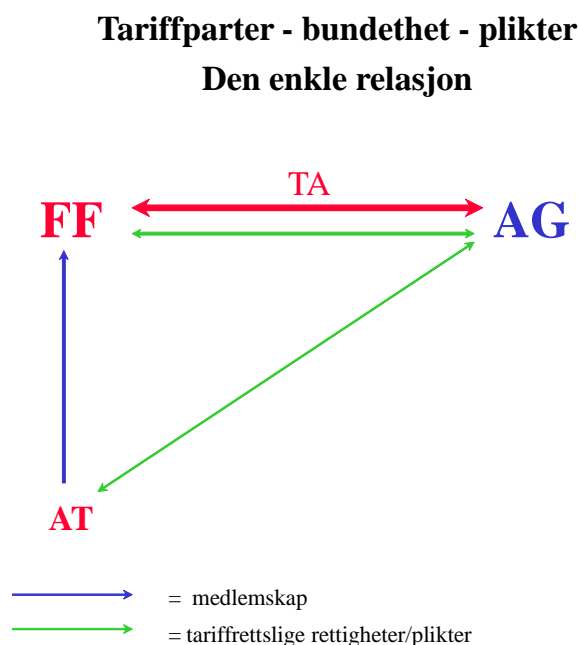
⁴³ I Arbeidsrettens rettspraksis finnes det ikke mer enn en håndfull eksempler, og de ligger langt tilbake i tid.

⁴⁴ Jfr. S. Evju, *Utkast til en innføring i arbeidsrett*. Arbeidsnotater fra Institutt for offentlig rett. Nr. 2. Oslo 1983, 44, *samme*, «Norge», i A. Backman m.fl. (note 4 foran), 251, og T.Aa. Stokke, S. Evju, H.O. Frøland, *Det kollektive arbeidslivet*. Oslo: Universitetsforlaget 2003, 123–124.

forening være part.⁴⁵ Når en fagforening er tariffpart, er foreningen partsbundet, mens dens medlemmer som omfattes av tariffavtalen, er medlemsbundne. På samme måte er det dersom en arbeidsgiverforening er tariffpart. Da er det foreningen som er partsbundet, mens de aktuelle medlemsbedriftene (foretak, selskaper) er medlemsbundne. En medlemsbundet bedrift er således ikke part i tariffavtalen, det er det bare arbeidsgiverforeningen som er. Det er bare dersom en tariffavtale inngås med en enkelt bedrift – i praksis gjerne en som ikke er medlem i en arbeidsgiverforening – at det er bedriften som er part i tariffavtalen.

Den siste konstellasjonen, som jeg kaller den enkle, kan illustreres slik:

Figur 1:



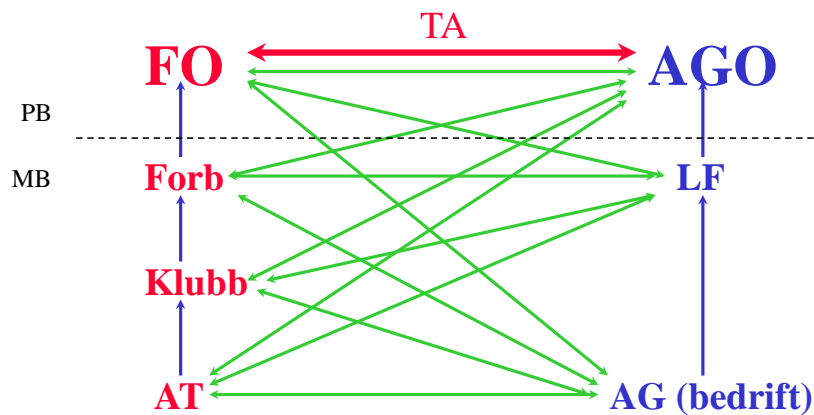
Der tariffpartene på begge sider er organisasjoner, blir konstellasjonen mer kompleks. I illustrasjonen nedenfor har jeg tegnet en typisk konstellasjon med den aktørstrukturen som er den som dominerer i norsk tariffavtalesammenheng.⁴⁶

⁴⁵ Se nå arbeidstvistloven av 2012 § 1 litra e, som svarer til den tidligere arbeidstvistloven av 27. mai 1927 nr. 1 § 1 nr. 8.

⁴⁶ Med en reservasjon for at det i alt vesentlig bare er NHO som har egne landsforeninger som medlemmer og underordnede tariffparter. Se ellers til dette T.Aa. Stokke, S. Evju, H.O. Frøland (note 44 foran) kapittel 3.

Figur 2:

Tariffparter - bundethet - plikter
Komplekse relasjoner



Her er FO en «paraplyorganisasjon» på arbeidstagersiden (LO, YS, Unio, Akademikerne). Denne har et antall forbund som medlemmer, og forbundet har individuelle medlemmer som kan være sluttet sammen i «klubber» e.l. AGO står for arbeidsgiverforening (som f.eks. NHO, Virke, Spekter, Finansnæringens Arbeidsgiverforening; det er en rekke andre også). Arbeidsgiverforeningen kan ha «underorganisasjoner» for ulike bransjer e.l., eller bedriftene kan være medlem direkte i arbeidsgiverforeningen.

I dette bildet er det bare FO og AGO som er parter i tariffavtalen, rettslig sett. Det er markert med den stiplede linjen og «PB» = partsbundethet. Alle de underliggende leddene har ikke noen partsstilling i tariffavtalen, de er bare medlemsbundne (forutsatt at tariffavtalen har anvendelse for dem⁴⁷). Betydningen ligger blandt annet i at det bare er tariffpartene som har rådighet over tariffavtalen, kan si den opp, avtale nye eller endrede bestemmelser, m.v. De medlemsbundne kan ikke disponere over tariffavtalen, ei heller reise søksmål i tvister som knytter seg til den⁴⁸ men må henholde seg til det som bestemmes av tariffpartene.

⁴⁷ Dette er et annet og mer omfattende tema enn jeg kan gå inn på her. I denne sammenheng er det nok å understreke at en tariffavtale ikke uten videre er bindende for ethvert medlem av en tariffpart.

⁴⁸ Se nå arbeidstvistlovens § 35 første ledd, som svarer til første del av § 8 i 1927-loven.

En medlemsbundet bedrift «har» derfor ikke noen tariffavtale, bare en tariffbundethet, og er da heller ikke part i en organisasjonsmessig tariffavtale (dvs. en tariffavtale med organisasjoner på begge sider som parter). Den første inkonsistensen i Aarbakkes uttalelser i artikkelen fra 1987 (jfr. foran v. note 30) ligger her. I annen setning av det siterte snakker han om bundethet, i neste setning om «andre parter». Tilsynelatende likestiller han bundethet med det å være tariffpart. Men det er å blande begrepene – medmindre meningen var å bare snakke om det jeg ovenfor har kalt enkle konstellasjoner. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at Aarbakke hadde en slik avgrensning i tankene. Den andre – ihvertfall tilsynelatende – inkonsistensen har sammenheng med en uttalelse tidligere i den samme artikkelen. Der tok han utgangspunkt i at aksjeloven av 1976 § 14-1 var ment som en hjemmel for at rettigheter som i alminnelighet ikke var overdragelige, likevel skulle være det ved fusjon. Dernest uttalte han:

«Om det som er sagt ovenfor gjelder rettigheter av en annen karakter enn formuerettslig, f.eks. medlemskap i en arbeidsgiverorganisasjon, er mer tvilsomt. I prinsippet beror svaret på en tolkning av vedkommende organisasjons vedtekter» (s. 176).

Her svikter sammenhengen mellom dette utgangspunktet og tanken om at bundethet av en tariffavtale skal gå over på det overtagende selskap ved en fusjon.

Det er i det hele tatt karakteristisk at det som finnes av uttalelser om tariffavtalers stilling ved fusjon i den selskapsrettslige litteraturen, omtaler «tariffavtale» som om dette skulle være et enhetlig fenomen. Det mangler nyansering, kan hende også forståelse for de ulike typene av konstellasjoner som er aktuelle. Dermed blir de mest sentrale problemstillingene, de som knytter seg til medlemsbundethet, borte fra diskusjonen.

4.2 Kontinuitetsprinsipp og det tyske forbildet

Som jeg har pekt på foran (i 3.2) hadde innføringen av et kontinuitetsprinsipp ved fusjon av aksjeselskaper et tysk forbilde. Det er sagt uttrykkelig i lovproposisjonen (s. 201-202). Av sammenhengen med den forutgående innstillingen er det klart at forbildet var fusjonsreglene i den tyske aksjeloven av 1965 slik den da gjaldt. Dens bestemmelser om fusjon (*Verschmelzung*) er senere inkorporert i den mer

omfattende *Umwandlungsgesetz* (UmwG) fra 1994 (jfr. note 23). Hovedprinsippet ved fusjon er imidlertid det samme. Ved fusjon finner det sted en universalsuksesjon, eller sagt på en annen måte, det gjelder en kontinuitet ved at den overdragendes formue med alle rettigheter og plikter går over på den ervervende rettslige enhet, og overdrageren oppløses. Jfr. UmwG § 20 «Wirkungen der Eintragung»:

«(1) Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers hat folgende Wirkungen:

1. Das Vermögen der übertragenden Rechtsträger geht einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über.
2. Die übertragenden Rechtsträger erlöschen. Einer besonderen Löschung bedarf es nicht.»

Reglene om fusjon (*Verschmelzung*) gjelder både fusjon ved opptak og fusjon ved nystiftelse (jfr. UmwG § 2). Det prinsippet om universalsuksesjon som gjelder blandt annet i slike tilfeller, betegnes gjerne *Gesamtrechtsnachfolge*.

Ved en *Gesamtrechtsnachfolge* vil partsstillingen i en *Firmentarifvertrag* gå over på det overtagende selskap.⁴⁹ Dette svarer til det jeg i 4.1 foran har kalt enkle konstellasjoner: En tariffavtale er inngått direkte med en bedrift, uten at noen overordnet organisasjon er deltaktig. Vedkommende bedrift (selskap) er da selvstendig tariffpart. Denne partsstillingen er overførbar i tilfeller som ved fusjon.

Dette stiller seg annerledes ved *organisasjonsmessige* tariffavtaler – som i det jeg foran har kalt komplekse relasjoner. I tysk rett er det helt grunnleggende at *bundethet* (medlemsbundethet) av en *Verbandstarifvertrag* **ikke** går over til det overtagende selskap ved en fusjon.⁵⁰ Dette er en distinksjon og en dimensjon av kontinuitetsprinsippet som aksjelovkonsipistene later til ikke å ha fått tak i, eller på.

Det grunnleggende poenget er at i slike tilfeller er det overdragende selskap tariffbundet *som medlem* av den arbeidsgiverorganisasjon som er tariffpart. En *Verbandstarifvertrag* kan ikke binde andre

⁴⁹ Terminologien i UmwG er betinget av at loven gjelder fusjoner, omdannelser m.v. for en rekke typer av virksomheter, ikke bare aksjeselskaper. Derfor er termen «Rechtsträger» – rettslig enhet, selvstendig enhet – brukt.

⁵⁰ Det samme gjelder tilsvarende konstellasjoner ved andre former for *Gesamtrechtsnachfolge*.

enn tariffpartenes medlemmer. Jfr. forsåvidt *Tarifvertragsgesetz*⁵¹ § 3 Abs. 1. Dette er helt på samme måte som for organisasjonsmessige tariffavtaler etter norsk rett.⁵²

Den tyske løsningen henger sammen med at medlemskap, også medlemskap i en arbeidsgiverorganisasjon, ikke er overdragelig. Det følger av BGB⁵³ § 38:⁵⁴

«Die Mitgliedschaft ist nicht übertragbar und nicht vererblich. Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kann nicht einem anderen überlassen werden.»

Et overtagende selskap kan likevel bli bundet av samme tariffavtale som det overdragende selskap var bundet av, hvis det overtagende selskap allerede *er* medlem av samme arbeidsgiverorganisasjon og tariffavtalen etter sitt innhold er anvendelig for det.⁵⁵ I norsk rett er dette ikke så enkelt; det har sammenheng med det jeg kaller «10 %-reglene»; jfr. nærmere nedenfor.

⁵¹ Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949, in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), das zuletzt durch Artikel 88 des Gesetzes vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1864) geändert worden ist (TVG).

⁵² Jfr. indirekte arbeidstvistlovens § 6 og § 7.

⁵³ Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (am 1. Januar 1900 in Kraft getreten), in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Juli 2011 (BGBl. I S. 1600) geändert worden ist.

⁵⁴ Se til dette og det som sies om tysk rett i det hele f.eks. F. Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht : Ein Lehrbuch. Band I: Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung*. München: C.H. Beck 1997, 446, 779-780; M. Bachner u.A., *Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2003, 245-246; *Arbeitsrechts-Handbuch : Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*. G. Schaub u.A. (Hrsg.). 13. Auflage. München: C.H. Beck 2009, § 116 Rnr. 15, § 119 Rnr. 36-41; W. Däubler (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2006, § 3 Rnr. 167-168.

⁵⁵ Det samme vil – selvsagt – gjelde dersom det overdragende selskap var bundet av en almenyldigerklært (*allgemeinverbindlich*) tariffavtale som også er anvendelig for det overtagende selskap. Her er ikke bundethet betinget av parts- eller medlemsbundethet, men forpliktelsen følger av vedtaket om almenyldiggjøring.

Selv om det overtagende selskap ikke blir bundet av den tariffavtalen som det overdragende selskap var bundet av, betyr det selvfølgelig ikke at tariffavtalen faller bort. Når det er tale om en organisasjonsmessig tariffavtale, er *partene* i avtalen upåvirket av at en medlemsbedrift fusjonerer. Bedriften har ingen partsstilling, men er *medlemsbundet*. Tariffavtalen vil fortsatt bestå mellom tariffpartene og være bindende for de berørte medlemmer, bedrifter og arbeidstagere.

I norsk rett har vi ingen regel tilsvarende BGB § 38. Spørsmålet blir da om medlemskap er overdragelig, eller om det er uoverdragelig. Som Aarbakke har bemerket (jfr. avslutningsvis i 4.1 foran), er medlemskap, f.eks. i en arbeidsgiverorganisasjon, et rettsforhold av en annen karakter enn formuerettslig. Bare derfor er det ihvertfall tvilsomt om det skal kunne anses å være omfattet av fusjonsreglenes kontinuitetsprinsipp. Aarbakke tok til orde for å la dette bero på «en tolkning av vedkommende organisasjons vedtekter». Det kan kanskje virke besnærende, men er neppe en farbar vei. Ett er at arbeidsgiverorganisasjonene typisk har vedtekter som krever at visse prosedyrer følges og materielle krav oppfylles.⁵⁶ Noe annet og mer vesentlig er at en overgang av medlemskap ved fusjon ville innebære en *tvang* for arbeidsgiverforeningen til å oppta et nytt medlem, uavhengig av egne vedtekter. Det strider uten videre mot prinsipper om organisasjonsfrihet. Det samme er tilfelle dersom det overtagende selskap ved en fusjon forpliktes til medlemskap i en arbeidsgiverorganisasjon som det overdragende selskap var medlem i. Det vil innebære en form for organisasjonstvang som prinsipielt sett er uantagelig.⁵⁷

⁵⁶ Se f.eks. NHOs vedtekter §§ 2–2, 2–3 og 2–5, Spekters vedtekter §§ 2–2 og 2–3, Finansnæringens Arbeidsgiverforenings vedtekter § 2

⁵⁷ Se helt eksempelvis til dette EMDs dom 24. juni 1993 *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland* (case no. 24/1992/369/443), avsnitt 35–41, om organisasjonsfrihet for en næringsdrivende etter EMK artikkel 11, og likeledes EMDs dom 25. april 1996 *Gustafsson v. Sweden* (Appl. No. 15573/89), *Reports 1996-II*, 637; og videre Committee of Freedom of Association, *Digest of Decisions*. Geneva: ILO 2006, avsnitt 333, jfr. også avsnitt 729 og 730.

EF-domstolens dom i *Werhof*⁵⁸ gir en illustrasjon. Saken gjaldt virkningene av en virksomhetsoverdragelse. Spørsmålet i saken var hvilke rettigheter den enkelte arbeidstager har dersom det skjer endringer i den tariffavtale *overdrageren* er bundet av, *etter* overdragelsestidspunktet, når den tariffavtalen som forelå på overdragelsestidspunktet, ligger til grunn for individuelle lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstagere. Erververen var ikke tariffbundet. EF-domstolen la til grunn at en endring etter overdragelsestidspunktet ikke kunne ha virkning for erververen, og fremhevet særlig hensynet til organisasjonsfriheten:

«33 Freedom of association, which also includes the right not to join an association or union (see, to that effect, Eur. Court of H.R., Sigurjónsson v Iceland, judgment of 30 June 1993, Series A, No 264, § 35, and Gustafsson v Sweden, judgment of 25 April 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996-II, p. 637, § 45) is enshrined in Article 11 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and is one of the fundamental rights which, in accordance with the Court's settled case-law, are protected in the Community legal order (Case C-415/93 Bosman [1995] ECR I 4921, paragraph 79), as is restated in Article 6(2) EU (see Case C-274/99 P Connolly v Commission [2001] ECR I-1611).

34 If the 'dynamic' interpretation, supported by the claimant, of the contractual reference clause mentioned in paragraph 18 of this judgment were applied, that would mean that future collective agreements apply to a transferee who is not party to a collective agreement and that his fundamental right not to join an association could be affected.»

Det kan nok hevdes at så lenge vi i norsk rett ikke har en regel tilsvarende den tyske BGB § 38, må kontinuitetsprinsippets alminnelige rekkevidde også omfatte medlemsbundethet av en tariffavtale. Et slikt standpunkt står meget svakt, etter mitt syn. Det er snakk om en lovregulering som sies å ha bygget på en forutsetning om at «tariffavtaler» skulle omfattes (jfr. innledningsvis i 3.3 foran). Det er ikke en forutsetning som har kommet til uttrykk i lovforarbeidene på noe tidspunkt. Når efterfølgende litteratur viser at det «tyske forbildet» ikke har vært forstått riktig, og at selskapsrettslitteraturen ikke har forholdt

⁵⁸ Sak C-499/04 *Hans Werhof v Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG* [2006] EFD I-2397.

seg til de ulike problemstillingene som er involvert, inkludert organisasjonsfrihetsspørsmålene, er det liten, om noen, grunn til å legge vekt på disse synspunktene.

5 Fusjon, kontinuitet og tariffavtaler i norsk rettspraksis

Noen utgangspunkter er enkle. I en «direkteavtale» (*Firmentarifverdrag*), en tariffavtale som er inngått direkte med en bedrift, er bedriften selvstendig tariffpart. Denne partsstillingen er overførbar i tilfeller som ved fusjon. Ved en *organisasjonsmessig* tariffavtale er den tariffrettslige situasjonen annerledes. Det overdragende selskap har ikke noen partsstilling som kan overtas. Tariffavtalen fortsetter å bestå selv om et overtagende selskap ved fusjon ikke trer inn i en medlemsbundethet. Hvordan en bundethet for det overtagende selskap da eventuelt skal arte seg, er uløst. Nå, tredivet år i ettertid, kunne man kanskje trekke veksler på arbeidsmiljølovens forarbeider om virkningen av at bundethet eventuelt går over ved en virksomhetsoverdragelse.⁵⁹ Men det gir ikke mye å holde seg til.⁶⁰

Spørsmål om det foreligger tariffbundethet, hører ikke under Høyesterett og de alminnelige domstoler ellers. Det er bare Arbeidsretten som rettskraftig kan avgjøre spørsmål om en tariffavtales gyldighet, om bundethet m.v.⁶¹ Det gjelder også ved fusjoner. Da er det grunn til å se nærmere på de dommene der Arbeidsretten har befattet seg med fusjonsproblemstillinger. Antallet avgjørelser er ikke stort. Jeg inkluderer ikke *Securitasdommen*; den gjaldt ikke et fusjonstilfelle (jfr. i 2.1 foran). Det er da tale om tre–fire dommer fra 2001 til 2011.

⁵⁹ Det vil man måtte gjøre hvis arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd får anvendelse ved en fusjon. Men problemstillingen er jo i første rekke om fusjonsreglene utelukker «reservasjonsretten» i § 16-2 annet ledd.

⁶⁰ Jfr. S. Evju, «Sjelløse tariffavtaler», i: *Vänbok til Ronnie Eklund*. Arbetsrättsliga föreningens skriftserie volym VIII. (Kerstin Ahlberg, red.). Uppsala: Iustus förlag 2010, 169–185 (180–183).

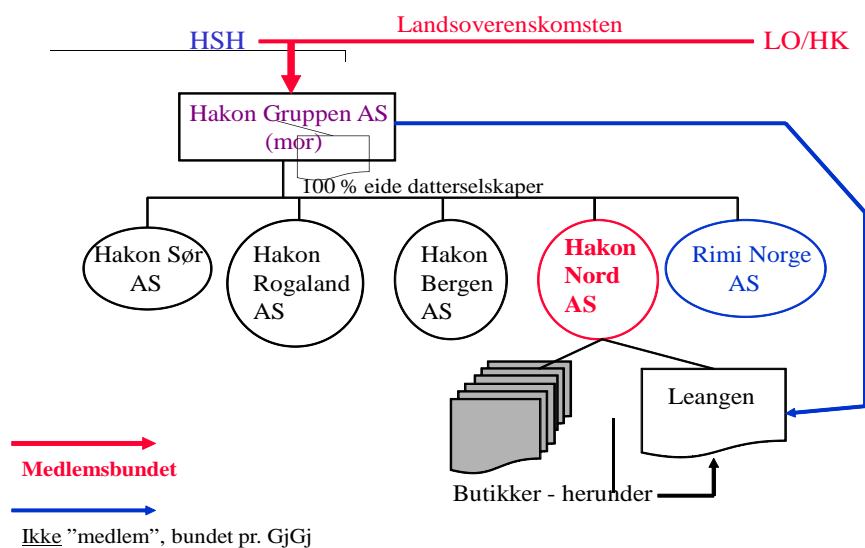
⁶¹ Se arbeidstvistlovens § 33 annet ledd jfr. § 1 litra i.

5.1 Hakon Detalj, 2001

Den første er dommen i ARD 2001.1 *Hakon Detalj*. Der var forholdet at morselskapet Hakon Gruppen AS var medlem i HSH⁶² og bundet av landsoverenskomsten HSH – LO/HK. Det heleide datterselskapet Hakon Detalj AS ble etablert gjennom en fusjon av fire tidligere datterselskaper. Disse datterselskapene drev flere butikker. Landsoverenskomsten var gjort gjeldende for noen av dem. Spørsmålet i saken gjaldt om Hakon Detalj AS skulle anses tariffbundet med virkning for én av butikkene som før fusjonen hadde hørt under et datterselskap som var bundet av landsoverenskomsten. Datterselskapene var ikke selv bundet av landsoverenskomsten. Hakon Detalj AS var ikke selv medlem i HSH. Selskapsstrukturen og situasjonen før og etter fusjonen er illustrert i Figur 3 og 4.

Figur 3

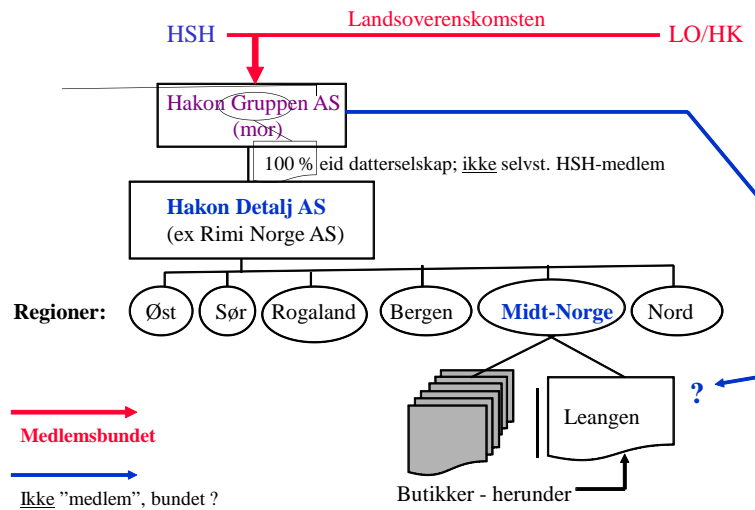
ARD 2001.1 Hakon Detalj – før fusjon 1999



⁶² Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon, nå Hovedorganisasjonen Virke.

Figur 4

ARD 2001.1 Hakon Detalj – etter fusjon 1999



Det er grunn til å peke på at den enheten tariffavtalen skulle ha anvendelse på, kjøpesenteret på Leangen, ikke på noe tidspunkt var et selskap eller noen annen form for selvstendig juridisk person. Butikken var en av flere butikker i et datterselskap til Hakon Gruppen AS, og hverken det første eller det andre datterselskapet var som sådant tariffbundet. Det medlemsbundne selskapet var morselskapet. Arbeidsretten bygget sin konklusjon om at Hakon Detalj AS var bundet av landsoverenskomsten «for så vidt gjelder de stillingskategorier ved kjøpesenteret på Leangen i Trondheim som var omfattet av landsoverenskomsten før fusjonen», på et resonnement basert på *morselskapets* tariffbundethet. I rettens (flertallets, 5–2) begrunnelse heter det således:

«Retten vil til slutt peke på at heller ikke Hakon Detalj AS er medlem av HSH, som er den overordnede part i landsoverenskomsten, og som således har partsrådigheten og er den som har søksmålskompetanse etter arbeidstvistlovens § 8. Disse omstendighetene kan imidlertid ikke være til hinder for at Hakon Detalj AS er bundet av landsoverenskomsten som sådan. Retten legger her vekt på at morselskapet – Hakon Gruppen AS – fortsatt er medlem av HSH, og at partene er enige om at landsoverenskomsten uten videre vil bli gjort gjeldende for de aktuelle stillingskategoriene ved kjøpesenteret på Leangen dersom LO og HK fremsetter et formelt krav om det etter bestemmelsene i hovedavtalen LO-HSH § 10. Det er således enighet om at vilkåret etter disse bestemmelsene om organisasjonsgrad er oppfylt. Det er ikke påberopt at hovedavtalen eller lands-

overenskomsten gir grunnlag for å stille opp ytterligere vilkår for å gjøre overenskomsten gjeldende ved en bedrift» (s. 14).

Resultatet var med andre ord ikke bygget på et fusjonsrettslig kontinuitetsprinsipp. Det fremgår også av uttalelsene avslutningsvis i det nest foregående avsnittet i dommen. Der heter det:

«Retten trenger ikke gå inn på spørsmålet om i hvilke former et overtakende selskap kan bli tariffbundet [ved fusjon]. Det spørsmålet Arbeidsretten skal ta stilling, er om det overtakende selskapet under de foreliggende omstendigheter er bundet av landsoverenskomsten som sådan i samme omfang som det overdragende selskapet var det» (s. 14; min kursivering).

Arbeidsretten drøftet likevel spørsmål om tariffavtalers stilling ved fusjon i adskillig bredde (s. 8-14). Som avrundning av dette meget voluminøse *dictum*'et uttalte retten:

«Uansett hva som er det rettslige grunnlaget, vil det forhold at et selskap er tariffbundet, i alminnelighet innebære at det har tariffmessige rettigheter og plikter i forhold til tariffpartene på arbeidstakersiden og de tariffbundne arbeidstakerne. Under henvisning til bemerkningene foran legger retten til grunn at slike rettigheter og plikter er av en slik karakter at de kan omfattes av den generalsuksesjon som etter bestemmelsene i aksjelovens kapittel 13 finner sted ved fusjon» (s. 14).

Retten så altså for seg at «tariffmessige rettigheter og plikter» skal kunne gå over ved fusjon, men gikk ikke inn på «i hvilke former» et overtagende selskap kan bli tariffbundet. På veien til disse sluttsynspunktene uttalte retten seg blandt annet om synsmåter i «arbeidsrettslig og selskapsrettslig litteratur» (s. 12), men gikk ikke særlig grundig inn i rettskildegrunnlaget i det hele.

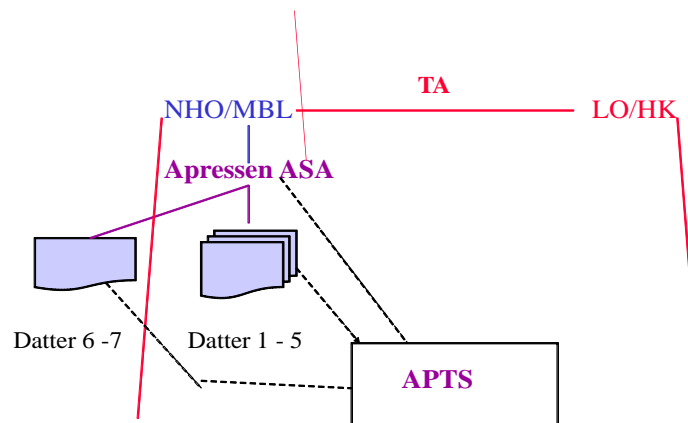
5.2 APTS, 2004

Dommen i ARD 2004.163 APTS gjelder ikke en fusjon, men en situasjon der et nytt datterselskap overtok oppgaver fra flere selskaper under morselskapets paraply.⁶³ Seks av disse var gjennom morselskapet bundet av medieoverenskomsten NHO/MBL – LO/HK, to var ikke tariffbundet. Konstellasjonen illustreres av Figur 5.

⁶³ Se litt mer inngående om dommen S. Evju, «Tariffavtalens stilling ved omdannelse og overføring av virksomhet – Arbeidsrettens dom 1. juli 2004 (Inr. 25/2004)», *Nytt i privatretten* 2004, nr. 3, 13-14.

Figur 5:

ARD 2004.163 APTS



Forholdet var at den tidligere Arbeiderpressens Tarifforening (ATF) ble nedlagt pr. 31. desember 1999, og medlemsbedriftene ble tilsluttet NHO/Mediebedriftenes Landsforening (MBL) med virkning fra 1. januar 2000. Medieoverenskomsten LO/HK – NHO/MBL ble da gjort gjeldende, men med endel særbestemmelser for de bedriftene som pr. 31. desember 1999 var omfattet av den overenskomsten ATF hadde med LO/HK. Dette gjaldt bl.a. A-pressen ASA og en rekke av dettes datterselskaper.

Som resultat av en konsernstyrt omorganiseringsprosess ble det etablert et nytt, heleid, datterselskap høsten 2002, A-pressen Tjenestenter AS (APTS). Selskapet ble innmeldt i NHO/MBL med virkning fra 1. januar 2003. Dels fra 1. januar, dels fra senere tidspunkter i 2003 overtok APTS så økonomi- og regnskapsfunksjoner m.v. for og fra morselskapet og syv datterselskaper. Seks av disse åtte selskapene (morselskapet og «Datter 1 – 5») var bundet av medieoverenskomsten med dens særbestemmelser. Omlegningen berørte arbeidsoppgavene til 32 arbeidstagere i syv av de åtte selskapene. Av disse gikk 15, fra fire av de åtte berørte selskapene, over til APTS; 17 valgte å bli der de var. Våren 2004 hadde APTS 24 ansatte og en noe større kundekrets enn den selskapet fikk ved omlegningen i 2003. Medieoverenskomsten LO/HK – NHO/MBL ble gjort gjeldende for APTS med virkning fra 1. januar 2003. Det var imidlertid uenighet om grunnlaget for dette og om særbestemmelsene for tidligere ATF-bedrifter var bindende for APTS.

Arbeidsretten formulerte problemstillingen i saken som et spørsmål om APTS «ved etableringen uten videre ble bundet av medie-

overenskomsten i samme omfang som de åtte selskapene som avga arbeidsoppgaver og ansatte til bedriften» (s. 177; min kursivering). Dette besvarte retten, enstemmig, med et ja. Arbeidsretten fremholdt at stiftelsen av APTS og overføringen av arbeidsoppgaver til dette nye selskapet «utvilsomt [var] reelle transaksjoner, i den forstand at de ikke ble gjennomført pro forma for å omgå den bestående tariffavtalen» (s. 178). De måtte likevel bedømmes som noe annet enn «overdragelse av virksomhet» («reelt eierskifte») i den forstand dette har vært lagt til grunn som et grensedragningskriterium i rettspraksis. Begrunnelsen er særlig knyttet til to forhold. Den overføringen av oppgaver som fant sted, kunne ikke anses som noen «definitiv» overdragelse av virksomhet, men var etter rettens syn «en form for utsetting av tjenesteproduksjon som ensidig kan reverseres av hver av oppdragsgiverne» (s. 178). Dette synspunktet står i sammenheng med det andre og mest sentrale. Reelt sett var det her tale om en «rent faktisk og rettslig omorganisering av virksomhet innen et konsern» (s. 177, 179). Det gjorde seg gjeldende en sterk grad av sentral styring og integrasjon innad i konsernet. Opprettelsen av APTS som et «felles tjenestesenter» hadde konserninterne formål. Både APTS og de åtte berørte selskapene hadde i praksis helt ut de samme eiere. Forsåvidt var det ikke naturlig å anse APTS som en ny selvstendig bedrift, adskilt fra og uavhengig av konsernet. Derfor var det heller ikke grunnlag for at «morselskapet og de berørte datterselskaper ved slik faktisk og rettslig omorganisering skal kunne frigjøre seg fra sine tariffmessige forpliktelser» (s. 179). Og i forhold til spørsmålet om bundethet for APTS var det ikke avgjørende at to av de åtte selskapene ikke hadde vært bundet av medieoverenskomsten. Det avgjørende var etter rettens syn at overenskomsten og særbestemmelsene var bindende for «hovedtyngden» av de berørte virksomhetene, og at det ikke forelå noen «andre særegne forhold» som skulle tilsi at APTS ikke måtte anses tariffbundet (s. 180).

Dommen har interesse i sammenheng med fusjonsproblemer for det første fordi den poengterer at tariffbundethet ikke faller bort ved en «faktisk eller rettslig omorganisering innen et konsern». Her er dommen på linje med det reelt sett bærende synspunktet i *Hakon Detalj* og med en lang rekke dommer tilbake til *Prambyggerdommen* fra 1921. Det andre er spørsmålet om en «ny» bedrift (juridisk person)

blir tariffbundet ved en slik omorganisering. Det grunnleggende er at en tariffbundet bedrift ikke blir fri sine forpliktelser ved en omorganisering. Hvorvidt den «nye» bedriften blir tariffbundet, er prinsipielt sett et annet spørsmål. *Prambyggerdommen* illustrerer begge deler. Som jeg har pekt på foran (i 2.3), har eldre rettspraksis bare gitt usikre holdepunkter om det siste spørsmålet. Dommen i *APTS* bygger på et slags konsekvens- og identifikasjonssynspunkt og kan nok sees som uttrykk for en regel om at som utgangspunkt blir den «nye» bedriften tariffbundet i denne typen tilfeller. Resultatet ble forsåvidt det samme i *Hakon Detalj*. Men på lignende måte som der uttrykte Arbeidsretten seg med en viss varsomhet og med forbehold for «særegne forhold». Det kan kanskje forstås som refleksjoner av de mer generelle reservasjoner i *Securitasdommen* fra 1988.

5.3 D&F Group, 2008

I Arbeidsrettens dom 2008 nr. 13 var konstellasjonen forholdsvis enkel. Utgangspunktet var en fusjonsprosess som pågikk, men ennå ikke var fullført.⁶⁴ Generalforsamlinger ble holdt i mai 2008, men den formelle gjennomføring av fusjonen ville først skje senere, i oktober-november 2008. Det var tale om en fusjon ved overtagelse; D&F Group AS (D&F) skulle innfusjonere søsterselskapet D&F Group Stavanger AS (D&F Stavanger). D&F Stavanger var bundet av verkstedsoverenskomsten YS/Parat og SAFE – NHO/Norsk Industri. Alt fra 1. april 2008 var det gjennomført «en reell overføring av praktisk talt hele den samlede arbeidsstyrken fra D&F Group Stavanger AS til D&F Group AS» (avsnitt 75). Den 21. april 2008 meddelte D&F i henhold til arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd at selskapet ikke ønsket å bli bundet av denne tariffavtalen med tilhørende særavtaler. Dermed kom spørsmålet om tariffavtalens stilling ved fusjon i første rekke.

Arbeidsretten bemerket først at dommen i *Hakon Detalj* «etter sitt innhold ikke kan tas til inntekt for at det gjelder et absolutt prinsipp om at det overtakende selskap ved fusjon etter aksjelovens kapittel 13 blir bundet av tariffavtale som det overdragende selskap var

⁶⁴ Se litt mer inngående om dommen S. Evju, «Fusjon, diskontinuitet for tariffavtale. Reservasjon før overdragelse, aml. § 16-2 – Arbeidsrettens dom 20. oktober 2008 (Inr. 24/2008)», *Nytt i privatretten* 2008, nr. 4, 1-2.

bundet av» (avsnitt 89). Der, sa retten, lot Arbeidsretten «med andre ord rekkevidden av aksjelovens kontinuitetsprinsipp stå nokså åpen. I rettens påfølgende premisser ligger det implisitt at spørsmålet må bero på en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak» (avsnitt 90). Samtidig fremholdt retten at «rettstilstanden har endret seg vesentlig» etter at dommen i Hakon Detalj ble avsagt i 2001 med den nye arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd (avsnitt 94).

Med referanse til forarbeidene til § 16-2 annet ledd formulerte Arbeidsretten så først én alminnelig norm, om at selskapslovgivningens kontinuitetsprinsipp «i alminnelighet har gjennomslag i forhold til bestemmelsene i arbeidsmiljølovens § 16-2 (2) ved fusjoner etter aksjelovens kapittel 13 mellom mor- og datterselskaper eller mellom søsterselskaper m.v., som *kun har karakter av å innebære faktisk og rettslig omorganisering innen et konsern*» (avsnitt 96; min kursivering). Dernest formulerte retten en generell norm for «fusjonstiller hvor det *ikke* foreligger grunnlag for en slik karakteristikk» (avsnitt 96; min kursivering). I slike tilfeller slår kontinuitetsprinsippet ikke igjennom, men må vike for arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd med den reservasjonsretten som ligger i dette. Den ganske kursoriske begrunnelsen som gis, er at retten

«antar ... at det må legges vekt på hensynet til at bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 16-2 (2) bør virke nøytralt i forhold til hvilken form for overdragelse som velges av aktørene på arbeidsgiversiden. Dette tilsier at § 16-2 (2) må forstås slik at den nye arbeidsgivers adgang til å erklære seg frigjort fra den tidligere arbeidsgivers tariffavtale, gjelder uavhengig av om virksomhetsoverdragelsen skjer på grunnlag av avtale, fusjonsvedtak etter aksjelovens kapittel 13 eller på annen måte» (avsnitt 96).

Det er vanskelig å forstå dette annerledes enn at Arbeidsretten her brukte § 16-2 annet ledd som middel til å løse et problem lovgiveren ganske tydelig bygget på at bestemmelsen ikke skulle løse (jfr. i avsnitt 3.1 foran). Men standpunktet var utvetydig og avgjørende for behandlingen av de øvrige spørsmålene i saken.

5.4 ASCO Norge, 2011

I ARD 2011 nr. 25 ASCO Norge (ASCO) var saksforholdet likeledes ganske oversiktlig.⁶⁵ Arbeidsrettens resonnementer er mer problematiske.

ASCO Norge AS leverer basetjenester til oljevirksomheter. Selskapet er morselskap i et konsern med en rekke hel- og deleide datterselskaper. Fra 1997 brukte ASCO Risavika Havnetjenester AS (RHS) som leverandør av havnetjenester i Stavanger. RHS var bundet av Rammeavtalen LO/NTF – NHO/LTL for laste og lossearbeid for tariffperioden 2010–2012. RHS ble stiftet i 1997. Da hadde ASCO 50 % av aksjene i selskapet. I mars 2010 kjøpte ASCO seg opp til 80 % og ervervet de resterende 20 % i april samme år. RHS ble dermed et heleiet datterselskap. Med virkning fra 14. februar 2011 ble RHS fusjonert med ASCO. På fusjonstidspunktet var ASCO RHS' eneste kunde. Spørsmålet i saken var om ASCO var bundet av Rammeavtalen som følge av fusjonen. ASCO hadde gitt meddelelse om å ikke overta tariffbundethet etter arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd. Problemstillingen knyttet seg derfor til «kontinuitetsprinsippet» i aksjelovens kapittel 13.

Her anla Arbeidsrettens flertall (5–2) som det «grunnleggende utgangspunktet etter aksjelovens regler om fusjon ... at alle rettigheter og forpliktelser overføres til det overtakende selskapet, jf. Ot.prp. nr. 19 (1974–75) side 201–202. Dette utgangspunktet omfatter også tariffavtaler». Samtidig fremholdt retten at det «[p]å den annen side kan ... for tariffavtaleforpliktelser foreligge et særlig unntak fra det kontinuitetsprinsippet aksjeloven bygger på» (avsnitt 94). Begge synspunktene ble belagt med noen spredte referanser til litteratur, det siste også med henvisninger til Securitasdommen og Hakon Detalj. Det første spørsmålet som så ble tatt opp, var da om fusjonen måtte anses som en «rent rettslig eller faktisk omorganisering av konsernets virksomhet» (avsnitt 95). Forutsetningsvis kunne en slik subsumsjon føre til at ASCO ble tariffbundet.

⁶⁵ Se litt nærmere om dommen S. Evju, «Tariffavtalers stilling ved fusjon, tariffrett og selskapsrettslig kontinuitetsprinsipp – Arbeidsrettens dom 14. desember 2011 (Inr. 40)», *Nytt i privatretten* 2012, nr. 1, 2–3.

I drøftelsen av dette spørsmålet introduserte Arbeidsretten et nytt element. Flertallet pekte på at det hadde skjedd visse endringer i arbeidsoppgaver m.v. for de som hadde vært ansatt i RHS. Dessuten la flertallet vekt på *tariffavtaleforholdene* i ASCO før fusjonen. Det var uklart om ASCO var bundet av en annen organisasjonsmessig tariffavtale mellom LO og NHO, med andre underordnede medlemsforbund, Landbaseavtalen. Arbeidsrettens flertall fant det ikke nødvendig å ta stilling til dette, fordi det var «tilstrekkelig å vise til at Landbaseavtalen etter sitt innhold *kan* omfatte det arbeid som utføres av ASCO i Risavika» (avsnitt 105; min kursivering). Dette, mente flertallet, innebar at en «automatisk overføring av Rammeavtalen reiser helt andre tariffrettslige spørsmål» enn det var tale om i *Hakon Detalj* (avsnitt 106). Flertallet kom videre til at det ikke forelå et «tariffillojalt» formål eller omgåelsesformål ved fusjonen (avsnitt 107111). Konklusjonen ble etter dette at ASCO ikke var bundet av Rammeavtalen.

Rettens flertall la en anførsel om at reservasjonsretten etter § 16-2 annet ledd burde gis forrang, til side med en bemerkning om at «[r]ettstekniske hensyn kan isolert sett tale for at reservasjonsretten i arbeidsmiljøloven også omfatter overføring av tariffavtalen på annet grunnlag enn arbeidsmiljøloven § 16-2 andre ledd. Saken er imidlertid ikke lagt opp med sikte på avklaring av dette tolkningsspørsmålet, og det er heller ikke avgjørende for flertallets vurdering. Det er derfor ikke nødvendig for flertallet å ta stilling til dette» (avsnitt 93). Standpunktet i *D&F Group*-dommen fra 2008 ble ikke engang nevnt.

Arbeidsrettens betoning av det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet som utgangspunkt gir grunn til en viss undring. Det står i klar kontrast til de normative uttalelsene i *D&F Group*. Utgangspunktet gir videre grunn til undring ved det som ikke sies. Flertallet i ASCO-dommen anså tydeligvis, uten å si det uttrykkelig, at det ikke var tale om en «rent faktisk eller rettslig omorganisering». Men flertallets utgangspunkt og resonnement skaper uklarhet i forhold til dommen fra 2008. I ASCO setter Arbeidsretten kontinuitetsprinsippet først, og unntak må bygges på en «konkret vurdering». Dommen i *D&F Group* gir derimot kontinuitetsprinsippet en avgrenset rolle. I *D&F Group* fremholdt Arbeidsretten at kontinuitetsprinsippet nok kan ha gjennomslag ved fusjoner som bare har «karakter av å innebære faktisk og

rettslig omorganisering innen et konsern». Hvorvidt det foreligger en slik fusjon, beror utvilsomt på en konkret vurdering. Men det er et annet vurderingstema enn det som stilles opp i *ASCO*-dommen. Etter dommen i *D&F Group* skulle aksjelovenes kontinuitetsprinsipp derimot ikke ha anvendelse for spørsmål om tariffbundethet i «fusjonstiller hvor det ikke foreligger grunnlag for en slik karakteristikk» (jfr. i 5.3 ovenfor).

Det er meget uheldig at Arbeidsrettens flertall ikke forholder seg til utgangspunktene i *D&F Group*. Det skaper uklarhet i forhold til begge sider av de generelle rettsnormene som Arbeidsretten formulerte i dommen fra 2008.

6 Tariffrettslige illustrasjoner og problemer

6.1 Alminnelige bemerkninger

Når det gjelder tariffavtaler, står det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet bare på ett ben. En tariffavtale der det overdragende selskap er selvstendig part, kan gå over på det overtagende selskap ved en fusjon. En slik direkteavtale, eventuelt en «hengavtale», volder ikke andre komplikasjoner enn at det overtagende selskap kan bli sittende med to eller flere ulike tariffavtaler for samme kategori ansatte.⁶⁶ Da kan man selvsagt si, som Skåre i 1976, at en «harmonisering for så vidt må ... søkes oppnådd ved avtale».⁶⁷ Det er en temmelig enkel tilnærming. Hvis det er ulike arbeidstagerorganisasjoner som er parter på den annen side, kan det i seg selv volde vanskeligheter for å komme til en enhetlig løsning. En ikke mindre viktig faktor er materielle ulikheter mellom de forskjellige tariffavtalene. Alminnelig erfaring tilsier at dersom det skal oppnås en felles løsning, vil det bety en «harmonisering til det høyeste nivå», det vil si at alle må få det beste fra hver enkelt tariffavtale med seg inn i en ny avtale.

⁶⁶ Denne problemstillingen er berørt også i forhold til organisasjonsmessige tariffavtaler i forarbeidene til arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd. Der er løsningen med en reservasjonsrett utveien fra dilemmaet. Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), 270–271.

⁶⁷ Jfr. v. note 24 foran.

Kontinuitetsprinsippets andre ben henger i luften. Det har ingen egentlig forankring i aksjelovenes forarbeider når det er tale om organisasjonsmessige tariffavtaler. Kontinuitetsprinsippets tyske forbilde er ikke forstått eller diskutert. De særlige spørsmålene som gjør seg gjeldende for organisasjonsmessige tariffavtaler, er heller ikke adekvat adressert eller diskutert i litteraturen. Medlemskapsforhold, medlemsbundethet og organisasjonsfrihet er temaer som har ligget urørt. Det samme gjelder i realiteten den typen av tariffrettslige problemstillinger som det ble pekt på i *Securitasdommen*. Nå gjelder det nok ikke lenger krav om minst 50 % oppslutning blandt de organisasjonsmulige i en bedrift for å kunne få en tariffavtale gjort gjeldende. Men vi finner den samme problemstillingen i avdempet form i «10 %-reglene» i en lang rekke hovedavtaleforhold. Avtalereguleringer om valg av tariffavtale der ulike avtaler er tenkelige alternativer for en felles regulering, kommer også inn i bildet.

Med «10 %-reglene» sikter jeg til slike bestemmelser som finnes f.eks. i hovedavtalene LO – NHO (arbeidere og funksjonærer) § 3-7 nr. 2, hovedavtalen YS – NHO § 3-7 nr. 2, hovedavtalen LO – HSH § 2-2:

«Vilkåret for å kreve tariffavtale gjennomført er at bedriften er medlem av NHO/-landsforening og at LO/forbundet har organiserte arbeidstakere i bedriften. For å kunne kreve opprettet tariffavtale på bedriften for den aktuelle arbeidstakergruppen, er det et vilkår at LO/forbundet organiserer minst 10 % av arbeidstakerne i bedriften innenfor tariffområdet. I bedrifter med færre enn 25 ansatte gjelder ikke ovenstående regler, men vil som hovedregel følges. Vertikale overenskomster og overenskomster som gjøres gjeldende individuelt er unntatt.»

I tillegg kommer bestemmelser om avtalevalg og konfliktløsningsprosedyrer, der «10 %-reglene» er ett element i de avtalene de inngår i, mens andre hovedavtaleforhold kan ha ganske andre regler. Se f.eks. hovedavtalen Norges Rederiforbund – LO/Norsk Sjømannsforbund kapittel XIV og Spekters hovedavtaler §§ 5 – 7.

Med andre ord: De tariffrettslige problemstillingene er mange og spesielle. Utformningen av selskapsrettens kontinuitetsprinsipp har ikke forholdt seg til dette. Når grunnlaget svikter slik det gjør her, er det ingen grunn til å gi kontinuitetsprinsippet noen særstilling eller noe fortrinn når det gjelder virkningen av fusjon for organisasjons-

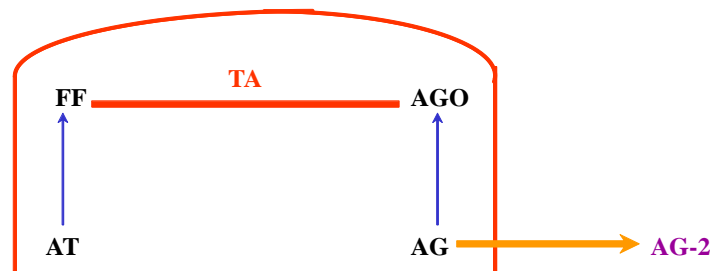
messige tariffavtaler. Det er da heller ikke noen grunn for Arbeidsretten til å vise prinsippet reverens. Hensynet til forutberegnelighet er bedre tjent med en klar skillelinje.

6.2 Typetilfeller – organisasjonsmessige tariffavtaler

Vi kan eksemplifisere noen typetilfeller som følger.

Figur 6:

Overdragende selskap AG er tariffbundet - innfusjoneres i AG-2 som er utenforstående (uorganisert)



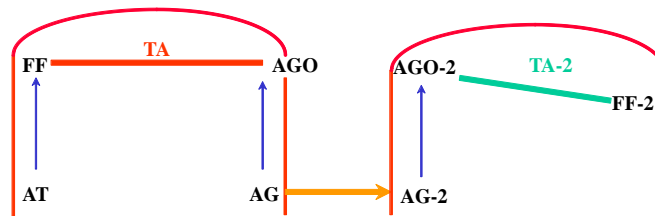
Skal overtagende selskap bli selvstendig tariffpart - i en selvstendig TA ?

- eller tariffbundet (og i tilfelle: undergitt tariffpartens rådighet - og hvordan/hvor langt) ?

Denne enkle skissen illustrerer det dilemmaet jeg har pekt på foran – og som for den del også gjør seg gjeldende ved overgang av bundethet etter arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd. Det er åpenbart at tariffavtalen som sådan ikke går over ved en fusjon; tariffavtalen består mellom FF og AGO som før. Den vil normalt være bindende for et større eller mindre antall medlemsbedrifter i AGO som ikke har noen berøring med fusjonen eller virksomhetsoverdragelsen. Det overtagende selskap er ikke medlem av arbeidsgiverforeningen (AGO). Tenker man seg at AG-2 skal overta en bundethet som tilsvarende medlemsbundetheten, er realiteten at AG-2 kommer i en tvangsmessig underordnings situasjon i forhold til AGO. Det vil gjelde både materielt og prosessuelt. En slik løsning er prinsipielt uakseptabel av grunner som jeg har pekt på foran. Det andre alternativet måtte være at AG-2 ikke overtar AGs tariffrettslige posisjon, men får en selvstendig stilling som *part* i et nytt tariffavtaleforhold FF – AG-2. I så fall vil en fusjon eller annen overdragelse av virksomhet skape en tariffavtale som ikke har eksistert tidligere. Også det er en uantagelig løsning.

Situasjonen blir ytterligere kompleks hvis vi tenker oss en fusjon over «arbeidsgiverforeningsgrensene». Figur 7 gir en stilisert illustrasjon av en slik konstellasjon.

Figur 7: **Fusjon med overtagende selskap som er medlem i annen arbeidsgiverforening**



- 1: - uten anvendbar tariffavtale
- 2: - eller med anvendbar TA - bindende eller mulig bindende
 - a: med samme fagforeningsmotpart
 - b: - eller med en annen fagforeningsmotpart

Her er én mulig situasjon at det overtagende selskap ikke er tariffbundet. Ved første øyekast kan situasjonen da se ut til å tilsvare den vi har ved Figur 5. Det er imidlertid bare tilsynelatende. Den arbeidsgiverforeningen AG-2 er medlem av (AGO-2), kan ha en tariffavtale-regulering med FF som regulerer når en medlemsbedrift kan tariffbindes. Dette var en underliggende problemstilling i *Securitasdommen* (jfr. i petitavsnittet nedenfor). Det må være utvilsomt at AG-2 som er medlem i AGO-2, ikke kan komme i en medlemsposisjon i forhold til det overdragende selskaps forening, AGO, ved en fusjon eller annen overdragelse. Like klart må det være at det ikke kan etableres et selvstendig tariffavtaleforhold. Hvorvidt AG-2 skal bli tariffbundet, og i tilfelle av hvilken tariffavtale, må bero på avtalereguleringen der AGO-2 er tariffpart. Dette må stille seg på samme måte der AG-2 allerede før fusjonen er bundet av en organisasjonsmessig tariffavtale med AGO-2 som tariffpart.

Det jeg har kalt «10 %-reglene» i 6.1 ovenfor, innebærer at en hittil ubundet medlemsbedrift bare kan bli tariffbundet etter en prosedyre, gitt en viss andel – minst 10 % – av de aktuelle organisasjonsmulige i bedriften. I tillegg kommer at det også etter en fusjon eller annen virksomhetsoverdragelse kan oppstå spørsmål om valg av tariffavtale. Dommen i *ASCO* illustrerer for såvidt det, om enn på en spesiell måte. Poenget er at det etter «10 %-reglene» ikke er gitt at en tariffavtale som det overdragende selskap var bundet av, er den tariffavtalen som eventuelt blir gjort gjeldende for det overtagende selskap av tariffpartene etter slike hoved-

avtaleregler som jeg har vist til i 6.1. Det kan også tenkes at vilkårene for å få en tariffavtale gjort gjeldende ikke er oppfylt. Dette var et underliggende forhold i *Securitasdommen*. På det tidspunkt gjaldt en særskilt protokoll til hovedavtalen N.A.F. – YS. Etter denne protokollen var det et vilkår for at YS kunne kreve en arbeideroverenskomst gjort gjeldende i en N.A.F.-medlemsbedrift, at vedkommende YS-forbund hadde minst 50 % av de aktuelle organisasjonsmulige i bedriften som medlemmer.

I Spekter-området er avtalestrukturen en annen. En tariffavtale Del A forhandles sentralt mellom Spekter og de enkelte hovedsammenslutningene («paraplyorganisasjonene»). En Del B forhandles lokalt i den enkelte virksomhet, med et av forbundene i hovedsammenslutningen som arbeidstagerpart. For at forbundet skal ha rett til å forhandle, kreves en viss representativitet i Spekter-området og et minste antall medlemmer i vedkommende virksomhet. En virksomhet blir bare tariffbundet – av Del A + Del B som et hele – hvis disse kravene er oppfylt.

En enda mer sammensatt og komplisert situasjon har vi i dette eksempelet:

A er et morselskap som har et datterselskap A_{D1} . A_{D1} har selv et datterselskap A_{DD} og ytterligere noen datterselskaper. B_D er et datterselskap av B. B_D innfusjoneres i A_{DD} og blir derved en del av datterselskapet til A_{D1} . B_D var medlem av arbeidsgiverforeningen Spekter og var tariffbundet av avtaler i Spekters system. A_{DD} og de øvrige datterselskapene til A_{D1} var medlemmer av NHO/en landsforening og hadde tariffavtaler med NHO/landsforeningen. A_{DD} reserverte seg (etter aml. § 16-2) mot å overta tariffbundethet fra B_D . Videre ble det besluttet at A_{D1} skulle gå inn som medlem av NHO, og det ble etablert tariffavtaler som var bindende for A_{D1} i NHOs system. Derefter ble den delen av A_{DD} som hadde vært B_D , fisjonert ut av A_{DD} og inn i to sideordnede, nystiftede datterselskaper av A_{D1} . Tariffbundethet etter de NHO-avtalene som var gjort gjeldende før fisjonen, ble beholdt. Særavtaler i de enkelte selskapene blir raskt et større problem, i og med at selskaper og selskapsdeler stammer fra ulike tariffregimer med forskjellige særavtaler fra hvert regime og for de ulike selskapene før fusjon og før fisjon.

Hva ville blitt situasjonen hvis det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet skulle ha forrang fremfor arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd? Da ville det overtagende selskap, A_{DD} , som fra før av var bundet av en NHO-tariffavtale, bli sittende også med en eller annen form for bundethet til en tariffavtale med en helt annen struktur og et ganske

annet innhold, med en helt annen arbeidsgiverpart, Spekter. Forsiktig sagt ville det være tale om to ulike avtaler som det knapt kan tenkes at man kunne få løst opp i ved en ny avtale. Her ville forholdet være at A_{DD} (kanskje) ville ha rådighet over sin bundethet av Spekter-avtalen. Men selskapet ville ikke ha rådighet over NHO-avtalen. Det er lite tenkelig at NHO, eller en annen arbeidsgiverforening, ville særtilpasse en av sine egne tariffavtaler eller etablere en ny tariffavtale for å lage en slags harmoniserende løsning i en medlemsbedrift som er overtagende selskap i en fusjon. Det ville ikke bli lettere å finne ut av hva slags bundethet de overtagende datterselskapene eventuelt skulle ha til Spekter-avtalen etter fisjonen.

6.3 Særavtalers stilling

Et siste tariffrettslig poeng er forholdet mellom organisasjonsmessige tariffavtaler og særavtaler. Særavtaler inngås i den enkelte bedrift i medhold av og innenfor rammene av overordnede tariffavtaler. I relasjon til virksomhetsoverdragelse må slike særavtaler ikke forveksles med «direkteavtaler» hvor bedriften er selvstendig part. Særavtalene er en del av det overordnede tariffavtaleforholdet og følger dette. Det følger av de gjengse hovedavtalebestemmelsene om særavtaler, som f.eks. hovedavtalen LO – NHO kapittel 4. Jfr. eksempelvis fra rettspraksis ARD 1987.111. Dette er det også bygget på i forarbeidene til arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd, jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), 339.

7 Sluttbemerkninger

Som eksemplene viser er de tariffrettslige problemstillingene ved fusjon mange og kompliserte om man legger til grunn at selskapsrettens kontinuitetsprinsipp skal ha anvendelse. Problemene er langt flere og langt mer komplekse enn det litteraturen, spesielt selskapsrettslitteraturen, har forholdt seg til. Den selskapsrettslige oppfatningen om at tariffavtaler omfattes av kontinuitetsprinsippet, bygger på en mangelfull forståelse både av det tyske forbildet for kontinuitetsprinsippet og av grunnleggende arbeidsrettslige normer om tariffbundethet, parter og medlemmer, jfr. avslutningsvis i 4.2 foran. Det er ingen gode grunner til å gi kontinuitetsprinsippet anvendelse ved organisasjonsmes-

sige tariffavtaleforhold. Arbeidsrettens praksis er ikke tilstrekkelig konsistent til at den kan binde opp en bestemt løsning.

Det vi da står igjen med, er i realiteten det samme som Arbeidsretten la til grunn i dommen om *D&F Group*: Hvis det ikke er tale om en fusjon som er en ren omorganisering e.l., har arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd forrang fremfor fusjonsreglene. Det er tilsynelatende greit. Men det er ikke det helt ut. Hvis erververen/det overtagende selskap av en eller annen grunn ikke får reservert seg mot å overta tariffbundethet, oppstår de samme problemstillingene som dem jeg har behandlet i avsnitt 6. Det er ikke en god situasjon å være i. Nettopp når det kommer til de vanskelige spørsmålene, er lovforarbeidene til 2005-loven og § 16-2 tause. Lovgiveren har villet fortsatt tariffbundethet, men hva det skal bety, har lovgiveren tilsynelatende ikke reflektert noe særlig over. Det er beklagelig. Men når det er slik, gir det en sterk oppfordring til å være påpasselig med å bruke reservasjonsretten etter § 16-2 annet ledd.