

Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon*

Tillike om ”tillitsvalgte” og noen sider ved den nye arbeidsmiljøloven

Av Stein Evju⁺

Innholdsoversikt:

1	Introduksjon	176
2	Gjennomføring av direktiver – et tema for lovgivning.....	177
3	Arbeidstagerens prosessuelle posisjon. Alment	181
3.1	Domstolsordningen. Det ”dobbeltporede” system	181
3.2	Andre ordninger. Gangen videre.....	183
4	Twisteløsende organer utenfor domstolene.....	183
4.1	Medbestemmelsesområdet, informasjon og drøftelser. Bedriftsdemokratinemnda	183
4.1.1	Selskapslovgivningen, ESU og SE-selskaper.....	183
4.1.2	Informasjon og drøftelser – ny arbeidsmiljølov kap. 8.....	186
4.2	Andre tvistenevnder og ordninger.....	190
4.2.1	Ny arbeidsmiljølov – ny tvisteløsningsnevnd.....	190
4.2.2	Likestilling og diskriminering – gammelt nytt i ny og større tapning	193
4.3	Nevndsvedtak, domstolsprøvelse og søksmålsrett	197
4.4	Søksmålsrett i saker som hører under Bedriftsdemokratinemnda.....	200
4.4.1	Utgangspunkter	200
4.4.2	Videre om klageretten – innledende bemerkninger.....	202
4.4.3	Ny arbeidsmiljølov § 8-3 og SE-forskriften	202
4.4.4	Andre saker – særlig om ny aml. kap. 8, og om ESU-reglene.....	207
5	Er ”tillitsvalgte” arbeidstageres representanter – eller hvem er de?.....	212
5.1	Utgangspunkter og problemstillinger.....	212
5.2	Tillitsvalgtebegrepet i arbeidstidsreglene m.v. – bakgrunn og fortolkning.....	214
5.3	EF-direktivene og ”arbeidstageres representanter”	219
5.4	Tillitsvalgtebegrepet etter § 56 A og kap. XII A	227
5.5	Kap. XII A og § 56 A – lovforståelse og direktivkrav	233
5.6	Ny arbeidsmiljølov og flere emner	239
6	Avsluttende bemerkninger	244
	Referanser:.....	246
a)	Litteratur m.v	246
b)	Offentlige publikasjoner m.v.	249

⁺ Stein Evju (f. 1946) er cand. jur. (1975), fra 1. januar 2004 professor i arbeidsrett ved Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

* Artikkelen er en betydelig omarbeidet og utvidet versjon av en fremstilling skrevet etter anmodning fra redaksjonen for *EU & arbetsrätt*/Forum för forskning om arbetsrätt om et bidrag til en bredere diskurs om slike spørsmål som tas opp i den artikkelen det vises til innledningsvis i teksten. Den tidligere versjonen er publisert på Forum för forskning om arbetsrätt (Evju 2005d). – Jeg takker skriftseriens anonyme konsulent for nyttige kommentarer til et tidligere utkast til den fremstillingen som presenteres her.

1 Introduksjon

Denne artikkelen springer ut fra en utfordring (jfr. ”stjernenoten” foran). Hovedtittelen peker på det som er utgangspunktet: spørsmål om hvordan arbeidsrettslige EF-direktiver gjennomføres i norsk rett, og om hvilken prosessuell situasjon den enkelte arbeidstager som vil ivareta sine rettigheter, derved stilles i. I artikkelen ”EU-implementeringsoverenskomster og lønmodtageres personlige krav”¹ drøfter *Ole Hasselbalch* noen spørsmål om de enkelte arbeidstageres stilling, dels materielt, men først og fremst prosessuelt, i forhold til nasjonale regler i dansk rett som gjennomfører EF-direktiver. Det er en god illustrasjon av at det er forskjeller mellom de skandinaviske, og de nordiske, land på arbeidsrettens område. Selv om diskusjonen føres mot en felles EU/EØS-rettslig bakgrunn om former for gjennomføring i nasjonal rett av direktiver og om prinsipper om ”effektiv rettslig beskyttelse” (”effective remedies”),² er det bakteppet og de problemstillinger som Hasselbalch tar opp, ganske særegne for den danske scene. På den norske arena fortoner situasjonen seg ganske anderledes.

I norsk rett er de arbeidsrettslige direktivene gjennomført lovgivningsveien. I avsnitt 2 gjør jeg kort rede for dette og peker på den spesielle løsningen som kommer med kap. 8 i en ny arbeidsmiljølov. Dernest tar jeg opp de alminnelige regler om arbeidstageres søksmålsposisjon og domstolsordningen på arbeidsrettsområdet (avsnitt 3). Her har vi også endel ordninger med tvisteløsende organer *utenfor* domstolene, blandt dem Bedriftsdemokratnemnda. Det er tema for avsnitt 4, hvor siktemålet dels er å gi en oversikt over sentrale ordninger og diskutere noen spesielle spørsmål knyttet til disse, særlig om saklig myndighet. Dels går jeg mer utførlig inn på spørsmål om ”søksmålsrett” – klagerett – i saker som etter lovgivningen er lagt til Bedriftsdemokratnemnda. I avsnitt 5 tar jeg så et skritt til siden, over til et mer generelt spørsmål. Der er temaet *tillitsvalgtebegrepet* i

¹ I *Ugeskrift for retsvæsen (UfR)* 2005 B, s. 106-112 (*Hasselbach* 2005a), jfr. dertil sammendraget ”Problematisk genomföra direktiv med danska kollektivavtal” i *EU & arbetsrätt* 2005, nr. 2 (*Hasselbalch* 2005b). Denne artikkelen kan sees i sammenheng med hans artikkel om ”Forum for arbeidsrettlige afgørelser – domstolene eller det fagrettlige system?” (*Hasselbalch* 2004).

² Se alment om dette f.eks. *Malmberg m.fl.* 2003, særlig s. 43 ff, og for en kort, punktvis sammenfatning f.eks. *Nielsen* 2005, s. 82.

arbeidsmiljølovgivningen. Det har ikke først og fremst prosessuell betydning. Derimot har det materiell betydning i en rekke sammenhenger, både for nasjonale regler isolert og som ledd i regler som skal gjennomføre arbeidsrettslige EF-direktiver. Dermed har begrepet også betydning for spørsmål om gjennomføringslovgivningen oppfyller direktivenes krav.

2 Gjennomføring av direktiver – et tema for lovgivning

Som jeg alt har nevnt, gjennomføres EF-direktiver i norsk arbeidsrett gjennom lovgivning. I alt vesentlig har det ikke vært noen aktuell problemstilling å la direktiver bli implementert gjennom tariffavtale, hverken direkte eller i form av å gi tariffavtalte regler ”forrang” fremfor en gjennomføringslov.³ Spesielt i privat sektor har vi en lang rekke forskjellige avtaleområder, men samlet sett likevel en begrenset tariffavtaledekning.⁴ Derved ligger det dårlig til rette for slike løsninger hvis direktivenes krav om å sikre rettigheter for alle berørte arbeidstagere skal bli ivaretatt. Et hovedsynspunkt bak den norske praksis har vært at lovgivning er nødvendig for å sikre dette; dels har lovgivning dessuten vært ansett ønskelig av retts tekniske og retts sikkerhetsmessige hensyn, ved at regler av betydning for arbeidstageres rettsstilling i størst mulig grad samles og er tilgjengelige for alle brukere i felles regelverk.

Begge deler illustreres for såvidt av valg av gjennomføringsmåte for rammedirektivet (2002/14/EF) om informasjon og konsultasjon i foretak.⁵ Dette direktivets temafelt er noe som typisk er regulert i tariffavtaler, særlig i de mange ”hovedavtaler”, både i privat og i offentlig sektor. Selv om reglene varierer noe mellom avtaleområder, er hovedtrekkene de samme. Kort tid etter at direktivet var vedtatt, fremmet de største norske arbeidsmarkedsorganisasjonene et forslag

³ Dvs. en slik modell som Hasselbalch omtaler for dansk rett, om at loven ikke gjelder i den utstrekning tilsvarende rettigheter/plikter som loven hjemler, følger av tariffavtale; se *Hasselbalch* 2005a, s. 108 (i avsnitt 2).

⁴ Se til dette *Stokke, Evju og Frøland* 2003, særlig kap. 2 og 3.

⁵ Europaparlaments- og Rådskdirektiv 2002/14/EF av 11. mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap.

om å gjennomføre direktivet ved tariffavtale.⁶ Det førte ikke frem. Departementet anså lovgivning som nødvendig for å sikre alle berørte arbeidstagere, og fremholdt dertil almene lovgivningspolitiske hensyn. Derfor fikk Arbeidslivslovutvalget i oppdrag å fremme forslag til implementering som del av sitt arbeid med å foreslå ny arbeidsrettslig lovgivning.⁷ Utvalget foreslo slike bestemmelser i sitt lovutkast, kap. 7. Med noen mindre endringer ble dette fulgt opp i proposisjonen⁸ og vedtatt; bestemmelsene er tatt inn i kap. 8, om ”informasjon og drøfting”, i den nye arbeidsmiljøloven av 2005.⁹

Samtidig kan disse reglene sees på som et unntak som bekrefter regelen: Etter § 8-1 skal arbeidsgiveren i virksomheter som jevnlig sysselsetter minst 50 arbeidstagere, informere om og drøfte spørsmål av betydning for arbeidstagerens arbeidsforhold med deres ”tillitsvalgte”. Bestemmelsene i lovens § 8-2 om *gjennomføring* av plikten til informasjon og drøftelse – dvs. reglene om hvilken informasjon som skal gis, om når og hvordan, osv. – ”kan fravikes ved tariffavtale”, heter det i § 8-2 siste ledd. I forarbeidene er det fremholdt at det er viktig at nye regler ikke hindrer videreføring av løsninger som partene i arbeidslivet allerede har blitt enige om. Dertil har man ønsket å legge til rette for fleksibilitet, særlig for ”lokale løsninger”. Med henvisning i lovforarbeidene til direktivets fortale (pkt. 23) og art. 5 åpner § 8-2 siste ledd derfor også for avtaler som stiller arbeidstagerne

⁶ Brev av 30. april 2002 fra LO og NHO til statsråden i Arbeids- og administrasjonsdepartementet.

⁷ Se Arbeids- og administrasjonsdepartementets brev av 31. juli 2002 (ref. 01/2748 -5) til arbeidsmarkedsorganisasjoner m.v., og brev av 2. september 2002 (ref. 02/2663) til Arbeidslivslovutvalget. Jfr. NOU 2004: 5, s. 22; se også Evju 2004 (”Norge: Lagförslag lämnar många frågor obesvarade”, i *EU & arbetsrätt* 2004, nr. 3-4).

⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), se s. 122-127.

⁹ Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Ifølge resolusjon 17. juni 2005 nr. 609 skal loven tre i kraft 1. januar 2006 (med visse unntak og presiseringer som ikke angår emnet her). Ikrafttreddelsen vil imidlertid bli utsatt, helt eller delvis, ifølge uttalelser fra (da) påtroppende statsminister Stoltenberg (NTB-melding 29. september 2005). Loven vil avløse arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4.

mindre gunstig enn etter reglene i direktivets art. 4/lovens § 8-2 første – tredje ledd.¹⁰

I *motsetning* til Arbeidslivslovutvalgets forslag er lovens bestemmelse om avtalederogasjon begrenset til § 8-2 og omfatter *ikke* reglene om fortrolige opplysninger (lovens § 8-3). Jfr. NOU 2004: 5, s. 226 og 510, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 126, 312 og 354. Også for § 8-3 gjelder imidlertid den alminnelige regel at det ved (tariff)avtale kan fastsettes regler som er *gunstigere* for arbeidstagerne enn lovens regler. Jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 313.

Teknisk sett vil en tariffavtale som fraviker § 8-2, enten det er til gunst eller til ugunst, komme *i stedet for* lovens regler. Forsåvidt er løsningen en form for ”forrangsregel” for tariffavtalegjennomføring – men altså på et begrenset felt. Det er også understreket at avtalederogasjonsadgangen gjelder med en begrensning i sak, en ”EØS-sperre”. Ut fra direktivets formål m.v. må det ”innfortolkes visse minstekrav”, retten til informasjon og drøftelser kan ikke ved avtaleregulering ”beskjæres slik at det ikke lenger er noen realitet i retten”.¹¹ Mer presise enn som så er lovforarbeidene ikke. Hvordan grensene skal trekkes i praksis, vil kunne by på adskillig tvil – og tvister om slike spørsmål har et potensial for prosessuelle problemer (jfr. i avsnitt 3.1 og 4.1.2 nedenfor). Men enn så lenge gjenstår det å se om og i hvilken utstrekning slike problemer, materielt eller prosessuelt, vil materialisere seg.

Et annet regelsett som kanskje kunne betraktes som et unntak, men ikke er det, er reglene om gjennomføring av direktivet om europeiske samarbeidsutvalg (ESU).¹² Det er gjennomført i norsk rett ved ”almengjøring” av de relevante bestemmelser om europeiske samarbeidsutvalg m.v. i hovedavtalen LO – NHO, med basis i en særskilt ”almengjøringslov” fra 1996.¹³ Her er imidlertid den tekniske løs-

¹⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 126, og NOU 2004: 5, s. 226 og 546.

¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 312, jfr. s. 126; jfr. også NOU 2004: 5, s. 226 og 546.

¹² Rådskdirektiv 94/45/EF av 22. september 1994 om opprettelse av et europeisk samarbeidsutvalg eller en framgangsmåte i foretak som omfatter virksomhet i flere medlemsstater og i konserner som omfatter foretak i flere medlemsstater, med sikte på å informere og konsultere arbeidstakere (ESU-[el. EWC-]direktivet).

¹³ Lov av 23. august 1996 nr. 63 om allmenngjøring av bestemmelser i tariffavtale om europeiske samarbeidsutvalg m.v. (ESU-loven).

ningen en annen. Det er ikke tariffavtalens regler som sådanne som er almengjort, men dens bestemmelser er gitt anvendelse gjennom særskilte forskrifter som er fastsatt i medhold av loven og som gjelder for ”alle arbeidsforhold”.¹⁴ Bestemmelsene gjelder derved som lovregler (delegert lovgivning), ikke bare for andre, men også for LO, NHO og arbeidsforhold som omfattes av disses hovedavtale.¹⁵ Tariffavtalsregler på dette området kommer således ikke i stedet for lovgivningens regler, men kan gjelde ved siden av dem. Både materielt og prosessuelt er det da tale om to adskilte rettsgrunnlag.

På samme måte vil det være med bestemmelser om arbeidstagerinnflytelse i SE-selskaper. Etter § 3 i SE-loven – lov 1. april 2005 nr. 14 om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001) – skal regler i henhold til Rådskonklusjon 2001/86/EF av 8. oktober 2001 om utfylling av vedtektene for det europeiske selskap med hensyn til arbeidstakernes innflytelse, gis i forskrift. Loven trådte i kraft 1. april 2005; forskrifter i henhold til dens § 3 ble fastsatt samme dag (av Arbeids- og sosialdepartementet), forskrift 1. april 2005 nr. 273 om arbeidstakernes rett til innflytelse i europeiske selskaper (SE-forskriften).

Den faktiske situasjon er altså at arbeidsrettslige (i vid forstand) direktivers regler er implementert i norsk rett ved *lovgivning* (herunder forskrifter med hjemmel i arbeidsmiljøloven o.a. lovgivning). Direktivimplementerte rettigheter er således *lovbaserte* rettigheter; og arbeidstageres krav i henhold til disse vil være krav som bygger på lov. Der direktivene og derved den aktuelle lovgivning gir minimumsregler, er det selvsagt adgang også til tariffavtaleregulering om de emner det gjelder. Eksempler finnes på en rekke felter, ikke bare om informasjon og drøftelser, men også f.eks. om ”masseoppsigelser”, overføring av virksomhet, likestilling og ikke-diskriminering. Men det typiske for norsk rett er da, som nettopp påpekt ovenfor, at tariffavtalereguleringen ikke kommer i stedet for lovgivningens regler, men kan gjelde *ved siden av* dem – og man står da overfor *to, adskilte, rettsgrunnlag*.

¹⁴ Nu forskrift av 28. juli 2000 nr. 797 om europeiske samarbeidsutvalg mv; jfr. dens § 1 (ESU-forskriften).

¹⁵ Se til dette *Evju* 1998, særlig s. 118-121.

3 Arbeidstagerens prosessuelle posisjon. Alment

3.1 Domstolsordningen. Det ”dobbeltsporede” system

Det enkle, men grunnleggende utgangspunkt er da at krav som bygger på lov, er ett; krav som grunner seg på tariffavtale, er noe annet. Det gjelder både materielt og prosessuelt.

Norsk rett har ingen parallell til det danske ”fagretlige system” med dets mange og ulike prosessveier.¹⁶ Den norske domstolsordning er enkel og tosporet. Tvister om krav som gjelder tariffavtaler *som sådanne*, og om lovligheten av arbeidskamp, hører under særdomstolen Arbeidsretten. Alle andre saker hører under de alminnelige domstoler.¹⁷

I saker for Arbeidsretten er den alminnelige regel at *tariffavtalepartene* (organisasjonene) har en eksklusiv søksmålsrett.¹⁸

Individualrettslige tvister hører derimot under de alminnelige domstoler, og der tilligger søksmålsretten *den enkelte*, arbeidstager eller arbeidsgiver. Det gjelder også krav med forankring i tariffavtale. Det er således ikke som i dansk rett slik at den enkelte i visse tilfeller kun kan fremme sitt krav dersom organisasjonen ikke gjør det. Det er heller ikke som i svensk rett slik at en organisasjons mulige opptreden i saken er avgjørende for om en individualrettslig ”arbetstvist” hører under Arbetsdomstolen eller tingsrätt i første instans.¹⁹ I individualrettslige tvister har den enkelte selvstendig søksmålsrett, i prinsippet uavhengig av organisasjonens stilling eller hvilke skritt den tar.

Dels gjelder det i tvister om krav bygget på lovgivning, som f.eks. saker om stillingsvern (oppsigelse, avskjed, m.v.), om likestilling eller diskriminering. Som alminnelig regel kan slike rettigheter,

¹⁶ Jeg gir meg ikke inn på en nærmere beskrivelse av det danske ”fagretlige system”. De to artiklene av Hasselbalch det er vist til i note 1, gir en fortettet illustrasjon. Ellers må det vises til de, etterhvert mange og omfattende, alminnelige fremstillinger av dansk arbeidsrett.

¹⁷ Se alment om domstols- og prosessordningen i arbeidsrettslige saker *Evju* 2003. For en kortere introduksjon, med komparative utblikk til Danmark og Sverige, se *Evju* 2001, s. 79-83.

¹⁸ Se nærmere til dette og det følgende *Evju* 2001, s. 83 ff.

¹⁹ Jfr. om dette *Eklund (red.)* 2005, s. 87-88, 108-109, 113-115 og 172-180.

herunder søksmålsretten, heller ikke fraskrives ved avtale, hverken individuelt eller ved tariffavtale.²⁰

Men det gjelder også for tvister om krav bygget på den individuelle arbeidsavtalen. Her er distinksjonen mellom tariffavtale og arbeidsavtale sentral. Norsk arbeidsrett bygger på en variant av ”den dubbla konstruktionen”.²¹ Tariffavtalen er bindende også for de berørte medlemmer av organisasjonene og skaper tariffrettslige rettigheter og plikter for dem. Men samtidig skaper tariffavtalen gjensidige rettigheter og plikter mellom partene i det individuelle arbeidsforhold, som disse kan gjøre gjeldende som arbeidsavtalekrav. Selv om arbeidsavtalens innhold bygger på tariffavtalen, kan søksmål derved reises som arbeidsavtaletvist, for de alminnelige domstoler. Disse må eventuelt ta prejudisiell stilling til tariffavtalens forståelse, men kan ikke avvise saken.

Selv om tariffavtaleparten *har* reist søksmål om tariffavtalen for Arbeidsretten, avskjærer heller ikke det den enkelte fra å reise slik arbeidsavtaletvist. Situasjonen er den samme som for krav bygget på lov. Prosessordningen er ”dobbeltporet”.

Arbeidsavtalekrav *kan* også bringes inn i en tariffvist for Arbeidsretten. Retten har etter arbeidstvistlovens § 9 første ledd en begrenset adgang til *aksessorisk* pådømmelse av ”krav, som utspringer av en arbeidsavtale”. Vilkåret er at arbeidsavtalekravet ”vil få sin umiddelbare avgjørelse ved dommen i hovedsaken”. I det ligger at det må være nedlagt en påstand om tariffavtalens forståelse som gis medhold, og at avgjørelsen av arbeidsavtalekravet ikke reiser retts- eller bevissspørsmål ut over dette. Prosessuelt er det den søksmålskompetente tariffpart som har rådighet over om et arbeidsavtalekrav skal tas med i tariffsaken. Gjøres det, er tariffparten medlemmets prosessuelle representant. Noen spesielle spørsmål kan tenkes å reise seg i denne sammenheng, men har hittil ikke spilt noen rolle i praksis.²²

²⁰ Det følger av at lovgivningen er preseptiv til gunst for arbeidstagerne; se f.eks. arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 § 5 og den nye arbeidsmiljøloven av 2005 § 1-9. Slike spørsmål om voldgiftsavtaler som drøftes av *Hasselbalch* 2004, s. 369-370, er derved ikke på samme måte aktuelle for norsk rett.

²¹ Uttrykket ”den dubbla konstruktionen” er fra *Bergström* 1948, jfr s. 63 ff. Den tekniske forankringen i norsk rett er arbeidstvistlovens (lov. 5. mai 1927 nr. 1) § 3 nr. 3 (og tjenestetvistlovens (lov 18. juli 1958 nr. 2) § 13).

²² Se nærmere til dette og tekstavnittene ovenfor *Evju* 2001, s. 95-97.

Det grunnleggende og felles er nettopp dette *at* den enkelte eller den som ellers er rettighetssubjekt, alltid *har* adgang til å fremme sine krav for *domstolene*.

3.2 Andre ordninger. Gangen videre

Det at vi i Norge ikke har noe "fagretlig system" som det danske, betyr likevel ikke at det ikke finnes særlige ordninger og organer for tvisteløsning utenom domstolene. I det følgende tar jeg først opp de mest sentrale av disse ordningene, deres saklige kompetanse og forholdet til domstolsprøvelse (avsnitt 4.1 – 4.3). Dernest går jeg nærmere inn på de spesielle spørsmålene som gjør seg gjeldende, særlig mht. "søksmålskompetansen", i de mangeartede saker som hører under Bedriftsdemokratinemnda (4.4).

4 Tvisteløsende organer utenfor domstolene

4.1 Medbestemmelsesområdet, informasjon og drøftelser. Bedriftsdemokratinemnda

4.1.1 Selskapslovgivningen, ESU og SE-selskaper

Ett slikt felt med en særskilt tvisteløsningsordning, og det med lengst tradisjon, er "medbestemmelsesområdet". Etter *selskapslovgivningens* regler om ansattes rett til representasjon i selskapers styre og bedriftsforsamling, m.v., er det etablert en egen nevnd, *Bedriftsdemokratinemnda*, som er et uavhengig forvaltningsorgan.²³ Bedriftsdemokratinemnda er dels tillagt myndighet til å treffe avgjørelser om unntak (dispensasjoner) fra reglene om ansatterepresentasjon, dels skal den behandle klager i forbindelse med valg, og i tillegg *kan* nevnden fungere som voldgiftsrett i tvister om reglens anvendelsesområde, noe enkelt sagt, dersom partene velger voldgift i stedet for veien til de alminnelige domstoler.²⁴ Dette sakfeltet knytter seg i utgangspunktet

²³ Her bruker jeg betegnelsen "uavhengig forvaltningsorgan" i dens alminnelige forvaltningsrettslige betydning, om organer som er unndratt faglig instruksjonsmyndighet fra overordnede i enkeltsaker (jfr. f.eks. *Graver* 2002, s. 176-178). Betydningen er altså en annen enn den uttrykket kan ha forvaltningsadministrativt, om organer med særskilte budsjettmessige fullmakter o.l.

²⁴ Jfr. forskrift 18. desember 1998 nr. 1205 om ansattes rett til representasjon i aksjeselskapers og allmennaksjeselskapers styre og bedriftsforsamling m.v.

ikke til regelverk som implementerer EF/EØS-direktiver. Men Bedriftsdemokratinemnda er *også* blitt tillagt funksjoner som tvisteløsningsorgan etter visse slike regelverk.

For det første er løsningen av tvister knyttet til reglene om europeiske samarbeidsutvalg lagt til Bedriftsdemokratinemnda. Det gjelder både tvister knyttet til selve loven om "almengjøring" og vedtak fattet i medhold av den, og tvister knyttet til inngåtte avtaler om europeiske samarbeidsutvalg og tilsvarende samarbeidsordninger (ESU) og "som gjelder slike avtalers gyldighet, forståelse eller beståen eller krav som grunner seg på slike avtaler".²⁵ Denne formuleringen er parallell med den som angir Arbeidsrettens domsmyndighet i tvister om tariffavtaler.²⁶ Likheten er ikke tilfeldig. Det var usikkerhet om hvorvidt ESU-avtaler formelt sett vil være tariffavtaler etter norsk rett. LO/NHO-avtalen som ligger til grunn for lov- og forskriftsreglene, er en tariffavtale. Uten særregler kunne situasjonen da bli at tvister om reelt sett de samme, men formelt ulike, bestemmelser kunne høre hjemme i to ulike jurisdiksjonsordninger. Dette valgte man da å løse ved å unnta tariffavtaler om ESU m.v. fra Arbeidsrettens domsmyndighet og legge avgjørelser bygget både på tariffavtaler og på andre rettsgrunnlag til Bedriftsdemokratinemnda.²⁷

For det annet er visse saker lagt til Bedriftsdemokratinemnda etter reglene om ansattes medbestemmelse i europeiske selskaper (SE-selskaper). Også her har man vært usikker på om medbestemmelsesavtaler som inngås i henhold til regelverket, vil være tariffavtaler. Etter mønster av ESU-regelverket har man villet unnta saksfeltet i sin

(*representasjonsforskriften*), kap. V, og dessuten forskrift 13. desember 1985 nr. 2096 til selskapslovens bestemmelser om de ansattes rett til representasjon i styringsorganene, kap IV, og forskrift 20. desember 1991 nr. 838 til statsforetakslovens bestemmelser om de ansattes rett til representasjon i statsforetaks styre og bedriftsforsamling m.v., kap. V.

²⁵ Jfr. ESU-forskriften (se note 14), § 3.

²⁶ Se arbeidstvistlovens § 6 nr. 1, hvis formulering er en del av beskrivelsen av området for Arbeidsrettens domsmyndighet etter samme lovs § 7 nr. 2.

²⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 55 (1995-96), s. 20 og 24-25. Se til dette også *Evju 2001*, s. 123 og 124.

helhet fra Arbeidsrettens domsmyndighet.²⁸ Men løsningen er dermed blitt en ganske annen. Etter ESU-regelverket vil i praksis enhver tvist høre under Bedriftsdemokratinemnda, også f.eks. tvister om fortolkningen av inngåtte avtaler.²⁹ Etter SE-forskriften er nevndens saksfelt *begrenset*. Utgangspunktet ifølge forarbeidene har vært at tvister skal høre under de *alminnelige domstoler*. Men for visse typer saker har man sett det slik at en slik prosessordning ikke er egnet, fordi det er behov for rask avklaring. Ut fra ”effektivitetshensyn” og sammenhengen med den type saker Bedriftsdemokratinemnda ellers behandler etter selskapslovgivningen, er i første rekke ”tekniske” spørsmål i forbindelse med valg av arbeidstagerrepresentanter m.v., samt tvister om pålegg av taushetsplikt og tilbakeholdelse av informasjon, lagt til Bedriftsdemokratinemnda.³⁰ Lov- og forskriftsforarbeidene bygger på at andre spørsmål faller utenfor Bedriftsdemokratinemndas kompetanse. Det vil omfatte tvister vedrørende arbeidstagerens løpende krav om informasjon og drøftelser, såvel som og herunder tvister om *forståelsen* av *innholdet* av avtaler om særlige forhandlingsutvalg og medbestemmelse, tvister om misbruk av SE-selskapsformen med sikte på å frata arbeidstagerne deres rettigheter, m.v. Slike tvister er altså forutsatt å skulle behandles i de alminnelige domstoler.³¹ Det er imidlertid diskutabelt om denne forutsetningen slår helt til, eller om tvister vedrørende ”SE-avtaler” som måtte være tariffavtaler, likevel må falle inn under Arbeidsrettens domsmyndighet.

Problemstillingen knytter seg til den lovtekniske løsningen, som ikke er aldeles vellykket. Den unntaksbestemmelsen som er tatt inn i arbeidstvistlovens § 7 nr. 2 annet ledd (siste punktum), er parallell med den som gjelder (etter annet ledd annet punktum) for ESU-avtaler, og fastsetter at ”[t]vister som knytter seg til tariffavtaler inngått etter bestemmelser gitt i eller i medhold av SE-loven § 3 om

²⁸ Jfr. Justisdepartementets høringsbrev 13. mai 2004 om gjennomføring av rådsforordningen om europeiske selskaper (*Justisdepartementet* 2004), s. 21 (pkt. 6, bemerkningene til lovutkastets § 8 og § 14 nr. 1), og Arbeids- og administrasjonsdepartementets høringsbrev 3. juni 2004 om implementering av direktiv om ansattes rett til medbestemmelse i SE-selskaper (*AAD* 2004), s. 22.

²⁹ Jfr. *Evju* 2001, *ibid.*, og ESU-forskriftens § 3.

³⁰ Jfr. SE-forskriftens § 14, og *AAD* 2004, s. 21-22.

³¹ Jfr. *AAD* 2004, *ibid.*, og Ot.prp. nr. 17 (2004-2005), s. 34-35.

arbeidstakernes innflytelse i et europeisk selskap, behandles etter bestemmelser *gitt i eller i medhold av SE-loven*.³² I SE-lovens § 3 heter det at ”Kongen gir i forskrift nærmere regler om arbeidstakernes innflytelse i et europeisk selskap, jf. SE-forordningen artikkel 1 nr. 4, herunder om avgjørelse av tvister”. Formen er knappere enn i ESU-lovens § 3,³³ men vil i og for seg være tilstrekkelig til å hjemle så omfattende unntak fra arbeidstvistlovens domene som forutsatt i forarbeidene. Den vesentlige forskjellen ligger i *forskriftsutformningen*. ESU-forskriftens § 3 er bredt utformet og omfatter enhver tariffavtaletvist som ellers ville hørt under Arbeidsretten (jfr. ovenfor m. note 30). SE-forskriftens § 14 er derimot enumererende; den gir en konkret oppregning som omfatter tvister om opprettelse av særlig forhandlingsutvalg, tvister som knytter seg til *inngåelse* av avtaler om innflytelse, og tvister om anvendelsen av (SE-forordningens) standardbestemmelser, samt visse tvister om valg av arbeidstagerrepresentanter og taushetspålegg og tilbakeholdelse av informasjon. For andre tvister er det *ikke gitt* bestemmelser ”i eller i medhold av SE-loven” om en annen behandlingsmåte enn den som ellers vil følge av alminnelige regler. Kompetansen i SE-lovens § 3 har ikke materialisert seg i unntaksregler. Det er da vanskelig å lese bestemmelsen i arbeidstvistlovens § 7 nr. 2 slik at det som måtte være tariffavtaletvister (ut over SE-forskriftens § 14s område), skal være unndratt Arbeidsrettens (eksklusive) domsmyndighet. Forarbeidsforutsetningene er ikke riktig fulgt opp i den konkrete reguleringen.³⁴

4.1.2 Informasjon og drøftelser – ny arbeidsmiljølov kap. 8

For det tredje er Bedriftsdemokratinevnda gitt rollen som tvisteløsningsorgan på et begrenset felt etter reglene i den nye arbeidsmiljø-

³² Jfr. arbeidstvistlovens § 7 nr. 2, som endret pr. 1. mai 2005 ved SE-lovens § 14 nr. 1 (min uthevelse).

³³ ESU-lovens § 3 første ledd lyder: ”Kongen kan bestemme at en særskilt nemnd skal ha myndighet til å avgjøre tvister som knytter seg til bestemmelser i loven her, eller vedtak truffet med hjemmel i loven, og tvister som knytter seg til avtaler om europeisk samarbeidsutvalg eller tilsvarende samarbeidsformer og som gjelder slike avtalers gyldighet, forståelse eller beståen eller krav som grunner seg på slike avtaler.”

³⁴ At det nok har gått litt ”over stakk og sten” i deler av lovarbeidet, illustreres også av at det i Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) sies at forslaget ”til endring av arbeidstvistloven § 14 nr. 1 er justert ...” (s. 35), der det er tale om *SE-lovforslagets* § 14 nr. 1 om endring av arbeidstvistlovens § 7 nr. 2; og av at SE-forskriftens § 14 første ledd gir gale tallreferanser til de forutgående paragrafer i forskriften.

lovens kap. 8 om informasjon og drøftelser.³⁵ Med henvisning til den særskilte bestemmelsen i direktivets art. 6 nr. 3 ble det i proposisjonen lagt til grunn at det kreves at arbeidstagerrepresentantene har tilgang til et organ som "relativt raskt og effektivt" kan behandle tvister i "pågående prosesser" om å få eller kunne formidle informasjon. Da mente man at en nevnd ville være best egnet som tvisteløsningsorgan. Det ble samtidig understreket at nevnden *ikke* skal ha kompetanse i *etterfølgende* tvister, om hvorvidt informasjon skulle ha vært gitt eller om et taushetspliktpålegg var lovlig. Slike saker vil høre under de alminnelige domstoler.³⁶ Bedriftsdemokratinemndas kompetanse er avgrenset til tvister som oppstår *før* de opplysningene det er tale om, "er blitt offentlig kjent",³⁷ jfr. lovens § 8-3 tredje ledd.

Denne – begrensede – kompetansen for Bedriftsdemokratinemnda er spesiell for § 8-3 om "fortrolige opplysninger". Andre tvister etter § 8-3 såvel som tvister etter kap. 8 forøvrig skal behandles etter de regler som ellers vil gjelde for dem. Også her etableres det et *sammensatt håndhevelsessystem*.

Arbeidslivslovutvalget stilte seg spørsmål om reglene om informasjon og drøftelser burde gjøres til gjenstand for Arbeidstilsynets alminnelige tilsynsvirksomhet, med kompetanse for Arbeidstilsynet til å gi pålegg og eventuelt ilegge tvangsmulkt. Herunder stilte man spørsmål om det "er særlig praktisk å håndheve regler om informasjon og konsultasjon ved pålegg og eventuelt straff", idet dette er regler av en annen karakter enn de som Arbeidstilsynet ellers har erfaring med å håndheve. Utvalget mente likevel at håndhevelsen i "løpende saker" vil egne seg bedre for Arbeidstilsynet enn å skulle

³⁵ Jfr. alment om dette i avsnitt 2 ovenfor.

³⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 126 og 313-314. Proposisjonens forslag, som ble vedtatt som den nye lovens § 8-3, skiller seg på flere punkter fra forslaget i Arbeidslivslovutvalgets innstilling. Utvalget foreslo ingen særlige håndhevelsesbestemmelser (jfr. i teksten nedenfor) og foreslo at også bestemmelsen om "fortrolige opplysninger" skulle kunne fravikes ved tariffavtale; jfr. NOU 2004: 5, s. 226-228, 510 og 545-546. Den vedtatte § 8-3 åpner *ikke* for fravikelser ved avtale. Jfr. videre nedenfor i teksten, s. 188-189 v. note 43-49.

³⁷ Samme avgrensning gjelder for tvister om taushetsplikt m.v. etter SE-forskriftens § 14 annet ledd.

legge avgjørelser til en tvistenevnd, og ble stående ved å foreslå at bestemmelsene om informasjon og drøftelser i sin helhet skulle falle inn under Arbeidstilsynets tilsyns- og håndhevelsesmyndighet.³⁸ Departementet foreslo ingen endringer forsåvidt, og lovens kap. 8 er *ikke* unntatt fra Arbeidstilsynets myndighetsområde, jfr. lovens § 18-6 første ledd.

Utgangspunktet er således at Arbeidstilsynet *har* ”kompetanse til å føre tilsyn med om informasjon og drøfting gjennomføres i samsvar med loven”.³⁹ Bestemmelsene om Arbeidstilsynets myndighet må nok likevel fortolkes med en viss reservasjon. Arbeidslivslovutvalget la til grunn at Arbeidstilsynet ”kun skal se til at dialogen er etablert og gjennomføres i samsvar med lovens krav. Arbeidstilsynet skal ikke gå inn i de faktiske spørsmål som skal være tema for dialogen mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes representanter”; oppgaven vil i første rekke være knyttet til at det i ”løpende saker vil [...] være spørsmål om å få etablert en dialog”.⁴⁰ Departementet sluttet seg meget kortfattet til dette.⁴¹ Tankegangen synes å være at Arbeidstilsynet kan føre tilsyn med *at* informasjon gis og drøftelser føres, men *ikke* skal ha myndighet til å føre kontroll med *om* den informasjon som gis og de drøftelser som føres, fyller lovens minimumskrav til innhold. Arbeidstilsynet skal således heller *ikke* ha kompetanse til å sanksjonere *brudd* på slike innholdsmessige krav; det vil være gjenstand for efterfølgende domstolsprøvelse vedrørende lovligheten/gyldigheten av arbeidsgiverens beslutninger.⁴²

Arbeidstilsynet vil derimot *ikke* ha myndighet dersom informasjon og drøftelser er regulert ved tariffavtale i stedet for av lovens § 8-2.⁴³ Tariffavtalte bestemmelser kan kun håndheves av tariff-

³⁸ Jfr. NOU 2004: 5, s. 227-228.

³⁹ NOU 2004: 5, s. 228. Og overtredelse av loven eller av gitte pålegg vil kunne medføre *straff* etter arbeidsmiljølovens straffebestemmelser (jfr. *ibid.*).

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 126.

⁴² Jfr. NOU 2004: 5, *ibid.* Om hvem som har søksmålsadgang, se i avsnitt 4.3 nedenfor.

⁴³ Jfr. s. 178-179 foran om adgangen til avtalederogasjon og den rettslige stilling i slike tilfeller.

partene, gjennom søksmål for Arbeidsretten eller avtalte tvisteløsningsordninger.⁴⁴ Den vedtatte § 8-3 åpner imidlertid *ikke* for fravikelser ved avtale (jfr. note 37). Lovens § 8-3, og de tvisteløsningsordninger som gjelder for den, vil således gjelde uansett om lovens § 8-2 er avløst av tariffavtaleregulering. Hvis tariffavtalen på sin side har egne regler om taushetsplikt m.v., vil eventuelle tvister om avtalebestemmelsene ikke høre under Bedriftsdemokratienemnda eller de alminnelige domstoler, men under Arbeidsretten (eventuelt avtalte tvisteløsningsordninger) etter de regler som ellers gjelder for tariffavtaletvister.⁴⁵

Samtidig er bestemmelsene i lovens § 8-3 gjenstand for et *dobbelt* håndhevelsesregime. Som påpekt ovenfor har Bedriftsdemokratienemnda en rolle som tvisteløsningsorgan. Men heller ikke § 8-3 er unntatt fra Arbeidstilsynets myndighetsområde.⁴⁶ I prinsippet vil således også Arbeidstilsynet kunne gripe inn – endatil uten ”søksmål” – i tvister om ”fortrolige opplysninger”. Om det er tilsiktet, er usikkert. Arbeidslivslovutvalget foreslo ikke noen tvistenevndsordning, heller ikke for saker om ”fortrolige opplysninger”.⁴⁷ Når proposisjonen foreslo en særordning for lovens § 8-3, ble forholdet til Arbeidstilsynets kompetanse ikke berørt.⁴⁸ Hvordan dette ”tosporede” system skal utmyntes i praksis, gjenstår å se.⁴⁹

⁴⁴ Jfr. NOU 2004: 5, *ibid.*, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 126.

⁴⁵ Jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 314. Derimot blir det positivt galt når det s.st. på s. 126 uttales at ”Dersom det *ikke* inngås tariffavtaler, vil tvister i situasjoner hvor arbeidsgiver unnlater å informere om fortrolige opplysninger kunne bringes inn for Bedriftsdemokratienemnda, se nedenfor i kapittel 10.4.7” (min uthevelse).

⁴⁶ Jfr. ovenfor v. note 36.

⁴⁷ Jfr. ovenfor v. note 36.

⁴⁸ Jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 126-127, 313-314 og 343. Løsningen står i kontrast til den som gjelder for den nye tvisteløsningsnevnden etter lovens § 17-2; jfr. om denne i teksten under 4.2.1 nedenfor. Forarbeidene gir ingen forklaring på forskjellen, og det er uklart om den er bevisst valgt.

⁴⁹ Forskriftshjemmelen i lovens § 8-3 siste punktum gir ikke grunnlag for å innnevne eller avgrense Arbeidstilsynets myndighet etter lovens § 18 nr. 6. Man må i tilfelle ty til den generelle organisasjonskompetansen i § 18-1 første ledd som en – i så fall ganske kunstig – nødløsning.

4.2 *Andre tvistenevnder og ordninger*

4.2.1 Ny arbeidsmiljølov – ny tvisteløsningsnevnd

Med den nye arbeidsmiljøloven etableres det en ny *tvisteløsningsnevnd*, jfr. lovens § 17-2. Den avløser to spesielle tvistenevnder og enkelte spesielle kompetanser for Arbeidstilsynet etter den arbeidsmiljøloven som nu gjelder,⁵⁰ men får et betydelig videre sakfelt. Det er positivt angitt og avgrenset gjennom henvisningene i § 17-2 til § 10-13 og § 12-14, som igjen viser spesifikt til hvilke bestemmelser som omfattes, og til § 14-3. Denne siste bestemmelsen inngikk ikke i proposisjonens forslag, men kom inn som en del av sakfeltet gjennom stortingskomitéens innstilling – og den reiser enkelte særskilte spørsmål (jfr. i avsnitt 4.3 nedenfor).

Paragraf 10-13 er sluttbestemmelsen i arbeidstidskapitlet som, enkelt sagt, også implementerer arbeidstidsdirektivet.⁵¹ Etter § 10-13 legges kompetanse til tvisteløsningsnevnden etter to nye bestemmelser, § 10-2 annet ledd om rett til fritak for nattarbeid, som implementerer arbeidstidsdirektivets art. 9,⁵² og § 10-2 tredje ledd om rett til fleksibel arbeidstid.⁵³ Videre omfattes § 10-2 fjerde ledd om rett til redusert arbeidstid og fortrinnsrett for deltidsansatte til økt arbeidstid, som i det vesentlige tilsvarende gjeldende lovs § 46 A,⁵⁴ og § 10-6 ått-

⁵⁰ Hhv. ”ankenemnda for tidskontosaker” etter § 31 A om delvis permisjon og tvistenevnden for utdannelsespermisjonssaker etter § 33 D nr. 6 – 8, og Arbeidstilsynets tvisteløsningskompetanse etter § 31 nr. 6 i.f. og § 46 A nr. 6. På den annen side utgår en rekke ”tvisteløsnings”bestemmelser i arbeidstidskapitlet: § 41 tredje ledd, §§ 42 og 44, begges siste ledd, § 46 nr. 3 og 4, begges siste ledd, og § 51 nr. 1 fjerde ledd. Arbeidstidsbestemmelsene i loven, også den nye arbeidsmiljøloven, er (med få unntak) underlagt Arbeidstilsynets alminnelige tilsyns- og vedtakskompetanse, jfr. den nye lovens § 18 nr. 6, og man har ønsket å unngå slike ”enkelthenvvisninger” for ikke å gi inntrykk av at Arbeidstilsynets myndighet ikke gjelder andre bestemmelser. Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 155.

⁵¹ Rådskdirektiv 93/104/EF – som erstattes av direktiv 2003/88/EF – om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden. Jfr. alment Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 151 ff.

⁵² Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 176-177 og 315, og NOU 2004: 5, s. 268-270.

⁵³ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 167-169, og NOU 2004: 5, s. 248-251.

⁵⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 166-167, og NOU 2004: 5, s. 269.

de ledd om rett til fritak for overtid/merarbeid, som materielt i det vesentlige svarer til den nu gjeldende § 49 nr. 2.⁵⁵

Efter § 12-14 omfattes samtlige bestemmelser i lovens kap. 12 om "rett til permisjon", hvilket omfatter rett til fri for svangerskapskontroll (§ 12-1), permisjon under svangerskap og foreldrepermisjon ved og efter fødsel (§ 12-2 – § 12-7), rett til ammeferie (§ 12-8) og fri ved barns eller barnepassers sykdom (§ 12-9), og permisjon for pleie av pårørende (§ 12-10), utdannelse (§ 12-11), militærtjeneste m.v. (§ 12-12) og for å oppfylle lovbestemt møteplikt i offentlige organer (§12-13). De materielle reglene er i det vesentlige en videreføring av bestemmelsene i gjeldende lovs kap. VIII om "rett til fri fra arbeidet". Det er grunn til å peke på at arbeidsmiljølovens regler regulerer retten til fri fra arbeid, men – med unntak av § 12-1 – *ikke* regulerer spørsmål om rett til lønn (eller trygd) under slike permisjoner som omhandles. Det innebærer i denne sammenheng at tvister om lønn/økonomiske godtgjørelser under slike permisjoner heller ikke vil høre under tvisteløsningsnevnden efter § 17-2.⁵⁶

Paragraf 14-3 er en helt ny bestemmelse, om fortrinnsrett for deltidsansatte til utvidet stilling. Arbeidslivslovutvalget vurderte en slik bestemmelse, men flertallet gikk inn for ikke å fremme noe forslag, først og fremst med henvisning til at det var satt ned et eget utvalg for å utrede spørsmål vedrørende deltidsarbeid.⁵⁷ Flertallet i det utvalget gikk heller ikke inn for å lovfeste en fortrinnsrett til utvidet stilling for deltidsansatte.⁵⁸ Efter synspunkter fra høringsrunden tok departementet et annet standpunkt, men foreslo ikke å legge tvister til løsning ved nevnd.⁵⁹ Tvister efter § 14-3 ville, med proposisjonens forslag, høre under domstolene på ordinært vis. Det ble altså snudd på hodet

⁵⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 165-166 og 319, og NOU 2004: 5, s. 269.

⁵⁶ Jfr. for såvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 325, og NOU 2004: 5, s. 559.

⁵⁷ Jfr. NOU 2004: 5, s. 342-344. Det særskilte utvalget, Deltidsutvalget, la frem sin utredning, NOU 2004: 29, i desember 2004.

⁵⁸ Jfr. NOU 2004: 29, s. 89-90 og 95.

⁵⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 226-228, 330 og 362.

med komitéinnstillingens flertallsforslag, som vant frem ved vedtagelsen av den nye loven.⁶⁰

Ordningen med en særskilt tvisteløsningsnevnd bygger på tanken om at en slik ordning kan gi ”grunnlag for en raskere, smidigere og mer spesialisert behandling av konflikter, både sett i forhold til domstolsbehandling og i forhold til tradisjonell administrativ”, forvaltningsrettslig håndhevelse.⁶¹ Når det gjelder hvilke saker som skal være gjenstand for slik behandling, har vurderingen på den ene side vært at det er uaktuelt for regler som ligger innenfor Arbeidstilsynets ”naturlige kompetanseområde”, håndhevelsen av reglene om helse, miljø og sikkerhet, som i denne sammenheng også omfatter arbeidstidsregler. På den annen side ligger stillingsvernreglene, som (fortsatt) bør ”overlates til domstolsbehandling”. Det saksfeltet som er lagt til tvisteløsningsnevnden, er begrunnet med at ”noen tvister hvor søksmålsterskelen antas å være særlig høy og/eller tidsaspektet er særlig fremtredende, [vil] egne seg godt for behandling i tvistenemnd”.⁶² Spesielt for fortrinnsrettsbestemmelsen for deltidsansatte fremholdt flertallet i stortingskomitéen at nevnndsbehandling ”vil kunne løse konflikter mellom arbeidstaker og arbeidsgiver på en bedre måte enn om slike saker går direkte til rettsapparatet”.⁶³ Om det er treffende, er utvilsomt diskutabelt. Hvorfor en slik begrunnelse skal gjøre seg gjeldende spesielt for denne fortrinnsrettsbestemmelsen, er også vanskelig å få tak på. Dette er imidlertid en diskusjon jeg skal la ligge her.

Tvisteløsningsnevnden er ikke en domstol og, sies det i lovforarbeidene, heller ikke et forvaltningsorgan ”i tradisjonell forstand”.⁶⁴

⁶⁰ Jfr. Innst. O. nr. 100 (2004-2005), s. 52, og Ot.forh. 2004-2005, s. 871-872 (der komitéflertallets forslag ble enstemmig bifalt). Under komitébehandlingen ble spørsmålet tatt opp av SVs gruppe (brev av 19. mai 2005 til ASD). Departementet fastholdt proposisjonens forslag og pekte på sammenhengen med den alminnelige fortrinnsretten etter § 14-2 (ASDs brev av 27. mai 2005 (ref. 200501899 -21) til SVs stortingsgruppe, pkt. 8). Jfr. også ASDs brev av 1. juni 2005 (ref. 200501899 -27) til SVs stortingsgruppe.

⁶¹ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 289-290, og NOU 2004: 5, s. 468.

⁶² Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 290, og NOU 2004: 5, s. 469.

⁶³ Jfr. Innst. O. nr. 100 (2004-2005), s. 52.

⁶⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 290, og NOU 2004: 5, s. 468.

Man kan vel da si at den er et særlig eller spesielt, uavhengig forvaltningsorgan; uavhengig i den forstand at nevnden forutsetningsvis ikke skal kunne instrueres i enkeltsaker.⁶⁵ Det er understreket at det er en klar forutsetning at nevnden skal være ”partssammensatt”, med en nøytral, arbeidslivskyndig leder og to eller fire ytterligere medlemmer, for å ivareta hensynet til innsikt i arbeidslivsspørsmål og hensynet til ”eierskap til sakene” – hva nå det siste måtte bety.⁶⁶

I et utkast til forskrifter som ble sendt på høring i oktober 2005, har Arbeids- og sosialdepartementet foreslått at tvisteløsningsnevnden skal ha en nøytral leder med juridisk embedseksamen, to faste medlemmer fra arbeidslivets parter, og to medlemmer som oppnevnes etter forslag fra partene i den enkelte tvist. For de faste medlemmer fra arbeidslivets parter er det foreslått en forslags- og oppnevnesordning etter mønster av arbeidstvistlovens regler om innstillingsrett m.v. til Arbeidsretten. Det er også foreslått at Direktoratet for arbeidstilsynet skal fungere som sekretariat for nevnden. Jfr. ASD 2005, Vedlegg 2 s. 1-3.

De bestemmelsene i den nye arbeidsmiljøloven som hører under tvisteløsningsnevnden etter § 17-2, er *unntatt* fra området for Arbeidstilsynets håndhevelsesmyndighet, jfr. lovens § 18-6 første ledd.

Spørsmålene om hvem som kan bringe saker inn for tvisteløsningsnevnden, og forholdet til domstolsbehandling tas opp i 4.3 nedenfor.

4.2.2 Likestilling og diskriminering – gammelt nytt i ny og større tapning

Den annen særlige håndhevelsesordning på direktivrelevante områder finner vi på likestillings- og ikke-diskrimineringsfeltet. Her utgjør gjennomføringslovgivningen et broget bilde. EF-direktivene om like lønn og likebehandling på grunn av kjønn er i utgangspunktet implementert gjennom likestillingsloven av 1978 (med senere endringer).⁶⁷

⁶⁵ Dette sies ikke uttrykkelig i forarbeidene, men må anses som en implisitt forutsetning. (Jfr. note 23 om hva jeg her mener med ”uavhengig forvaltningsorgan”.) Etter § 17-2 fjerde ledd kan departementet gi forskrifter om nevndens sammensetning, oppnevning av medlemmer og nevndens saksbehandling.

⁶⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 292, og NOU 2004: 5, s. 468 og 470.

⁶⁷ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene. Jfr. senest endringslov 10. juni 2005 nr. 38 om endringer i likestillingsloven mv. (Gjen-

Rammedirektivet om likebehandling i sysselsetting og yrke⁶⁸ ble implementert gjennom innføyelsen av et nytt kap. X A og B i arbeidsmiljøloven, ved en endringslov som trådte i kraft 1. mai 2004.⁶⁹ På det tidspunkt var det allerede avgitt en utredning om vern mot *etnisk* diskriminering m.v.⁷⁰ Dette lovarbeidet ble videreført og har resultert i en ny *diskrimineringslov*,⁷¹ som også (bl.a.) sikter til å implementere EFs to rammedirektiver (2000/43 og 2000/78), i sammenheng med en særskilt lov som etablerer et felles administrativt håndhevelsesapparat med et Likestillings- og diskrimineringsombud og en ditto klagenevnd.⁷² Denne lovgivningen trer i kraft 1. januar 2006.⁷³ Samtidig er kap. X A og B i arbeidsmiljøloven av 1977

nomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov). Noen av endringene er trådt i kraft pr. 1. juli 2005, andre trer i kraft 1. januar 2006; jfr. res. 10. juni 2005 nr. 527. Dette, og endringsloven, har sammenheng med den nye lovgivning fra 2005 som omtales i teksten nedenfor her; jfr. Ot.prp. nr. 35 (2004-2005).

⁶⁸ Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til sysselsetting og yrke. Direktivet inngår, som vel kjent, i EUs "ikke-diskrimineringspakke" sammen med Rådsdirektiv 2000/43/EF om vern mot etnisk diskriminering og en handlingsplan for bekjempelse av diskriminering. Denne "ikke-diskrimineringspakken" er hjemlet i Traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskapet (TEF) art. 13. TEF art. 13 er ikke en del av EØS-avtalen. EU-kommisjonen har imidlertid merket "ikke-diskrimineringspakken" som EØS-relevant. Det er ikke truffet noen felles EØS/EFTA-beslutning i spørsmålet om det er ønskelig å slutte seg til "ikke-diskrimineringspakken", men Norge har besluttet å slutte seg til pakken. Jfr. til dette f.eks. *Holgensen* 2005.

⁶⁹ Lov 26. mars 2004 nr. 15, i kraft 1. mai 2004 iflg. res. 26. mars 2004 nr. 574. Jfr. til dette NOU 2003: 2, og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003).

⁷⁰ NOU 2002: 12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering*.

⁷¹ Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven). Jfr. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005).

⁷² Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven). Jfr. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005).

⁷³ Jfr. res. 10. juni 2005 nr. 528 (diskrimineringsombudsloven) og res. 17. juni 2005 nr. 608 (diskrimineringsloven).

videreført, med visse endringer, i kap. 13 i den nye arbeidsmiljøloven.⁷⁴

Arbeidsmiljølovens regler om vern mot diskriminering omfatter diskrimineringsgrunnene ”politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming” og alder, samt deltids- og midlertidig ansettelse; jfr. den nye § 13-1 første og tredje ledd.⁷⁵ Dette ”overlapper” delvis med diskrimineringsloven, som etter § 1 omfatter grunnene ”etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn”. Materielt er dette regulert slik at for de grunner som omfattes av diskrimineringslovens § 1, gjelder den loven, og likeledes gjelder likestillingsloven ved diskriminering på grunn av kjønn.⁷⁶ Arbeidsmiljølovens bestemmelser gjelder således for ”resttilfellene”.

I håndhevelsessammenheng er lovene også samordnet, men på en annen måte. Arbeidstilsynet har ikke tilsyns- eller håndhevelsesmyndighet for reglene om vern mot diskriminering i den nye arbeidsmiljølovens kap. 13; jfr. lovens § 18-6 første ledd.⁷⁷ Både arbeidsmiljølovens, likestillingslovens og diskrimineringslovens (samt noen ytterligere lovers) regler om vern mot diskriminering omfattes av den nye diskrimineringsombudsloven, jfr. dens § 1.⁷⁸

Grunntrekkene i dens ordning er tilsvarende som i den nu gjeldende likestillingsloven.⁷⁹ Likestillings- og diskrimineringsombudet

⁷⁴ Jfr. her Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 193-201 og 325-329.

⁷⁵ Forsåvidt gjelder funksjonshemming er det nylig lagt frem en utredning med forslag til særskilt lovgivning om diskrimineringsvern m.v., NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet : Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.*

⁷⁶ Jfr. arbeidsmiljøloven av 1977 § 54 B nr. 2 og 3 (etter endring ved diskrimineringsloven), og den nye arbeidsmiljølovens § 13-1 fjerde og femte ledd.

⁷⁷ Etter arbeidsmiljøloven av 1977 har Arbeidstilsynet kompetanse for det som regnes som ”trakassering” etter § 54 C nr. 3, som en videreføring av kompetanse i forhold til reglene i lovens § 12 før innføyelsen av kap. X A; jfr. NOU 2003: 2, s. 59, og Ot.prp. nr. 104 (2002-2003), s. 57.

⁷⁸ For arbeidsmiljølovens del diskrimineringsombudslovens § 1 annet ledd nr. 3, nu som endret med virkning for den nye arbeidsmiljøloven ved dennes § 20-3, Endringer i andre lover, nr. 27.

⁷⁹ Jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 34 (2004-2005), s. 59-78.

skal behandle saker som bringes inn for ombudet, og kan dessuten ta opp saker av eget tiltak (jfr. diskrimineringsombudslovens § 3 fjerde ledd). Det karakteristiske for ombudet i denne sammenheng er at ombudet kan gi uttalelser og skal søke å oppnå at parter frivillig retter seg etter ombudets uttalelser om noe er i strid med reglene om vern mot diskriminering, men ombudet kan ikke treffe vedtak.⁸⁰ Hvis en frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudet – eventuelt en part som har bragt sak inn for ombudet – bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda (i det følgende kalt Nemnda); jfr. § 3 tredje ledd og § 6 første ledd. Nemnda har en – begrenset – myndighet til å treffe rettslig bindende vedtak. Den kan treffe vedtak om ”at det foreligger brudd” på de regler som omfattes av loven og ”pålegge stansing, retting og andre tiltak som er nødvendige for å sikre at diskriminering, trakassering, instruks eller gjengjeldelse opphører og for å hindre gjentakelse”, samt ”treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføring av pålegg”, jfr. lovens §§ 7 og 8. Men Nemnda kan ikke oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer. Den kan heller ikke gi pålegg om hvordan myndighet til å treffe vedtak må utøves for ikke å komme i strid med diskrimineringsvernreglene, og Nemndas vedtak er ikke bindende for Kongen eller departementene (§ 9). Nemnda kan dessuten ikke i noe tilfelle treffe avgjørelser som etter arbeidstvistlovgivningen hører under Arbeidsretten (§ 10 siste ledd), det vil forenklet sagt si avgjørelser om (u)gyldighet eller fortolkning av, eller om krav som grunner seg på, en tariffavtale som sådan.⁸¹ Nemnda kan heller ikke treffe avgjørelser om erstatning eller

⁸⁰ Med en begrenset reservasjon for ”hastevedtak” etter lovens § 4 jfr. § 7; jfr. ellers § 3 tredje ledd.

⁸¹ Lovens § 10 svarer forsåvidt til gjeldende likestillingslovs § 14. Den har vært gjenstand for diskusjon om mulige endringer i mer enn 20 år; det fører det imidlertid for langt å gå inn på her. Spørsmålet ble senest diskutert mer utførlig i forbindelse med endringer i likestillingsloven i 2002, og den etablerte kompetansefordeling ble da beholdt; jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), kap. 10. I diskrimineringslovens forarbeider er det kortfattet vist til og bygget på dette, jfr. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005), s. 66, 67, 70 og 103. Der er det også gitt uttrykk for at man vil utrede en ordning der ombudet kan opptre som ”sterk hjelpeintervenient” i diskrimineringsaker for domstolene; jfr. *l.c.* s. 93.

oppreisning for brudd på diskrimineringsreglene; slike krav vil høre (direkte) under de alminnelige domstoler.⁸²

4.3 Nevndsvedtak, domstolsprøvelse og søksmålsrett

Har Likestillings- og diskrimineringsnemnda truffet et vedtak, kan vedtaket bringes inn til overprøvelse ved de alminnelige domstoler. I slike saker har domstolene full prøvelsesadgang; de kan prøve ikke bare saksbehandlingen, det faktiske grunnlag og rettsanvendelsen, men også om vedtaket er hensiktsmessig og rimelig.⁸³ For slike søksmål gjelder en tre måneders søksmålsfrist, jfr. lovens § 12 annet ledd.

Søksmål som angår selve det påstått diskriminerende forhold, kan imidlertid reises *direkte* for domstolene. Det er ikke noen prosessforutsetning at spørsmålet om diskriminering har vært behandlet av ombudet eller Nemnda.⁸⁴

Spørsmålet om hvem som kan bringe en sak inn for håndhevelsesorganene og har søksmålsrett i diskrimineringssaker, er i hovedsak enkelt. Her er det tale om krav som bygger på lov. Den enkelte arbeidstager har da full, selvstendig søksmålskompetanse; jfr. i avsnitt 3.1 ovenfor.

Dette gjelder også dersom det anføres at en tariffavtalebestemmelse som arbeidstageren er bundet av, er ugyldig fordi den strider mot en lovregel om diskrimineringsforbud. I Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) om nytt kap. X A og B i arbeidsmiljøloven av 1977 er det uttalt at "[d]ersom en diskriminerende bestemmelse i tariffavtalen får direkte virkning i det individuelle arbeidsforholdet, kan arbeidstaker reise søksmål ved de alminnelige domstoler med *påstand om ugyl-dighet* i forhold til eget arbeidsforhold" (s. 53, min uthevelse; jfr. lignende NOU

⁸² Dette følger av utformningen av de aktuelle lovenes sanksjonsregler sammenholdt med diskrimineringsombudslovens regler. Jfr. til dette Ot.prp. nr. 34 (2004-2005), s. 71, 73-75 og 102.

⁸³ Dette er tilsvarende som etter gjeldende likestillingslov og kommer til uttrykk i diskrimineringsombudslovens § 12 første punktum. Jfr. Ot.prp. nr. 34 (2004-2005), s. 78.

⁸⁴ Her gjelder bare ett unntak, for "hastevedtak" av ombudet etter lovens § 4 første ledd, som ikke kan bringes inn for domstolene uten at adgangen til klage til Nemnda er utnyttet og klagen er avgjort av Nemnda; jfr. lovens § 12 første ledd annet punktum. Henvi-sningen i § 12 første ledd tredje punktum til tvistemålslovens § 437 gir en særskilt fristregel for disse tilfellene.

2003: 2, s. 58). Det er i beste fall en upresis utlegning av rettstilstanden (som det på dette punkt ikke ble gitt noen bestemmelser for å endre). Uttalelsen er ikke gjentatt i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), jfr. s. 329. Den alminnelige domstol kan ikke gi dom for slik ugyldighet – men den både kan og må ta *prejudisiell* stilling til om tariffavtalebestemmelsen er gyldig og derfor må gis anvendelse, eller om den er lovstridig og derfor må settes ut av betraktning ved avgjørelsen av det domskrav som er fremmet. Jfr. alment i avsnitt 3.1 ovenfor, og dertil *Evju* 2001, s. 96.

Diskrimineringslovens § 12 første ledd og ny arbeidsmiljølovs § 13-10 har (noe annerledes enn gjeldende arbeidsmiljølovs § 54 K) bestemmelser om bruk av organisasjon som fullmektig. Det er spesialbestemmelser for *forvaltningsaker*, som har sin bakgrunn i hhv. direktiv 2000/43/EF art. 7 nr. 2 og direktiv 2000/78/EF art. 9 nr. 2, men som ikke regulerer organisasjoners adgang til selv å reise forvaltningssak eller søksmål; her gjelder alminnelige forvaltnings- og sivilprosessuelle regler. Jfr. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), s. 166-173, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 54-55.

Spørsmålet om nevndsbehandling er en prosessforutsetning, stiller seg annerledes for saker som hører under Bedriftsdemokratinevnda og tvisteløsningsnevnden etter den nye arbeidsmiljølovens § 17-2.

Efter § 17-2 annet ledd kan en tvist ikke bringes inn for domstolene før den har vært prøvet for tvisteløsningsnevnden og nevndens avgjørelse foreligger. I ASDs forskriftsutkast foreslås det en fire ukers frist for å bringe en tvist inn for tvisteløsningsnevnden, eller i visse fall fremsettelse ”så snart som mulig” (jfr. *ASD* 2005, Vedlegg 2 s. 4-5). For dernest å bringe tvisten inn for domstolene gjelder det efter loven en søksmålsfrist på åtte uker fra det tidspunkt nevndens avgjørelse foreligger (jfr. § 17-2 tredje ledd), og som hovedregel skal nevndens avgjørelse gis virkning mens domstolsbehandlingen pågår (jfr. § 17-2 annet ledd annet og tredje punktum).⁸⁵

Her kan det gjøre seg gjeldende noen spesielle problemer ved at tvister efter § 14-3 om fortrinnsrett for deltidsansatte er henvist til nevndsbehandling. Efter § 17-2 jfr. § 14-3 kan tvisteløsningsnevnden bare ta stilling til *om* en deltidsansatt har eller ikke har fortrinnsrett til utvidet stilling. Nevnden kan ikke treffe vedtak om å pålegge en arbeidsgiver å gi en utvidet stilling eller ilegge sanksjoner. Men det kan jo godt tenkes at en deltidsansatt mener seg ”forbigått” ved ikke å

⁸⁵ Jfr. til dette Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 291. I NOU 2004: 5 foreslo ikke Arbeidslivslovutvalget tilsvarende bestemmelser.

ha fått utvidet sin stilling, og derfor vil kreve erstatning (etter § 14-4 annet ledd).⁸⁶ Da fortøner det seg ikke særlig vellykket at spørsmålet om en "urettmessig forbigåelse" foreligger, først må behandles i tvisteløsningsnevnden. Dens avgjørelse av et slikt spørsmål vil jo ikke ha noen bindende virkning for den (etterfølgende) domstolsbehandling som er nødvendig for å avgjøre erstatningskravet (jfr. nedenfor her). Slik § 17-2 og § 14-3 fjerde ledd – reservasjonsløst – lyder, er det imidlertid vanskelig å komme utenom at nevndsbehandling likevel vil være en prosessforutsetning. Til dette kommer mer "tekniske" spørsmål om søksmålsfrister.⁸⁷ I det hele kan nok problemene fortjene en ny – og mer gjennomarbeidet – vurdering fra "lovgiveren" på det ene eller annet trinn. Spørsmålene er ikke berørt i ASDs høringsutkast om forskrifter til § 17-2 (ASD 2005).

Der det er tale om spørsmål som det etter lovgivningen tilligger Bedriftsdemokratinemnda å avgjøre, vil en sak heller ikke kunne bringes inn for domstolene før et vedtak foreligger.⁸⁸

⁸⁶ Bygges et krav på diskrimineringsreglene i kap. 13 – jfr. § 13-1 tredje ledd og § 13-9 – må tvisten derimot anses å bygge på et annet rettsgrunnlag enn § 14-3, slik at veien om tvistenevnd i ethvert fall vil være unødvendig.

⁸⁷ Fristen for søksmål til domstol om "brudd" på bl.a. "lovens regler om fortrinnsrett" er åtte uker/seks måneder regnet fra avslutningen av forhandlinger, jfr. ny aml. § 17-4. Blir forhandlinger ikke holdt, må det være naturlig å anvende bestemmelsen om fristløp fra avslag på krav tilsvarende, jfr. § 17-3 annet ledd litra b, selv om bestemmelsen der etter sin ordlyd bare gjelder "ny", ikke "utvidet", stilling. Spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene; jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 226-228, 278-280 og 342. Skal tvister om "brudd på lovens regler om fortrinnsrett" først behandles etter § 17-2, må løsningen rimeligvis bli at åtteukersfristen i § 17-2 tredje ledd vil gjelde, selv om fristene etter § 17-4 skulle være utløpt i mellomtiden.

⁸⁸ Selvsagt med unntak for de tilfeller der Bedriftsdemokratinemnda er gitt adgang til å fungere som voldgiftsrett; da er dens kompetanse betinget av at partene avtaler slik voldgift og ikke i stedet bringer tvisten inn for domstolene. Jfr. i avsnitt 4.1.1 ovenfor. Bedriftsdemokratinemndas vedtak er ikke gjenstand for forvaltningsklage, jfr. f.eks. representasjonsforskriftens §§ 41 og 42, begges siste ledd, og ESU-forskriftens § 4 siste ledd. Med hensyn til overprøvelse vil alminnelige sivilprosessuelle regler ha anvendelse. Jfr. for såvidt *Berg m.fl.* 1992, s. 200-201, og nu lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (i kraft 1. januar 2005 iflg. res. 14. mai 2004 nr. 751).

Reises det søksmål om et vedtak av tvisteløsningsnevnden, har domstolene full prøvelsesadgang. Dette sies ikke uttrykkelig i lovens bestemmelser, men følger av forarbeidene.⁸⁹

Spørsmålet om søksmålsrett er likeledes uproblematisk. Den enkelte arbeidstager som mener å ha et krav, kan bringe saken inn for tvisteløsningsnevnden. Og arbeidstageren (eller dennes arbeidsgiver) har full, selvstendig søksmålsrett i sak om nevdens vedtak.

På disse to siste punktene stiller det seg annerledes med saker som hører under Bedriftsdemokratinemnda.

Avgjørelser av Bedriftsdemokratinemnda kan bringes inn for de alminnelige domstoler til overprøvelse. Men domstolene har da begrenset prøvelsesmyndighet i samsvar med alminnelige prosess- og forvaltningsrettslige normer.⁹⁰ Enkelt sagt kan domstolene prøve saksbehandlingen, det faktiske grunnlag og rettsanvendelsen, men ikke ”hensiktsmessighetsskjønn” annet enn med hensyn til ”myndighetsmisbruk” (vilkårlighet m.v.).

Spørsmålet om hvem som har ”søksmålsrett”, er mer komplekst. Som vi skal se (i 4.4 nedenfor), er et felles trekk at søksmålsrett ikke er tillagt den enkelte arbeidstager. Derimot er, blandt andre, ”tillitsvalgte” gitt søksmålsrett. Hvem som er ”tillitsvalgte” i lovgivningens forstand, har en videre referanse og betydning enn bare spørsmål om søksmålsrett. Dette kommer jeg utførlig tilbake til i avsnitt 5 nedenfor. Først skal jeg se nærmere på spørsmålene om ”søksmålsrett” for Bedriftsdemokratinemnda.

4.4 Søksmålsrett i saker som hører under Bedriftsdemokratinemnda

4.4.1 Utgangspunkter

I saker som etter lovgivningen er lagt til Bedriftsdemokratinemnda, er behandling i og vedtak av nevnden en prosessforutsetning (jfr. i av-

⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 291, jfr. s. 289. Løsningen ble valgt bl.a. ut fra synspunkter som kom frem under høringen av NOU 2004: 5. Arbeidslivslovutvalget gikk inn for en forvaltningsrettslig begrenset prøvelsesadgang; jfr. NOU 2004: 5, s. 470.

⁹⁰ Jfr. uttrykkelig i forarbeidene til ESU-loven, Ot.prp. nr. 55 (1995-96), s. 19 jfr. s. 18. Se til dette også *Evju* 1998, s. 125. For saker som avgjøres av Bedriftsdemokratinemnda som voldgiftsrett, se note 88 ovenfor.

snitt 4.3 ovenfor). Når temaet så er hvem som har *søksmålsrett* (for domstolene), er det forsåvidt naturlig å ta utgangspunkt i spørsmålet om hvem som kan bringe en sak inn for Bedriftsdemokratinemnda. Her figurerer også ”tillitsvalgte”, som vi skal se, i en spesiell sammenheng.

Jeg starter imidlertid med det (historisk sett) eldste av regelverkene, *representasjonsforskriften*.⁹¹ Den har visse bestemmelser om hvem som kan bringe en sak inn for Bedriftsdemokratinemnda. Forskriften regulerer ikke hvem som kan søke om unntak etter § 41, men for klager i forbindelse med *valg* har selskapet, ”lokal fagforening” og den enkelte arbeidstager som har stemmerett, klagerett (forskriftens § 42 annet ledd). I andre saker – som kan bringes inn for domstolene eller for Bedriftsdemokratinemnda som voldgiftsrett – er søksmålskompetansen begrenset, til selskapet, ”lokal fagforening” og, i visse tilfeller, en ”gruppe” av (seks eller 25) arbeidstagere; jfr. § 43 annet og tredje ledd.

Gruppebegrepet i § 43 er det som gjelder om hvilke ”grupper” som kan kreve forholdstallsvalg av ansattes representanter etter § 14 (styre) og § 29 (bedriftsforsamling). Bestemmelsene svarer til dem i den tidligere representasjonsforskriften; se forsåvidt *Berg m.fl.* 1992, s. 140, 180-181 og 200-201.

*ESU-forskriften*⁹² har også egne bestemmelser. I dens § 4 første ledd heter det at det ”særskilte forhandlingsorgan, det europeiske samarbeidsutvalg eller tilsvarende organer og foretaket eller konsernet kan bringe inn tvister for nemnda. Dersom slike organer ikke er opprettet i Norge, kan tvister bringes inn for nemnda av et flertall av de ansatte i ett EØS-land eller fagforeninger som omfatter et flertall av de ansatte i ett EØS-land”.⁹³

Likeledes har *SE-forskriften*⁹⁴ egne bestemmelser, i § 15 der det heter at ”[d]et særlige forhandlingsutvalget, representasjonsorganet

⁹¹ For aksjeselskaper og almenaksjeselskaper, jfr. note 25 ovenfor. Ordningen skriver seg tilbake fra 1972; se for en kort oversikt *Berg m.fl.* 1992, s. 34-35.

⁹² Jfr. note 14 ovenfor.

⁹³ Samme regel gjelder etter forskriftens § 6 for saker der Bedriftsdemokratinemnda kan benyttes som voldgiftsrett i analogi med representasjonsforskriftens § 43.

⁹⁴ Jfr. note 16 ovenfor.

eller tilsvarende organer, SE-selskaper, deltagende selskaper, berørte datterselskaper, filialer, lokale fagforeninger og en femtedel av arbeidstakerne kan bringe tvister inn for Bedriftsdemokratine mnda”.

Bestemmelsen om behandling av tvister om ”fortrolige opplysninger” i forbindelse med informasjon og drøftelse har en mer spesiell begrensning. Etter den nye arbeidsmiljølovens § 8-3 tredje ledd er adgangen til å bringe en tvist inn for Bedriftsdemokratine mnda tillagt virksomhetens ”tillitsvalgte” eller ”en femdel av arbeidstakerne”.

4.4.2 Videre om klageretten – innledende bemerkninger

Fellesnevneren er at de bestemmelsene vi har sett på i 6.1, *ikke* tillegger *den enkelte* arbeidstager noen ”søksmålsrett” for Bedriftsdemokratine mnda,⁹⁵ som altså i utgangspunktet er et nødvendig ledd for adgangen til å reise søksmål for domstolene. For å skille mellom rett til å bringe en sak inn for Bedriftsdemokratine mnda og søksmålsrett for domstolene, bruker jeg i det følgende ”klagerett” som betegnelse på det første.

4.4.3 Ny arbeidsmiljølov § 8-3 og SE-forskriften

Løsningen etter den nye arbeidsmiljølovens § 8-3 tredje ledd er etter sin ordlyd klar på dette punktet, at den enkelte ikke har noen klagerett. Hvorfor det er valgt en slik løsning, er derimot mindre klart. Det kunne ligge nær å anta at ettersom departementet har bygget på at arbeidstageres rett til informasjon og drøftelser skal utøves gjennom ”arbeidstakerrepresentanter”,⁹⁶ er det tilstrekkelig at disse skal kunne bringe en tvist inn for det tvisteløsende organ. En slik antagelse vil nok likevel være en forenkling. Det er mer nærliggende å tro at man – også her – har lagt til grunn at interessene til alle arbeidstagere som er omfattet av reglene, skal kunne ivaretas, men at det ikke kreves at

⁹⁵ Med unntak for valgklager fra stemmeberettigede; jfr. i teksten ovenfor.

⁹⁶ Jfr. her spesielt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 312 (sp. 2 ad § 8-1). Arbeidslivslovutvalget foreslo som nevnt (jfr. note 35) ikke særlige håndhevelsesbestemmelser og gikk således ikke inn på spørsmålet om klagerett for bestemmelsen om ”fortrolige opplysninger”. Se ellers nedenfor i teksten om Arbeidslivslovutvalgets generelle synspunkter på klagerettsspørsmålet.

arbeidstagerne enkeltvis skal kunne fremme saker.⁹⁷ Det gir imidlertid ikke svar fullt ut. Når lovens uttrykk ”tillitsvalgte” skal være betegnelsen for ”arbeidstakernes representanter”, og således ikke bare omfatte avtaletillitsvalgte i henhold til tariffavtale,⁹⁸ er det ikke uten videre klart hvorfor ”søksmålsrett” for Bedriftsdemokratienemnda også tillegges ”en femdel av arbeidstakerne”. Hvis det ikke er avtaletillitsvalgte i virksomheten, vil det uansett være valgte representanter som er ”tillitsvalgte” i bestemmelsens forstand.⁹⁹ Meningen synes imidlertid å være at en slik ”gruppe” av arbeidstagere skal ha en selvstendig rett til å reise sak uavhengig av de ”tillitsvalgte”.¹⁰⁰ Hvorfor antallet som må opptre i fellesskap må utgjøre en femtedel av arbeidstagerne, er ikke forklart, og andelen virker forsåvidt ganske vilkårlig valgt.¹⁰¹

Det ligger imidlertid nær å anta at det kan være en sammenheng med den løsningen som er valgt i SE-forskriften. Høring om et utkast til denne forskriften ble gjennomført sommer og tidlig høst 2004.¹⁰² Selv om forskriften først ble fastsatt 1. april 2005, var meningen opp-

⁹⁷ Jfr. s. 203 nedenfor om SE-forskriften, m. note 102 og bemerkningene der, og videre s. 207 v. note 110-111 og det påfølgende petitavsnittet om SE-forskriften og Arbeidslivslovutvalgets innstilling.

⁹⁸ Jfr. avsnitt 5.6 nedenfor.

⁹⁹ Således både verneombud og, med ”terskelen” 50 arbeidstagere etter § 8-1, medlemmer av arbeidsmiljøutvalg. Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), *ibid.*

¹⁰⁰ Jfr. her spesielt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 313 (sp. 2) der det heter at ”[k]ompetanse til å bringe tvister inn for nemnda har virksomhetens tillitsvalgte *og/eller* en femtedel av virksomhetens arbeidstakere” (min uthevelse).

¹⁰¹ Etter ESU-forskriften er klagerett som nevnt lagt til ”et flertall av de ansatte i ett EØS-land”, jfr. s. 201 ovenfor, v. note 93. Da løsningen ble etablert, ble den påberopt å ha en slags parallell i den da gjeldende representasjonsforskrift (av 10. desember 1976); jfr. Ot.prp. nr. 55 (1995-96), s. 19. Det er mulig at denne referansen er en evfemisme for ”grupper” med klagerett etter den forskriftens § 44 tredje ledd.

¹⁰² Jfr. AAD 2004, med høringsfrist 1. september 2004. Intensjonen var opprinnelig å få lov og forskrift vedtatt og satt i kraft ”så nær ... som mulig” 8. oktober 2004, som var ikrafttredelsesdatoen for SE-forordningen; jfr. *Justisdepartementet* 2004 (med høringsfrist 6. august 2004), merknaden til lovutkastets § 13.

rinnelig at både den og SE-loven skulle ha kommet tidligere (jfr. note 101). Det kan da være grunn til å anta at en løsning der var valgt før, eller ble drøftet i sammenheng med, arbeidet med proposisjonen om ny arbeidsmiljølov, som ble lagt frem i februar 2005.

Efter SE-forskriftens § 15 har en "gruppe" på en femtedel av arbeidstagerne klagerett. Heller ikke der er det uten videre klart hvorfor løsningen er blitt en "gruppe", eller hvorfor gruppens størrelse skal være en femtedel av arbeidstagerne. Efter forskriften er den annen kategori klageberettigede på arbeidstagersiden imidlertid ikke "tillitsvalgte", men "lokale fagforeninger". Da gir det umiddelbart mening å også åpne adgang for arbeidstagere til å reise sak. Situasjonen kan jo være at det ikke er noen "lokal fagforening" i virksomheten. I så fall ville det ikke være noen som kunne fremme saker for arbeidstagersiden, dersom ikke den enkelte eller en gruppe kan gjøre det. I høringsutkastet la departementet til grunn at det "neppe [er] noe vilkår etter direktivet at arbeidstakerne enkeltvis skal kunne fremme" saker, men foreslo likevel en slik klagerett for den enkelte. Dette forslaget møtte imidlertid en viss motstand i høringsrunden, fra arbeidsgiversiden. Den løsningen som *ble* valgt, er ganske klart et nærmest direkte resultat av det, som en slags kompromissløsning. "Femtedelsforslaget" kom fra NHO som alternativ til klagerett for den enkelte.

Efter forskriftsutkastets § 16 annet punktum skulle rett til å bringe en sak inn for Bedriftsdemokratineemnda tilligge "[d]et særlige forhandlingsutvalget, representasjonsorganet eller tilsvarende organer, ..., lokale fagforeninger og arbeidstakerne". I bemerkningene til bestemmelsen heter det:

"Når det gjelder adgangen for arbeidstakere til å få prøvet spørsmål som gjelder forskriften, er det etter departementets vurdering viktig at alle arbeidstakerne som er omfattet av direktivet får en tilfredsstillende mulighet til å fremme slike saker. Det følger klart av direktivet at interessene til alle arbeidstakerne som er omfattet av reglene skal ivaretas. Det er imidlertid neppe noe vilkår etter direktivet at arbeidstakerne enkeltvis skal kunne fremme slike saker. Departementet foreslår likevel at også arbeidstakerne skal kunne bringe en tvist inn for nemnda, for eksempel i forbindelse med valgklager slik tilfellet er etter representasjonsforskriften."¹⁰³

¹⁰³ Arbeids- og administrasjonsdepartementets høringsbrev, AAD 2004, s. 17 (utkastet til § 16) og s. 55. – De tre første periodene i det gjengitte svarer helt til det som ble uttalt i Ot.prp. nr. 55 (1995-96), s. 19, om søksmålsrett i "ESU-saker", med én reservasjon som likevel kan ligge implisitt både her og i for-

Som det fremgår av uttalelsen, var forslaget her ikke begrenset til tvister om ”fortrolige opplysninger”. Spesielt om slike saker er det uttalt:

”I tvister vedrørende taushetsplikt og taushetsrett skal det som nevnt over fastsettes fremgangsmåter for klage for arbeidstakerrepresentantene til overordnet forvaltningsmyndighet eller rettslig myndighet, jf. SE-direktivet artikkel 8. Forpliktelsene etter denne bestemmelsen er neppe alene oppfylt ved en ordning hvor for eksempel Arbeidstilsynet fører tilsyn med at forskriftens regler overholdes. Derimot anser departementet den for å være oppfylt ved at *den enkelte representant* kan reise sak for de alminnelige domstolene” (*ibid.*, s. 21-22; mine uthevelser).

Direkte gjelder dette søksmålsretten for de alminnelige domstoler, men uttalelsen går forut for begrunnelsen for at (visse) slike tvister skal legges til Bedriftsdemokratinemnda. Det synes derfor naturlig å se uttalelsen i sammenheng med utkastet til § 16.

I sin høringsuttalelse fremholdt NHO at en klagerett for den enkelte

”... er ikke hjemlet i direktivet. Med det store antall klageberettigede som § 16 for øvrig angir synes det verken ut fra prosessuelle eller rettssikkerhetsbetraktninger nødvendig å utvide kretsen ytterligere. Vi frykter at den foreslåtte regel vil virke unødig prosessdrivende og åpne for innbringelse av tvistemål som åpenbart er ubegrunnet. Vi foreslår at ordet ”arbeidstakerne” strykes. Et alternativ er å omformulere § 16 slik: Ordet ”arbeidstakerne” tas ut av nåværende setning. Ny siste setning tilføyes: ”Der lokale fagforeninger ikke finnes, kan 1/5 av arbeidstakerne bringe tvister inn for Nemnda”.”¹⁰⁴

Finansnæringens Arbeidsgiverforening¹⁰⁵ og Kommunenes Sentralforbund¹⁰⁶ gikk likeledes inn for at klagerett for den enkelte skulle utgå, men tok ikke opp NHOs ”femtedelsalternativ” (eller noe annet alternativ). Ingen av de øvrige (av i alt 13) høringsuttalelsene gikk inn på dette klagerettsspørsmålet.

Forskriftsløsningen, i § 15, ble i tråd med NHOs forslag, men *uten* vilkåret om at lokal fagforening ”ikke finnes”.¹⁰⁷

hold til løsningen for arbeidsmiljølovens § 8-3: I Ot.prp. nr. 55 (1995-96) heter det umiddelbart før den tredje setningen om at det ”er imidlertid neppe noe vilkår ...”, at: ”Søksmålskompetanse eller andre prosessuelle regler må derfor ikke være utformet på en slik måte at organisasjonstilknytning er et vilkår.”

¹⁰⁴ NHOs høringsuttalelse, brev av 28. august 2004 til AAD, s. 3.

¹⁰⁵ Brev av 31. august 2004 (ref. 0400148) til AAD, s. 3.

¹⁰⁶ Brev av 2. september 2004 (ref. 2004/00696-3) til AAD, s. 3.

¹⁰⁷ Det kan forøvrig bemerkes at den adgang for den enkelte arbeidstager til å bringe *valgklager* inn for Bedriftsdemokratinemnda som er nevnt i uttalelsen gjengitt v. note 103 ovenfor (s. 204), vel *kan* anses ivaretatt gjennom SE-

Forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven gir som nevnt ikke noen nærmere begrunnelse for løsningen i lovens § 8-3 tredje ledd.

Et annet spørsmål, som heller ikke er kommentert i forarbeidene, er om adgangen til å reise sak gjelder for *de* ”tillitsvalgte” i virksomheten, dvs. at alle ”tillitsvalgte” må opptre sammen – og avgjørelser om å reise sak eventuelt treffes ved avstemning med flertallskrav – eller om den enkelte ”tillitsvalgte” alene kan bringe en sak inn for Bedriftsdemokratinemnda. Spørsmålet kan lett bli praktisk. I virksomheter av noen størrelse kan det ofte være avtaletillitsvalgte for ulike fagforeninger/organisasjonsgrupperinger, og ettersom lovens uttrykk favner videre, vil det også være – tildels mange – andre ”tillitsvalgte”. SE-forskriftens løsning og dens forarbeider gir ikke uten videre klare holdepunkter med ”overføringsverdi” her. Problemet er i realiteten overlatt til praksis. Umiddelbart virker det som en ganske utjenlig løsning å skulle kreve ”alle i fellesskap”. På den annen side vil det åpne for mange ”tvistemål”, slik NHO uttrykte bekymring for, om enhver som er ”tillitsvalgt” i kap. 8s forstand, skal ha individuell klagerett. For Bedriftsdemokratinemnda som tvisteløsningsorgan må det imidlertid bli en ganske umulig oppgave å skulle velge en løsning et eller annet sted mellom ytterpunktene. Slik det nu er, kan ”lovgiveren” ha oppfordring til en nærmere vurdering og mulig lovendring.

Det er imidlertid grunn til å understreke at bestemmelsen om klagerett i den nye arbeidsmiljølovens § 8-3 tredje ledd bare gjelder i forhold til Bedriftsdemokratinemnda og for tvister i ”pågående prosesser” (jfr. i avsnitt 4.1.2 ovenfor). Tilsvarende gjelder forsåvidt for saker etter SE-forskriften; det er bare *visse* tvister som hører under Bedriftsdemokratinemnda.¹⁰⁸

Ett spørsmål er da om søksmålsrett for domstolene i saker om avgjørelser av Bedriftsdemokratinemnda skal være avgrenset på samme måte som ”søksmålsadgangen” til å bringe saker inn for nevnden. Som utgangspunkt må svaret her være nei. Uten andre holdepunkter

forskriftens § 15 første punktum (som svarer til høringsutkastets § 16 første punktum), hvorefter representasjonsforskriften gjelder ”tilsvarende så langt den passer”, ettersom bestemmelsene om ”søksmålsrett” befinner seg i forskriftens paragraf om ”saksbehandlingsregler”.

¹⁰⁸ Jfr. avslutningsvis i avsnitt 4.1.1 ovenfor.

må de alminnelige sivilprosessuelle regler om søksmålsrett og rettslig interesse ha anvendelse, og det vil da bero på en nærmere vurdering, også av de materielle reglernes formål, hvem som kan anses som rettighetssubjekter, osv., hvordan grensene skal trekkes.¹⁰⁹

4.4.4 Andre saker – særlig om ny aml. kap. 8, og om ESU-reglene

Et annet spørsmål – men da med betydning også for det foregående – er hvordan det stiller seg med søksmålsretten for tvister om informasjon, drøftelser og ”medbestemmelse” ut fra de materielle reglene i de aktuelle regelverkene, om spørsmål som *ikke* hører under Bedriftsdemokratnemnda.

I forhold til rammedirektivet om informasjon og drøftelser (2002/14/EF) uttrykte Arbeidslivslovutvalget tvil om det er tilstrekkelig dersom den enkelte arbeidstager ikke har et rettslig krav på å få en tvist om oppfyllelsen av informasjons- og drøftelsesreglene behandlet av et konfliktløsningsorgan. Utvalget synes imidlertid nærmest å ha lagt til grunn at en slik søksmålsrett ikke er et nødvendig krav etter direktivet (jfr. dets art. 8 nr. 1), men utvalget gikk ikke nærmere inn på spørsmålet og fremmet ikke forslag om regler på dette punkt. Dette reflekteres videre i departementets høringsbrev fra senere samme år om utkast til SE-forskrift. Der la man som nevnt til grunn at det etter SE-direktivets¹¹⁰ art. 12 neppe kunne kreves at den enkelte arbeidstager gis rett til å bringe en sak inn for såvidt gjelder saker som er lagt til Bedriftsdemokratnemnda,¹¹¹ men bygget også på at det samme måtte antas å gjelde søksmålsrett forøvrig. Heller ikke der er det gått nærmere inn på spørsmålet om søksmålsrett utenfor SE-forskriftens § 15.

I Arbeidslivslovutvalgets innstilling heter det:

”Det er uklart i hvilken grad en håndheving gjennom Arbeidstilsynet og tariffavtalesystemet, er tilstrekkelig for å oppfylle direktivets krav. *Problemet er at den enkelte arbeidstaker ikke vil ha rett til å få saken vurdert og behandlet.* Arbeidstakeren vil eventuelt kunne bringe spørsmålet inn for

¹⁰⁹ Jfr. videre i teksten nedenfor spesielt om tvister etter ESU-forskriften.

¹¹⁰ Rådsdirektiv 2001/86/EF av 8. oktober 2001 om utfylling av vedtektene for det europeiske selskap med hensyn til arbeidstakernes innflytelse.

¹¹¹ Jfr. s. 204 ovenfor m. note 103.

Arbeidstilsynet eller sin organisasjon, men disse vil ikke ha plikt til å følge saken. Her kan det ses hen til at direktivene som har bestemmelser om informasjon og drøfting, har forskjellige regler med hensyn til hvem som skal kunne ha adgang til å påklage. I direktivet om europeiske samarbeidsutvalg fra 1994 er det ikke presisert hvem som skal kunne påklage manglende gjennomføring. I direktivet om masseoppsigelse fra 1998 kreves det at arbeidsgiveren og/eller arbeidstakerrepresentanter gis adgang til håndhevingssystemet. Etter direktivet om virksomhetsoverdragelse fra 2001 skal enhver arbeidstaker ha en slik rett. Dette skiller seg fra det generelle direktivet fra 2003 [*sic*¹¹²] som kun krever at det settes i verk passende tiltak for å sikre overholdelse” (NOU 2004: 5, s. 228; min uthevelse).

I høringsbrevet om SE-forskriften vises det *de facto* til dette og uttales:

”Det kan neppe utledes av artikkel 12 at den enkelte arbeidstaker skal ha mulighet til å kreve at en tvist behandles av tvisteløsningsorganet. Dette synes i hvert fall å være synspunktet i NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalgets innstilling hvor det vises til at den tilsvarende ordlyden i artikkel 8 i info-kons direktivet skiller seg fra direktivet om masseoppsigelse hvor det kreves at arbeidsgiveren og/eller arbeidstakerrepresentanter gis adgang til håndhevingssystemet og til direktivet om virksomhetsoverdragelse hvor enhver arbeidstaker [skal?] ha en slik rett. I EWC-direktivet er det ikke presisert hvem som skal kunne påklage manglende gjennomføring. Etter forskrift om europeiske samarbeidsutvalg § 4 første ledd er det kun det særskilte forhandlingsutvalget, det europeiske samarbeidsutvalget (eller tilsvarende organ) og konsernet som kan bringe tvister inn for Bedriftsdemokratinemnda” (AAD 2004, s. 21).

Arbeidslivslovutvalget fremholdt (*ibid.*) at det i ”løpende saker vil ... være spørsmål om å få etablert en dialog”. Det var etter utvalgets syn bedre egnet til å gjennomføres som et ledd i Arbeidstilsynets tilsyn enn til å behandles i en nevnd. Videre mente utvalget at

”[b]estemmelsene om informasjon og drøfting gjelder løpende informasjon og drøfting i virksomhetene, som gjerne vil bli aktuelle særlig i forbindelse med oppsigelser som følge av rasjonaliseringer. Mye taler for at konkrete tvister i slike situasjoner ikke er så egnet til å behandles i en nemnd”, og i ”en oppsigelsessak vil spørsmålet om informasjon og drøfting komme opp i etterkant, som en del av en påstand om at oppsigelsesprosessen ikke har gått riktig for seg. Selve oppsigelsestvisten vil være gjenstand for forhandlinger, og vil eventuelt bli behandlet i domstolene. En parallell behandling

¹¹² Ut fra sammenhengen må det være rammedirektivet om informasjon og drøftelser fra 2002 (2002/14/EF; jfr. note 5 foran) det siktes til her.

av plikten til informasjon og drøfting i et annet organ vil kunne komplisere saksbehandlingen” (*ibid.*; mine uthevelser).

I proposisjonen til ny arbeidsmiljølov gikk departementet reelt sett ikke inn på dette eller på spørsmålet om søksmålsrett i ”resttvister” etter § 8-3 eller i tvister etter *lovens* § 8-2. I proposisjonen heter det ganske lakonisk:

”Etter departementets oppfatning vil informasjons- og drøftingsprosedyrene i stor utstrekning bli regulert i tariffavtaler mellom partene. De foreslåtte bestemmelsene i §§ 8-1 følgende vil fungere som standardbestemmelser som kan danne et utgangspunkt og minstekrav for slike avtaler. Slike tariffavtaler om informasjon og drøfting vil som vanlig håndheves av partene gjennom forhandlinger, og ved søksmål til Arbeidsretten eller eventuelle tvisteløsningsorganer fastsatt i avtale” (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 126).

Ett er at det er en forenkling å vise til at informasjons- og drøftelsesprosedyrer vil bli regulert i tariffavtaler, selv om det nok med rette *kan* sies når det gjøres med modifikasjonen ”i stor utstrekning”. Vi vet at i privat sektor er det anslagsvis ikke mer enn mellom 50 og 55 prosent av arbeidstagerne som er *omfattet* av tariffavtaler.¹¹³ Andelen vil øke når utvalget av virksomheter begrenses til slike som ”jevnlige sysselsetter minst 50 arbeidstakere”, jfr. *lovens* § 8-1 første ledd. Anslagsvis har da 86-87 prosent av virksomhetene, med henimot 90 prosent av arbeidstagerne i slike bedrifter, tariffavtale for en eller flere grupper av sine ansatte. Andelene er lavere for virksomheter med tariffavtale for sin ”hovedyrkesgruppe” av ansatte (hhv. vel 77 og 81 prosent).¹¹⁴ I hvilken utstrekning slike tariffavtaler har relevante regler om informasjons- og drøftelsesprosedyrer, er usikkert, men det kan nok legges til grunn at slike regler vil finnes i de fleste tilfeller. Uansett vil det likevel være en viss, og ikke helt ubetydelig, andel virksomheter hvor det er *lovens* regler i § 8-2 som får anvendelse, og hvor spørsmålet om håndhevelse gjennom direkte søksmål (for de alminnelige domstoler) forsåvidt aksentueres.

¹¹³ Jfr. note 3 ovenfor, og *Nergaard og Stokke* 2005, s. 121.

¹¹⁴ Tallene her er mine formuleringer av anslag basert på opplysninger gitt av K. Neergaard, Fafo, til S.E. (15.07.2005) bygget på data fra Arbeids- og bedriftsundersøkelsen 2003 og Arbeidskraftsundersøkelsen 2004.

Noe annet er *etterfølgende* håndhevelse gjennom søksmål om gyldigheten av virksomhetens (arbeidsgivers) beslutninger. Arbeidslivslovutvalget har selvsagt rett i at spørsmål kan komme opp ”i etterkant” ved at manglende overholdelse av arbeidsgivers informasjons- og drøftelsesforpliktelser påberopes som grunnlag – eller en del av grunnlaget – for at en beslutning er ugyldig eller uvirksom. Det gjelder ikke bare i saker om oppsigelser (eller avskjed), men også i tvister om andre arbeidsgiverbeslutninger av betydning for den enkeltes arbeidsforhold. Det gjelder dessuten prinsipielt sett på samme måte i forhold til tariffavtalebestemmelser som i forhold til lovens regler. Det som da materielt sett er det sentrale, er hvem som skal anses å ha en ”rettsposisjon” – hvem eller hva det er reglene skal verne og som derfor med rettslig virkning kan påberope brudd. Som EF-domstolens dom i *Junk*¹¹⁵ klart viser, utelukker ikke det at informasjon og drøftelser skal gjennomføres med ”arbeidstakernes representanter” (etter ”masseoppsigelsesdirektivet”¹¹⁶ art. 2), at den enkelte arbeidstager har et rettskrav på etterlevelse.¹¹⁷

Det springende punkt er imidlertid om og i hvilken utstrekning det etter de ulike direktiver med bestemmelser om informasjon og drøftelser kreves at det skal kunne reises direkte søksmål (for domstol og/eller nevnd) med påstand om dom for brudd, krav på oppfyllelse, osv., og ikke bare søksmål ”i etterkant” – og hvem som da må ha søksmålsrett.

Problemet blir ikke minst aksentuert av ESU-regelverket, der i praksis enhver tvist – ihvertfall enhver ”direkte” tvist – i første instans hører under Bedriftsdemokratinevnda (jfr. i avsnitt 4.1.1 ovenfor, m. note 29), og hvor adgangen til å bringe en sak inn for nevnden er begrenset etter forskriftens § 4, som hverken nevner ”arbeidstagerrepresentanter” eller de enkelte arbeidstagere (jfr. ovenfor m. note 150). I

¹¹⁵ Sak C-188/03 *Irmtraud Junk mot advokat Wolfgang Kühnel som bobestyrer for AWO Gemeinnützige Pflegegesellschaft Südwest mbH*, EFD 27. januar 2005 ([2005] EFD I-0000).

¹¹⁶ Rådskretiv 98/59/EF av 20. juli 1998 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser (som er det direktiv fra 1998 det vises til i uttalelsen fra Arbeidslivslovutvalget gjengitt ovenfor v. note 112).

¹¹⁷ For en mer inngående drøftelse av dommen, derunder om forholdet til informasjons- og konsultasjonsdirektivet, se *Evju* 2005b.

en annen sammenheng har jeg tidligere fremholdt at denne løsningen *ikke* er tilstrekkelig som oppfyllelse av kravet i EWC-direktivets art. 11 (nr. 3), men at det er mulig å fortolke forskriftens bestemmelser slik at problemet løses.¹¹⁸ Det er ikke kommet til spesifikt rettskildemateriale som nødvendigvis leder til en annen konklusjon. Heller ikke EFDs avgjørelse i *Junk* berører spørsmål om ”direkte” søksmålsrett. Men løsningen etter ESU-forskriften er uansett lite tilfredsstillende; fortolkningsveien får unektelig et visst preg av ”kunstgrep”. Og i forhold til de andre informasjons- og drøftelsesregelverkene, hvor de norske gjennomføringsregler ikke har noen bestemmelse tilsvarende ESU-forskriftens § 4 tredje ledd, strekker den i alle fall ikke til. *Direktivenes* bestemmelser om ordninger for å kunne håndheve direktivforpliktelsene er på sin side i det vesentlige likeartede, selv om de byr på enkelte nyanser (slik også Arbeidslivslovutvalget bemerket, jfr. petitavsnittet s. 207-208 ovenfor). Den felles kjernen er at det skal sørges for at det finnes administrative eller rettslige prosedyrer som gjør det mulig ”å håndheve overholdelsen av” eller ”gjennomføre” forpliktelsene i direktivet.

Jfr. hhv. ESU-direktivets art. 11 nr. 3 og SE-direktivets art. 12 nr. 2, og tilsvarende informasjons- og drøftelsesdirektivets art. 8 nr. 1 annet punktum. Masseoppsigelsesdirektivets art. 6 har samme formulering, men knyttet til at ”arbeidstakernes representanter *og/eller* arbeidstakerne” skal ha adgang til slike prosedyrer. Den mest spesielle – og vidtgående – formuleringen finnes i virksomhetsoverdragelsesdirektivets (2001/23/EF) art. 9, hvor det stilles et ubetinget krav om adgang til domstol for både arbeidstagerrepresentanter *og* arbeidstagere; det heter at statene skal innføre ”de tiltak som er nødvendige for at alle arbeidstakere og arbeidstakerrepresentanter som mener de er blitt skadelidende på grunn av manglende overholdelse av forpliktelsene som følger av dette direktiv, skal kunne bringe sine krav inn for retten etter eventuelt å ha henvendt seg til andre vedkommende myndigheter”.

Svaret på spørsmålet om hvor langt disse direktivene rekker med hensyn til å stille krav om søksmålsrett (til forvaltningsorgan og/eller domstol), kan man nok si ikke er enkelt eller entydig. Her er heller

¹¹⁸ Se *Evju* 1998, s. 126. Når det der er vist til forskriftens § 6, er det tale om den opprinnelige forskriften av 18. oktober 1996 nr. 992, som er avløst av ESU-forskriften av 2000, hvor de aktuelle bestemmelsene i den tidligere § 6 finnes igjen i § 4.

ikke siktemålet å gå videre med en diskusjon av dette. Det ville føre for langt i denne sammenheng, hvor perspektivet først og fremst er de nasjonale gjennomføringsregler.

5 Er ”tillitsvalgte” arbeidstagerens representanter – eller hvem er de?

5.1 Utgangspunkter og problemstillinger

Spørsmålet i overskriften ovenfor henger sammen med både terminologivalg og realiteter i forholdet mellom norsk gjennomføringslovgivning og de bakenforliggende EF-direktiver. Det har, som nevnt, også en *videre* referanse enn bare spørsmål om søksmålsrett.

I arbeidsmiljøloven av 1977 § 56 A og kap. XII A er termen ”tillitsvalgte” lovens forenklete uttrykk for det som i de bakenforliggende (og andre) direktiver er betegnet ”arbeidstakernes representanter”. Det samme gjelder den nye lovens § 15-2 og kap. 16, som likeledes gjelder henholdsvis ”masseoppsigelser” og ”virksomhetsoverdragelse”, og kap. 8 om informasjon og drøftelser. Dette går jeg mer inngående inn på i avsnitt 5.4 – 5.6 nedenfor.

Det som er utgangspunktet her, er: Når loven i disse bestemmelsene bruker ”tillitsvalgte” på en slik måte, brukes termen på en *annen måte* enn det ellers gjøres, både i alminnelig sprogbruk *og* i andre deler av arbeidsmiljøloven selv.

I alminnelig arbeidsrettslig sprogbruk er termen ”tillitsvalgte” (tidligere: ”tillitsmenn”) betegnelsen på representanter for organiserte arbeidstagere på en arbeidsplass eller i en virksomhet, valgt av og blandt de tariffbundne, organiserte arbeidstagerne i henhold til tariffavtalte bestemmelser, typisk i de mange ”hovedavtaler” både i privat og i offentlig sektor. Slike tillitsvalgte omtales også undertiden som ”organisasjonstillitsvalgte” eller ”avtaletillitsvalgte”. I det følgende bruker jeg den siste betegnelsen – avtaletillitsvalgte – når det er nødvendig for å skille mellom slike og ”tillitsvalgte” i en annen betydning av ordet.

Som nevnt bruker arbeidsmiljøloven betegnelsen ”tillitsvalgte” også andre steder enn i § 56 A og kap. XII A, ikke minst i kap. X om arbeidstid.

Ut over kap. X er termen også brukt i § 31 A nr. 3 annet ledd, og § 61 nr. 2 tredje ledd (om arbeidstagers rett til ha med bistand i drøftelser/forhandlinger med arbeidsgiver), i § 12 nr. 3 og § 13 nr. 3, § 55 nr. 4 og § 57 nr. 1 annet ledd (om arbeidsgivers plikt til å orientere og til å rådføre seg før beslutninger fattes), i kap. XII B om innleie av arbeidstagere og § 58 nr. 1 (om adgang til avtaler med tillitsvalgte), og i § 70 om arbeidsreglement (om avtale eller forhandlinger med tillitsvalgte).

I den nye *arbeidsmiljøloven* finnes termen igjen i dens tilsvarende bestemmelser, § 12-6 annet ledd (bistand i drøftelser), § 4-2 (informasjon m.v.), § 4-6 annet ledd, § 14-15 fjerde ledd og § 15-1 (rådføring), §§ 14-12 og 14-13 om innleie og § 15-3 første ledd om oppsigelsesfrister, og § 14-17 om arbeidsreglement. Unntaket er den nye lovens § 17-3 om rett til å kreve forhandlinger, der det i femte ledd kun heter ”rådgiver”, til forskjell fra ”tillitsvalgt eller annen rådgiver” i gjeldende lovs § 61 nr. 2 tredje ledd. Denne endringen har ingen realitetsbetydning.¹¹⁹ På den annen side har den nye loven nye bestemmelser om drøftelser med tillitsvalgte i § 9-2 første og tredje ledd, i det nye kap. 9 om ”kontrolltiltak i virksomheten”. Dessuten brukes betegnelsen ”tillitsvalgte” om hvem det skal gis informasjon til og føres drøftelser med etter det nye kap. 8 (jfr. i avsnitt 2 ovenfor, og 5.6 nedenfor), og i § 8-3 tredje ledd (jfr. i avsnitt 4.4.3 ovenfor).

Den fremherskende oppfatningen er at ”tillitsvalgte” da har betydningen *avtaletillitsvalgte*. Som vi straks skal se (i avsnitt 5.2), er dette en viss forenkling, men likevel dekkende for hovedpoenget. På den annen side skal termen ha en videre betydning i bestemmelsene om masseoppsigelser og virksomhetsoverdragelse (avsnitt 5.4). Der er referanserammen, som alt antydde, EF-direktivenes begrep ”arbeidstakernes representanter”. Jeg skal gå inn på dette begrepet (avsnitt 5.3) før jeg tar opp fortolkningen av de spesielle lovreglens ”tillitsvalgte”-begrep (avsnitt 5.4). Avslutningsvis ser jeg så kort på forholdet mellom dette og de to direktivene (avsnitt 5.5), og på begrepsforståelsen etter andre regelsett i den nye arbeidsmiljøloven, spesielt de der spørsmålet er aktuelt gjennom reglene om søksmålsadgang (avsnitt 5.6).

¹¹⁹ Jfr. for såvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 342.

5.2 Tillitsvalgtebegrepet i arbeidstidsreglene m.v. – bakgrunn og fortolkning

Om vi starter med et langt sprang, er ”arbeidstagernes representanter” en (vel)kjent kategori i norsk ”arbeidsmiljø”-lovgivning. Den er et historisk utgangspunkt for enkelte regler som fortsatt finnes i lovgivningen, og skriver seg fra en tid før avtaletillitsvalgte i det hele tatt fantes eller var anerkjent i tariffavtalesammenheng.

Opphavet er fabrikktilsynsloven av 1892.¹²⁰ Ved utarbeidelsen av arbeidsreglement skulle arbeidsgiveren gi minst fem ”Repræsentanter for Arbeiderne” anledning til å uttale seg; jfr. § 32 sjette ledd. Representantene skulle velges av og blandt bedriftens arbeidere over 18 år. Noen forutsetning om eller preferanse for organiserte arbeidstagerer var det – selvsagt – ikke tale om. Bestemmelsen ble stående i de senere fabrikktilsynslovene,¹²¹ i arbeidervernloven av 1936¹²² og likeledes i arbeidervernloven av 1956,¹²³ § 48 første ledd. Der ble den også stående helt frem til arbeidsmiljøloven av 1977. Men fra 1968 stod regelen ikke lenger alene.¹²⁴ Etter endringer i § 48 skulle det da ”forhandles” om utkast til arbeidsreglement. Hvis bedriften var ”bundet av tariffavtale”, skulle arbeidsgiveren forhandle med ”arbeidernes tillitsmenn”. Ellers skulle det forhandles med fem valgte ”representanter” for arbeiderne (§ 48 nr. 1). Som en helt ny ordning ble det samtidig åpnet for at ved bedrift som ”er bundet av tariffavtale”, kunne arbeidsreglement *fastsettes* ved ”skriftlig avtale” mellom arbeidsgiveren og ”arbeidernes tillitsmenn” (§ 48 nr. 2).¹²⁵

¹²⁰ Lov 27. juni 1892 Nr. 1 om Tilsyn med Arbeide i Fabriker m.v., vår første ”arbeidervernlov”.

¹²¹ Lov 10. september 1909 om tilsyn med arbeide i fabriker, § 35 annet ledd, og lov 18. september 1915 om arbeiderbeskyttelse i industrielle virksomheter, § 41 annet ledd. Den eneste endringen forsåvidt skjedde med loven i 1909, idet de som ble valgt, måtte være over 21 år; stemmerett for de over 18 år ble stående som før, også i 1956-lovens (se note 123) § 48.

¹²² Lov 19. juni 1936 om arbeidervern, § 35 første ledd.

¹²³ Lov 7. desember 1956 om arbeidervern.

¹²⁴ Jfr. lov 10. mai 1968 nr. 2 om endringer i lov 7. desember 1956 om arbeidervern.

¹²⁵ Før dette skulle utkast sendes inn til og måtte godkjennes av Arbeidstilsynet.

Arbeidernes ”tillitsmenn” hadde dukket frem – for første gang – i loven i 1956, men i beskjedne roller.

Arbeidsgiveren skulle da normalt ”konferere med arbeidernes tillitsmenn” om nødvendigheten av overtidsarbeid (§ 25 nr. 2), arbeiderne skulle ”ved sine tillitsmenn” få uttale seg før eventuelle dispensasjoner til utvidet bruk av nattarbeid (§ 20 nr. 2 annet ledd) eller overtidsarbeid (§ 26 nr. 4), og ”arbeidernes tillitsmenn” skulle ha rett til å se lønningslister for kontroll av overtidsarbeid (§ 27 annet ledd). Dertil skulle visse vaktlister settes opp etter ”forhandlinger” mellom arbeidsgiveren og ”arbeiderne, eller deres tillitsmenn” (§ 23 nr. 1 litra d), og pauser kunne fastsettes ved ”avtale” mellom arbeidsgiveren og ”arbeiderne, eller deres tillitsmenn” (§ 28 nr. 1). Den siste av disse bestemmelsene hadde en forløper i 1936-lovens § 22 nr. 1, som imidlertid bare viste til bedriftens ”arbeidere”. Der ble tilføyelsen om ”tillitsmenn” foreslått – uten bemerkninger overhodet – i proposisjonen til loven av 1956; jfr. Ot.prp. nr. 8 (1956), s. 64-65. For de øvrige bestemmelsenes del kom forslagene om endringer først i stortingskomitéens innstilling, også uten realitetsbemerkinger; jfr. Innst. O. XVII (1956), s. 31.

De første bestemmelsene om adgang til å fravike lovens arbeidstidsregler ved skriftlig avtale med ”arbeidernes tillitsmann” kom først med endringsloven om ”45-timers uke” i 1958, i form av to bestemmelser i 1956-lovens § 23 om alminnelig arbeidstid.¹²⁶ Der ble det ikke et vilkår at bedriften var bundet av tariffavtale. Bestemmelser om adgang til avtaler med ”arbeidernes tillitsmenn” ved bedrifter som ”er bundet av tariffavtale” kom med endringsloven i 1968, ved siden av i § 48 om arbeidsreglement også i arbeidstidskapittelet, i § 20 fjerde ledd om nattarbeid, i § 23 nr. 3 om skiftplaner for helkontinuerlig skiftarbeid, og i § 26 nr. 2 om overtidsarbeid.

Derefter har så slike regler blitt utviklet og forfleret, både frem til og gjennom arbeidsmiljøloven av 1977 (med senere endringer). Jeg

¹²⁶ Jfr. lov 28. november 1958 om endringer i arbeidervernloven, og dennes § 23 nr. 1 tredje ledd og nr. 2 i.f. etter endringene. Samtidig kom den første bestemmelsen om adgang til å fravike loven ved tariffavtale med fagforening med innstillingsrett, i § 19 fjerde ledd om nattarbeid – forløperen til 1977-lovens § 41 femte og sjette ledd nu. Med disse bestemmelsene kom også de første reglene om adgang til å ”gjøre gjeldende” slike avtaler i forhold til arbeidstagere som ikke var bundet av dem. For noen korte bemerkninger om slike ”gjøre gjeldende”-klausuler, se *Evju* 2005a, s. 138-139 m. note 8 - 10.

skal ikke gå igjennom enkelthetene i denne utviklingen, som er mer enn rik på detaljer. Her er det nok å peke på et par punkter:

Terminologien forble ”tillitsmenn” inntil arbeidsmiljøloven av 1977, da termen ”tillitsvalgte” ble tatt i bruk i alle de berørte bestemmelsene.

Såvel før som etter den første endringsloven om gjennomføring av EF-direktivene om masseoppsigelser¹²⁷ og virksomhetsoverdragelse,¹²⁸ i 1992,¹²⁹ er det sagt lite, om noe, om begrepsinnholdet i lovens uttrykk ”tillitsmenn” eller ”tillitsvalgte”.

Det er likevel ingen tvil om at før 1992 har termene, ihvertfall først og fremst, stått som betegnelse for *avtaletillitsvalgte*. Det har for såvidt gått frem av konteksten og ligget implisitt i bestemmelsene og lovforarbeidene. Det har heller ikke egentlig vært ansett som tvilsomt.

Friberg kommenterte ikke uttrykket ”tillitsmenn” noe sted i den første kommentarutgaven til arbeidervernloven av 1956 (*Rømcke og Friberg 1957*),¹³⁰ og heller ikke i sin spesialkommentar til lovendringene i arbeidstidskapittelet i 1958 (*Friberg 1959*). Den første kommentaren til forståelsen av termen dukker opp i hans lovkommentar fra 1963, da til bestemmelsen om lønningslister i lovens § 27 og med henvisning til en uttalelse fra Direktoratet for arbeidstilsynet fra 1960. I *Friberg*s kommentar heter det:

”Direktoratet har antatt at bestemmelsen i første rekke tar sikte på de organisasjonsmessig valgte tillitsmenn. Det ligger ikke innenfor verneombudenes oppgaver å kontrollere arbeidstiden bortsett fra rent ekstraordinære til-

¹²⁷ Rådskdirektiv 75/129/EØF av 17. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser (senere endret ved direktiv 92/56/EØF, begge er så konsolidert og avløst av Rådskdirektiv 98/59/EF av 20. juli 1998).

¹²⁸ Rådskdirektiv 77/187/EØF av 14. februar 1977 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter (senere endret ved direktiv 98/50/EF; begge er nu konsolidert og avløst av Rådskdirektiv 2001/23/EF av 21. mars 2001).

¹²⁹ Lov 27. november 1992 nr. 115 (i kraft fra 1. januar 1994).

¹³⁰ Lovkommentaren ble etablert av Ferdinand Rømcke til arbeidervernloven av 1936 (*Rømcke 1936*) og ført videre av ham i flere utgaver til 1951, da Rømcke døde. *Friberg* førte Rømckes kommentar videre i beggees navn med en første utgave i 1957 og en revidert utgave med siste opplag i 1961 (*Rømcke og Friberg 1959, 1961*), derefter i eget navn fra 1963 (*Friberg 1963*).

felle hvor for eksempel en ulykke kan ha sammenheng med tretthet som skyldes for meget overtidsarbeid. (Medd. 1960 s. 595.)” (*Friberg* 1963, s. 118 note 3).

Det var en konsentrert, men også en smule forenklet, utlegning av den uttalelsen fra Direktoratet for arbeidstilsynet (av 4. juli 1960) som det ble vist til. I *Meddelelser fra Arbeidstilsynet* 1960, s. 595, heter det:

”Bestemmelsen om at arbeidernes tillitsmenn skal ha adgang til å se overtidslistene, ble foreslått av Stortingskomiteen. Det ble under lovbehandlingen ikke gjort noen merknader om hva man ville legge i uttrykket «arbeidernes tillitsmenn». For så vidt kan man si at bestemmelsen etter sin ordlyd omfatter enhver tillitsmann som representerer arbeiderne, herunder også de valte verneombud.

Direktoratet antar likevel at bestemmelsen i første rekke tar sikte på de organisasjonsmessig valte tillitsmenn. Partene har nå fått større innflytelse når det gjelder ordningen av arbeidstiden, og loven forutsetter at også fagorganisasjonene skal ha ansvar for at lovens arbeidstidsregler blir fulgt. Det er naturlig at de tillitsmenn som har med arbeidstiden etter tariffavtalene å gjøre, også skal representere arbeiderne i forhold til arbeidervernlovens arbeidstidsbestemmelser.

Verneombudenes oppgaver ligger på det sikkerhetsmessige og helsemessige område. De bør derfor betraktes som arbeidernes tillitsmenn i vernespørsmål ... Direktoratet vil imidlertid ikke dermed utelukke at verneombudene skal få adgang til å se på overtidslistene. Hvis verneombudet f.eks. finner at ulykker kan ha sammenheng med tretthet som skyldes for meget overtidsarbeid, bør han kunne kontrollere overtidslistene. Kontroll av overtidslistene for å bringe på det rene om lovens arbeidstidsbestemmelser blir fulgt, bør imidlertid overlates til de organisasjonsmessig valte tillitsmenn.”

Kommentaren til § 27 ble stående uendret i samtlige senere utgaver av kommentaren til 1956-loven (se for såvidt *Friberg* 1973, s. 136 note 3), og den kommer dessuten igjen med samme realitetsinnhold i kommentarene til § 52 i første utgave av kommentaren til arbeidsmiljøloven av 1977, hvor den så får en tilføyelse i annen utgave som senere er blitt stående.¹³¹ Forståelsen av uttrykket ”tillitsmann”/”tillitsmenn” ble derimot ikke kommentert i tilknytning til noen av de andre bestemmelsene i arbeidervernloven, hverken i utgaven fra 1963 eller i senere utgaver.

I arbeidsmiljøloven av 1977 kommer en slik forståelse av lovens begrep, at ”tillitsvalgte” er avtaletillitsvalgte, motsetningsvis til uttrykk i § 55 nr. 4, og her underbygges forståelsen av proposisjonens uttalelser

¹³¹ Se *Friberg* 1978, s. 274, *Friberg* 1980, s. 286-287, og *Fougner, Holo, Friberg* 2003 – *Holo* 2003, s. 472.

om bestemmelsen. Med alternativet ”eller to representanter valgt av arbeidstakerne” er det tatt sikte på tilfeller der arbeidstagerne ikke er organiserte. På den annen side gir en uttalelse i de alminnelige bemerkningene til *arbeidstidsreglene* uttrykk for at det også kan tenkes ”tillitsvalgte” i disse reglens forstand selv om arbeidstagerne ikke er organiserte og selv om de og bedriften ikke er bundet av tariffavtale.

I proposisjonen heter det således i motivene til § 55 at etter bestemmelsen

”... skal arbeidsgiveren rådføre seg med arbeidstakerens tillitsmann (-kvinne) før lønnstrekk etter nr. 2 bokstav e) eller f) foretas. Er arbeidstakerne ikke organiserte, skal arbeidsgiveren rådføre seg med to representanter som er valgt av arbeidstakerne med slike spørsmål for øye. Regelen bygger på vanlig praksis. Regler om konferanseplikt har hittil normalt vært fastsatt i arbeidsreglementene.” (Ot.prp. nr. 41 (1975-76), s. 69.)

I bemerkningene til arbeidstidsreglene heter det på sin side:

”Mindre avvik fra de vanlige arbeidstidsregler bør kunne etableres ved avtale med arbeidstakernes tillitsvalgte. De tillitsvalgtes status og engasjement i vernespørsmål kan imidlertid variere fra virksomhet til virksomhet. Et vilkår for å benytte tillitsmannsapparatet må derfor være at dette er tilfredsstillende utbygd. Dette vil som regel være tilfelle hvor begge parter i arbeidsforholdet er organiserte. I uorganiserte virksomheter kan forholdene være mer varierende. Departementet mener derfor at avtale med tillitsvalgte i første rekke bør benyttes til å etablere spesielle arbeidstidsordninger når virksomheten er bundet av tariffavtale” (ibid., s. 37).

Hvem som skulle kunne være ”tillitsvalgte” etter loven, og hvordan de skulle kunne bli det (ved valg eller utpekelse, e.l.), sies det imidlertid intet om. Den vesentligste betydning av uttalelsen til arbeidstidsreglene, i sammenheng med måten de aktuelle lovbestemmelsene er skrevet på, er at det ikke stilles noen ”kvalitetskrav” ut over arbeidstvistlovens enkle tariffavtalebegrep (i § 1 nr. 8) for at en virksomhet skal kunne være ”tariffbundet” i arbeidsmiljølovens forstand. Arbeidstagerne behøver da heller ikke være ”organiserte” i noen etablert organisasjon, og det er ikke nødvendig at det er tale om noen tariffavtale – enn si ”overordnet” tariffavtale eller ”hovedavtale” – som har regler om tillitsvalgte, valg av dem, deres oppgaver og ansvar, osv. Forsåvidt kan det da også velges tillitsvalgte *ad hoc*.

Dette er ikke særlig tvilsomt, skjønt Friberg dels har uttalt seg på en måte som kunne gi inntrykk av en annen oppfatning. Se forsåvidt *Friberg 1978*, s. 214 note 2 og 4 til § 43, som begge er blitt stående innholdsmessig uendret i alle senere

utgaver, nu også hos *Holo* 2003, s. 394 note 2 og 4 til § 43. Men samtidig uttalte han seg anderledes, og i samsvar med det jeg har fremholdt i teksten ovenfor, om samme lovformulering i en annen paragraf. Se *Friberg* 1978, s. 244 note 2 til § 47, og spesielt henvisningen der til forarbeidene til lovendringen i 1958, som også er blitt stående uendret gjennom alle senere utgaver, jfr. nu *Holo* 2003, s. 436 note 2 til § 47, og s. 387 note 3a til § 42 (hvor henvisningen til note 2 til § 47 bare gir mening pr. fortolkning av kommentarene i sistnevnte note).

Note 4 til § 43 i kommentarutgaven fra 1978 knytter seg direkte til lovtekstens uttrykk ”tillitsvalgte”. I noten er begrepet forklart slik:

”D.v.s. de organisasjonsmessig valgte tillitsmenn, jfr. hovedavtalen mellom LO og NAF kap. 3” (senere: LO og NHO kap. 5).

Dette er altså blitt stående. Men en slik utlegning savner fullstendig grunnlag. Ett er at det ikke er særlig skjønnsomt å vise til én hovedavtale, gitt det større antall hovedavtaler og avtalerelasjoner som finnes – og også fantes den gang – såvel i privat som i offentlig sektor. Viktigere er likevel at det ikke behøver å være tale om hverken ”organisasjonsmessig” valgte i en slik forstand eller tillitsvalgte i henhold til hovedavtale- eller andre tariffavtaleregler. Det følger av det jeg har fremholdt i teksten ovenfor. I kommentarutgaven er den siterte ”definisjonen” likevel blitt ”generalisert”, ved at det er vist til den gjennom referanser og kryssreferanser i kommentarene til andre bestemmelser i arbeidstidskapitlet. Dette har etterhvert utviklet seg til et lite overskuelig nettverk med endel interne uoverensstemmelser. Det gjør seg fortsatt gjeldende (jfr. i avsnitt 5.5 nedenfor). – I kommentarene til §§ 55 K og L uttaler Fougner seg på sin side på en måte som synes å være i tråd med et slikt syn som jeg har fremholdt i teksten ovenfor, om at dersom det ikke er ”regulære” avtaletillitsvalgte i virksomheten, vil arbeidstager(n)e kunne velge tillitsvalgt(e) *ad hoc*, for det aktuelle formål. Jfr. *Fougner* 2003, s. 543 og 544. Spesielt for arbeidsmiljøfeltet har det også støtte i forarbeidene til endringsloven i 1995; jfr. avslutningsvis i 5.4 nedenfor. Nu kan det dessuten vises til det generelle syn som er uttrykt i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 121; jfr. nærmere om dette i avsnitt 5.6 nedenfor.

5.3 EF-direktivene og ”arbeidstakernes representanter”

I masseoppsigelsesdirektivets (nu 98/59/EF) art. 1 nr. 1 litra b heter det at med ”arbeidstakernes representanter” menes ”representanter for arbeidstakerne i samsvar med medlemsstatenes lovgivning [og/]eller praksis”.

Denne ”definisjonen”, eller henvisningen, skriver seg fra det første masseoppsigelsesdirektivet (75/129/EØF) og har siden gått igjen som en felles standard. Den finnes likelydende i samtlige arbeidsrettslige direktiver, således også de om virksomhetsover-

dragelser (nu 2001/23/EF), informasjon og konsultasjon (2002/14/EF), europeiske samarbeidsutvalg (ESU; 94/45/EF) og SE-selskaper (2001/86/EF). Det er også felles for disse at "arbeidstakernes representanter" er "aktører" på arbeidstagersiden etter direktivenes regler om informasjon og drøftelser m.v. I tillegg har enkelte av direktivene særskilte bestemmelser om vern av arbeidstageres representanter¹³² og om rettigheter for "arbeidstakerne" i berørte virksomheter.¹³³

Definisjonen av "arbeidstakernes representanter" innebærer ingen blankohenvielse til eller ubetinget frihet for nasjonal rett med hensyn til om eller hvordan representasjon fra arbeidstagersiden skal ivaretas. Det ble understreket med EF-domstolens dommer i juni 1994 i sakene *Kommisjonen mot Storbritannia om virksomhetsoverdragelsesdirektivet og masseoppsigelsesdirektivet*.¹³⁴ Britisk rett hadde ingen regler som sikret at det fantes noen form for arbeidstagerrepresentasjon som kunne opptre i informasjons- og drøftelsesammenheng. EF-domstolen poengterte at selv om direktivene bare har delvis harmonisering av nasjonal rett som formål, innebærer de ikke noen ren henvisning til den enkelte stats gjeldende rett om utpekelse av arbeidstagerrepresentanter. De overlater bare til statene å fastsette på hvilken måte det skal pekes ut slike arbeidstagerrepresentanter som det må gis informasjon til og føres drøftelser med i henhold til direktivenes bestemmelser. Men domstolen understreket at statene er forpliktet til å treffe alle tiltak som er nødvendige for å sikre at det pekes ut arbeidstagerrepresentanter med henblikk på slik informasjon og slike drøftelser som direktivene foreskriver.

¹³² Se f.eks. virksomhetsoverdragelsesdirektivets art. 6 (tidligere art. 5), informasjons- og konsultasjonsdirektivets art. 7, og ESU-direktivets art. 10.

¹³³ Jfr. f.eks. virksomhetsoverdragelsesdirektivets art. 7 nr. 6 (før endringen i 1998 en fakultativ bestemmelse i art. 6 nr. 5, derefter art. 6 nr. 6), og ESU-direktivets art. 5 nr. 1.

¹³⁴ Henholdsvis sak C-382/92 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, [1994] EFD I-2435, og sak C-383/92 *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. - Collective redundancies*, [1994] EFD I-2479. I det følgende viser jeg også til dem under ett som "Storbritannia-dommene" (eller -sakene).

Jfr. dommen i sak C-382/92 om virksomhetsoverdragelsesdirektivet. I domstolens premisser heter det (bl.a.):

“18. ... [Definisjonen av “arbeidstakernes representanter i] Article 2(c) is not simply a renvoi to the rules in force in the Member States on the designation of employee representatives. It leaves to Member States only the task of determining the arrangements for designating the employee representatives who must be informed and consulted under Article 6(1) and (2).

...

28 Admittedly, the directive achieves only partial harmonization ... and is for that reason not designed to bring about full harmonization of national systems for the representation of employees in an undertaking. However, the limited character of such harmonization cannot deprive the provisions of the directive, and especially Article 6, of their effectiveness. In particular, it cannot prevent Member States from being *required* to take *all appropriate measures to ensure* that employee representatives are designated with a view to the provision of information and consultations provided for by Article 6” (mine uthevelser).

Premissene i dommen i sak C-383/92 om masseoppsigelsesdirektivet er helt tilsvarende om dette spørsmålet, jfr. dommens avsnitt 19 og 25.

Et spørsmål for seg er om representanter for arbeidstagerne etter disse direktivene må være utpekt på forhånd, eller om det er tilstrekkelig at de pekes ut ved og for det enkelte tilfelle der det er spørsmål om masseoppsigelser eller en virksomhetsoverdragelse.¹³⁵ Formålshensyn, til at representantene skal være i stand til effektivt å ivareta arbeidstagerens interesser, taler utvilsomt for at representantene bør ha en mer varig forankring og en viss kontinuitet.¹³⁶ Det er likevel usikkert om noe slikt kan kreves. Generaladvokaten i Storbritannia-sakene fremholdt at det måtte være tilstrekkelig om statene sørget for et

¹³⁵ Problemstillingen er ikke aktuell på samme måte for ESU- og SE-direktivene. Den kan i prinsippet være det for informasjons- og konsultasjonsdirektivet, men ut fra dettes formål og bestemmelser om mer ”løpende” informasjon og drøftelser må *ad hoc* utpekelse fra gang til gang av arbeidstagerrepresentanter anses utelukket.

¹³⁶ Jfr. her *Wedderburn* 1994, s. 347-349. Wedderburns ”greske samtale” er forøvrig, med sin solide substans og unike form, etter min smak den mest lesverdige blandt de mange kommentarer til Storbritannia-dommene.

system som gjorde oppnevninger ad hoc mulig.¹³⁷ Domstolen tok ikke stilling til denne uttalelsen, men uttalte seg heller ikke på noen måte som kunne innebære at standpunktet må forkastes.

Plikten til å sørge for at det pekes ut arbeidstagerrepresentanter, innebærer ikke at statene må ha eller etablere et generelt system for arbeidstagerrepresentasjon eller ”medbestemmelse” i alle typer spørsmål. Direktivenes krav er at det må sørges for ordninger som sikrer at det finnes representanter som kan opptre som arbeidstagerne representanter for de formål og oppgaver vedkommende direktiv gjelder. Hvem de skal være og hvordan det skal gjøres, er i stor grad overlatt til det enkelte land. Det grunnleggende er at så langt det enkelte direktiv selv gjelder, må det sørges for at det (kan) finnes noen som er ”arbeidstakerne representanter”. Når det spesielt gjelder reglene om informasjon og drøftelser,¹³⁸ kan statene som alminnelig regel ikke unnlate dette og i stedet overlate slikt til å bli ivaretatt direkte overfor de enkelte berørte arbeidstagere. Dette ble slått fast med ettertrykk i dommen i Kommisjonen mot Storbritannia om virksomhetsoverdragelsesdirektivet, knyttet til en spesiell unntaksbestemmelse i det direktivet.

I 1977-direktivet stod reglene om informasjon og konsultasjon i art. 6, med de alminnelige og noen særlige regler i nr. 1 – 3. Etter endringene i 1998 og konsolideringen i 2001 finnes de samme bestemmelsene nu i 2001-direktivets art. 7 nr. 1 – 3. Direktivet fra 1977 hadde videre to punkter i art. 6, som i norsk oversettelse lød slik:

- ”4. Medlemsstatene kan begrense forpliktelsene nevnt i nr. 1, 2 og 3 til foretak eller bedrifter som med hensyn til antall arbeidstakere oppfyller vilkårene for valg eller utnevning av et organ til å representere arbeidstakerne.
- 5. Medlemsstatene kan bestemme at de berørte arbeidstakere i foretak eller bedrifter uten representanter for arbeidstakerne, skal informeres på forhånd om en nært forestående overdragelse som definert i artikkel 1 nr. 1.”

I sak C-382/92 argumenterte Storbritannia bl.a. med at det ikke kunne være tale om noen plikt til å ha arbeidstagerrepresentanter, fordi det fulgte av ordlyden i

¹³⁷ Generaladvokat *van Gervens* ”joined opinions” av 2. mars 1994 i sakene C-382/92 og C-383/92 (inntatt i EF-domstolens domssamling under den første av de to sakene), pkt. 14 tredje avsnitt.

¹³⁸ I direktivene om masseoppsigelser, om virksomhetsoverdragelser og om informasjon og konsultasjon.

art. 6 nr. 5 at det kunne tenkes at det ikke fantes slike etter nasjonal lovgivning og praksis, og at statene stod fritt til å ("kan") bestemme at berørte arbeidstagere skal informeres direkte (jfr. dommens avsnitt 21). Domstolen forkastet uttrykkelig en slik forståelse av direktivets bestemmelser. I dommen heter det:

- "22. Article 6(5) of the directive does, admittedly, envisage the possibility of there not being any employee representatives in an undertaking or business. However, that provision cannot be read in isolation and independently of the other provisions of Article 6.
23. As mentioned above, paragraphs 1 and 2 of Article 6 of the directive lay down the obligation to inform and consult employee representatives in the event of the transfer of an undertaking. Paragraphs 3 and 4 of Article 6 specify the cases in which Member States may, under certain conditions, limit that obligation. Paragraph 4, in particular, *allows* Member States *to exempt* from that obligation undertakings or businesses which, *in respect of the number of their employees*, do not fulfil the conditions for the election or designation of a collegiate body representing employees. In order to prevent employees being thereby deprived of all protection, paragraph 5 of Article 6 allows Member States to provide that employees must none the less be informed in advance when a transfer is about to take place.
24. The intention of the Community legislature was *not* therefore to allow the different national legal systems *to accept* a situation in which *no employee representatives* are designated since such designation is necessary to ensure compliance with the obligations laid down in Article 6 of the directive" (mine uthevelser).

Poenget var altså at bestemmelsene gav rom for å *begrense* anvendelsesområdet for reglene om informasjon og konsultasjon overfor arbeidstagerrepresentanter, men *ikke* for helt å unnlate å sørge for at slike (kan) finnes og i stedet nøyes med at informasjon skal gis direkte til berørte arbeidstagere.

På dette punktet må direktivets regler klart forstås på samme måte som tidligere, selv om art. 6 nr. 5 ble endret ved revisjonen i 1998.

Her har *Holo* (2003, s. 881) inntatt et annet standpunkt. Han hevder at

"... disse spørsmålene nå [er] kommet i en annen stilling etter at direktivet og loven er endret slik at informasjonsplikten gjelder direkte overfor arbeidstakerne når det ikke er tillitsvalgte i virksomheten.

Direktivene av 1998 og 2001 forutsetter ved dette at medlemsstatene kan unnlate å gjøre arbeidsgiverne forpliktet til å sørge for valg av representanter".

I fullstendig fravær av henvisninger til eller forklaring av hvilket rettkildegrunnlag han mener å bygge på,¹³⁹ er det problematisk å forholde seg til det standpunktet Holo hevder i annet avsnitt av det jeg har sitert her. Jeg kan imidlertid ikke se at det finnes holdbart grunnlag for standpunktet.

For å komme i inngrep med problemstillingen er det nødvendig å se litt nærmere først og fremst på direktivendringen i 1998. Men det er også grunn til å trekke inn endringen av aml. § 73 E i 2001, selv om det vil bety i noen grad å foregripe spørsmål jeg vil ta opp senere (særlig i avsnitt 5.4 – 5.5 nedenfor).

Det er naturlig å ta utgangspunkt i bestemmelsen i 1977-direktivets art. 6 nr. 4, nu 2001-direktivets art. 7 nr. 5. Den er gjengitt i petitavsnittet ovenfor, på s. 222. Som EF-domstolen pekte på i Storbritannia-dommen, er dette en bestemmelse som åpner en adgang for statene til å gjøre unntak fra art. 6 (nu art. 7) for visse virksomheter ”*in respect of the number of their employees*” – altså ut fra antallet ansatte. Bestemmelsen tar sikte på virksomheter som ikke har en slik størrelse at de etter nasjonal rett skal ha en eller annen form for ”organ” med representanter som representerer de ansatte – som f.eks. Betriebsrat, comité d’entreprise, et ”works council”, eller en annen type ”*kollegialt organ*”. Dette fremgår forsåvidt direkte av ordlyden.¹⁴⁰

Bestemmelsen er således av samme type som dem vi finner i masseoppsigelsesdirektivets art. 1 nr. 1 litra a og informasjons- og konsultasjonsdirektivets art. 3 nr. 1. Den første gir mulighet for å begrense masseoppsigelsesreglenes anvendelsesområde til virksomheter som sysselsetter minst 20 arbeidstagere; den andre gir adgang til å begrense anvendelsen av det direktivets regler

¹³⁹ Med reservasjon for formuleringen ”[s]om beskrevet ovenfor” innledningsvis i det første av de to siterte avsnittene. Så vidt jeg kan se er den eneste referansen denne kan ha, en enkel ordlydshenvisning på s. 878 (tredje avsnitt). Holo kunne ha henvist til en uttalelse i proposisjonen til endringsloven i 2001, der det i avsnittet om ”gjeldende rett” sies at 1998-direktivets art. 6 nr. 5 ”tilsier at det ikke foreligge [*sic*] noen plikt for arbeidsgiver til å sørge for utpeking av tillitsvalgte/representanter for arbeidstakerne i virksomheten dersom medlemsstatene ikke har innført regler om representasjon”; se Ot.prp. nr. 79 (2000-2001), s. 19 (sp. 2). (Uttalelsen går igjen fra høringsutkastet, *Kommunal- og regionaldepartementet* 2000, jfr. s. 36.) Som det fremgår i det følgende mener jeg en slik fortolkning savner grunnlag, *hvis* den forstås på samme måte som det standpunkt Holo har inntatt, og andre uttalelser i de norske lovforarbeidene burde i ethvert fall ha fått varsellampene til å lyse.

¹⁴⁰ Den norske oversettelsen er, som så ofte, ikke helt presis. I den tyske, franske og engelske tekstversjonen heter det hhv. ”eines Kollegiums als Arbeitnehmervertretung erfüllen”, ”d’une instance collégiale représentant les travailleurs”, ”a collegiate body representing the employees”. Også i den danske versjon heter det ”en kollegial instans”.

til virksomheter eller foretak som sysselsetter minst 20 eller minst 50 arbeidstagere.

Den sist nevnte muligheten er benyttet i norsk rett, med den nye arbeidsmiljølovens § 8-1 (jfr. s. 178 ovenfor). Derimot er det ikke gjort noen begrensning etter antall sysselsatte i aml. § 56 A. Likeledes er anvendelsesområdet for aml. § 73 E ikke avgrenset til virksomheter med et antall ansatte som tilsier at det skal finnes en eller annen form for "kollegialt organ" med arbeidstagerrepresentanter. (Man kunne kanskje tenke f.eks. på arbeidsmiljøutvalg. Men slike paritetisk sammensatte organer kan ikke antas å kvalifisere som "kollegial instans" etter direktivets regler; jfr. s. 237-238 nedenfor).

Direktivbestemmelsens formål og funksjon kom klart til uttrykk i det første forslaget til revisjon av 1977-direktivet som ble lagt formelt frem av Kommisjonen, i september 1994.¹⁴¹ Der lød de to aktuelle punktene i art. 6 (nu 7) slik:

- "5. The Member States may limit the obligations laid down in paragraphs 1, 2 and 3 to undertakings or businesses which normally employ 50 or more employees or which, if employing less than 50 employees, fulfil the workforce size thresholds for the election or nomination of a collegiate body representing the employees.
6. Member States shall provide that where there are no representatives of the employees in an undertaking or business, the employees concerned must be informed in advance when a transfer within the meaning of Article 1(1) is about to take place."

Kvintessensen her er enkel: Man skulle kunne begrense reglene som krever arbeidstagerrepresentanter og drøftelser, til virksomheter med minst 50 ansatte (eller en annen, lavere "terskel" hvis nasjonal rett har en slik). Hvis det gjøres, skulle staten ikke lenger stå fritt til å bestemme ("may"/"kan" i gamle nr. 5) at i virksomheter som derved falt utenfor kravet om arbeidstagerrepresentanter, skal det gis informasjon til berørte arbeidstagere – det skulle bli en plikt ("shall" i nye nr. 6) å sørge for at informasjon skal gis i disse tilfellene. Dette kommer også tydelig frem i de "forklarende bemerkninger" til forslaget. Kommisjonen pekte på at endel land har lovbaserte "collegiate bodies". De kunne da unnta virksomheter med færre enn et visst antall ansatte fra bestemmelsene om informasjon og konsultasjon. Antallet ansatte varierte fra 15 til 150. Enkelte andre land hadde ikke slike ordninger; de måtte derfor gjennomføre bestemmelsene overfor alle

¹⁴¹ COM(94) 300 final, av 8. september 1994. Prosessen frem til vedtagelsen av endringsdirektivet i 1998 var både lang og omfattende. Et første forslag til endringer, i form av en "uoffisiell" og foreløpig "konsultasjonsversjon", ble lagt frem i 1992. Det tekstforslaget som gjengis straks nedenfor, var med allerede der (jfr. RGD V/A/3-13, March 1992). For en oversikt over endingsprosessen, se *Hunt* 1999. Han gir imidlertid ingen konkrete bidrag til problemstillingen her.

virksomheter uansett størrelse. Formålet med forslaget til nytt nr. 5 hadde ut fra dette tre elementer: å lempe på de krav som vil gjelde overfor små og mellomstore bedrifter, og å begrense statenes adgang til unntak fra informasjons- og konsultasjonsbestemmelsene, for med dette også å redusere de forskjellene som gjorde seg gjeldende mellom de ulike land.¹⁴²

Denne del av Kommisjonens forslag møtte ikke innvendinger fra ECO-SOC,¹⁴³ men Parlamentet anmodet om at et nytt nr. 5 ikke ble endret i forhold til det gamle nr. 4, med henvisning til at mer generelle regler om informasjon og konsultasjon var under vurdering etter initiativ fra Kommisjonen, og at det derfor ikke nå burde gjøres endringer på dette spesielle området.¹⁴⁴ Dette ble fulgt opp i Kommisjonens reviderte forslag fra februar 1997,¹⁴⁵ og art. 6 nr. 5 i endringsdirektivet fra 1998 ble derved uendret i forhold til det gamle nr. 4. I det nye nr. 6 ble ordlyden endret fra "may" til "shall" i samsvar med Kommisjonens forslag fra 1994.

Ut fra dette kan det ikke være tvilsomt at revisjonen i 1998 ikke innebar noen endring i forhold til den grunnleggende forståelsen av bestemmelsene i art. 6 (nu art. 7) som EF-domstolen la til grunn i Storbritannia-dommen i sak C-382/92. Art. 7 nr. 5 gir rom for unntak der det finnes "kollegiale (eller "kollektive") organer" ("collegiate bodies") med arbeidstagerrepresentanter. Der slike ikke finnes, eller unntak ikke er gjort, må statene sørge for å sikre at det skal være representant(er) for arbeidstagerne for direktivets formål i alle virksomheter som faller inn under direktivets anvendelsesområde. Endringen i forhold til 1977-direktivet ligger bare i at der det *er* gjort unntak etter art. 7 nr. 5, står statene ikke lenger fritt til å avgjøre om informasjon skal gis til de enkelte berørte arbeidstagere. Etter art 7 nr. 6 har statene nu en plikt til å sikre at informasjon gis i slike tilfeller.

Det er derimot *ikke* grunnlag for å fortolke art. 7 nr. 6 dithen at statene står fritt til å unnlate å sørge for at arbeidstagerrepresentanter skal finnes og til å velge mellom å ha regler om informasjon m.v. til slike eller direkte til de enkelte arbeidstagere. Det vil følge også av en ordlyds- og kontekstfortolkning. Etter art. 7 nr. 6 er det tale om informasjon, men ikke om drøftelser med den enkelte. Skulle man stå fritt til å unnlate å ha arbeidstagerrepresentanter for slike spørsmål som direktivet gjelder, ville det i realiteten innebære at man helt kunne sette til side kravet om at det skal føres *drøftelser* ("med sikte på å oppnå en avtale",

¹⁴² Jfr. COM(94) final, avsnitt 41.

¹⁴³ Jfr. Opinion of the Economic and Social Committee, 29. mars 1995, O.J. C 133, 31. mai 1995, s. 13-22.

¹⁴⁴ Jfr. European Parliament, opinion, 16. januar 1997, O.J. C 33, 3. februar 1997, s. 81 (amendment 13).

¹⁴⁵ Jfr. COM(97) 60 final, av 24. februar 1997, Explanatory Memorandum, ad art. 6 nr. 5.

jfr. art. 7 nr. 2). Det ville utvilsomt bety en vesentlig svekkelse av direktivreglenes effektivitet og således være uforenlig også med direktivets formål.

Endringene i 1998-direktivet (nu 2001-direktivet) ble gjennomført i arbeidsmiljøloven ved endringslov 15. juni 2001 nr. 33. Da fikk § 73 E et nytt annet ledd der det heter at ”I virksomheter hvor det ikke er tillitsvalgte skal informasjon som nevnt i første ledd bokstav a til d så tidlig som mulig gis de berørte arbeidstakerne”.

Det fremgår klart nok av forarbeidene at bestemmelsen er ment å skulle gjennomføre direktivets art. 6 (nu art. 7) nr. 5. Hvilken rettsoppfatning den her skal sees som uttrykk for, og hvordan bestemmelsen kan fortolkes på hjemlig grunn, er mindre klart. På den ene side gis det i forarbeidene uttrykk for en oppfatning om at ”hvis medlemsstatene ikke har innført regler om representasjon, så vil det ikke foreligge noen plikt for arbeidsgiver i slike tilfeller til å sørge for utpeking av tillitsvalgte/representanter for arbeidstakerne”.¹⁴⁶ På den annen side legges det til grunn at det ”i norske virksomheter gjennomgående vil være representanter for arbeidstakerne”, og forarbeidene gir inntrykk av at man ellers har bygget på en adekvat forståelse av bestemmelsene i direktivets art. 6 (7).¹⁴⁷

Spørsmålet om forpliktelsene etter direktivets art. 7 med hensyn til arbeidstagerrepresentanter m.v. er gjennomført i norsk rett på en måte som er forenlig med direktivet – og om *Holo* (2003, s. 881) har rett i at dette spørsmålet er kommet i en ny stilling etter at ”direktivet og loven er endret” – har en sammenheng med dette. Det er likevel et spørsmål med flere fasetter, og jeg kommer tilbake til dette nedenfor (jfr. særlig avsnitt 5.5).

5.4 Tillitsvalgtebegrepet etter § 56 A og kap. XII A

Et høringsutkast til gjennomføring av masseoppsigelsesdirektivet og virksomhetsdirektivet ble lagt frem sist i desember 1991.¹⁴⁸ Både i utkastet til § 56 A og i utkastet til regler om overføring av virksomhet var ”tillitsvalgte” brukt som betegnelse for direktivenes uttrykk ”arbeidstakernes representanter”. Høringsutkastet inneholdt ingen drøftelse eller forklaring av terminologivalget. I høringsomgangen ble spørsmålet bare tatt opp i én uttalelse, fra Akademikernes Fellesorganisasjon (AF), som i forhold til begge regelsett fremholdt at ”det [er]

¹⁴⁶ *Kommunal- og regionaldepartementet* 2000, s. 36, jfr. også Ot.prp. nr. 79 (2000-2001), og note 139 ovenfor.

¹⁴⁷ Jfr. *Kommunal- og regionaldepartementet* 2000, s. 35-37 (36) og 67-71, og Ot.prp. nr. 79 (2000-2001), s. 20-21.

¹⁴⁸ *Kommunaldepartementet* 1991.

noe uklart hva som ligger i begrepet tillitsvalgte her”, og bad om en klargjøring i lovforarbeidene.¹⁴⁹

Spørsmålet ble berørt, men ikke vurdert særlig inngående, i det videre lovforberedende arbeidet frem til proposisjonen, som ble lagt frem 22. mai 1992. Spørsmålet om ”tillitsvalgte” ble ikke nevnt i avsnittet om masseoppsigelser (s. 9-13, jfr. s. 30). I avsnittet om virksomhetsoverdragelser ble AFs høringsuttalelse gjengitt (s. 26-27) under behandlingen av reglene om informasjon og drøftelser (s. 24-27, jfr. s. 35). Noen klargjøring av problemstillingen eller fortolkningsspørsmålet bød proposisjonen imidlertid ikke på. Etter gjengivelsen av AFs uttalelse heter det bare, kort:

”Departementet forstår direktivet slik at ordningen med at informasjonen skal gis de ansattes representanter er hensiktsmessig begrunnet i forhold til å informere alle ansatte direkte.

Etter departementets vurdering er det viktig at ledelsen gir denne type informasjon gjennom kanaler som fører ut til alle ansatte.”¹⁵⁰

Temaet ble heller ikke berørt i forhold til bestemmelsen (i § 73 E annet ledd) om drøftelser ”med sikte på å oppnå en avtale”. Den bestemmelsen ble i det hele tatt ikke diskutert. Derimot gikk proposisjonen kort inn på bestemmelsen i § 73 D om ”vern av tillitsvalgte”. Høringsutkastet hadde ikke hatt med noen slik bestemmelse til gjennomføring av direktivets art. 5. Spørsmålet ble heller ikke tatt opp i noen av høringsuttalelsene, men ble berørt i etterfølgende diskusjoner under lovarbeidet. De bemerkningene som finnes i proposisjonen, viser til det ”rettsvern” ”tillitsvalgte” har etter tariffavtaler (hovedavtalen LO – NHO), og gir uttrykk for at direktivets og lovens regler bare vil innebære ”at anvendelsesområdet for slike avtalebestemmelser utvides” for ”disse arbeidstakerne”.¹⁵¹

De ytterst sparsomme holdepunkter forarbeidene til gjennomføringsloven av 1992 gir, peker således i retning av tillitsvalgtebegrepet i § 56 A og kap. XII A skulle oppfattes på tilsvarende måte som etter arbeidsmiljølovens regler forøvrig, det vil si som *avtale-*

¹⁴⁹ Akademikernes Fellesorganisasjon, brev av 20. februar 1992 (ref. B684-92.ina) til Kommunaldepartementet, jfr. s. 2 og 3.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991-92), s. 27.

¹⁵¹ *Ibid.*, s. 24.

tillitsvalgte. Konkrete holdepunkter for noen annen løsning savnes helt. Man ville i tilfelle være henvist til å gå veien om fortolkning i lys av de bakenforliggende direktivenes bestemmelser, uten egentlige hentydninger om en slik fremgangsmåte eller noen hjemlig diskusjon av deres forståelse.

Med en forståelse av ”tillitsvalgte” som avtaletillitsvalgte ville problemer kunne oppstå, spesielt i forhold til reglene om informasjon og drøftelser. I praksis vil det være en rekke virksomheter som ikke er bundet av noen tariffavtale, og hvor det derfor heller ikke finnes noen avtaletillitsvalgte. Det kan være situasjonen både der det er noen fagforeningsorganiserte ansatte og der det ikke er noen slike. Det kan også være slik at en virksomhet er tariffbundet for noen kategorier ansatte, som har sine tillitsvalgte, mens andre grupper ansatte ikke er omfattet av tariffavtale og heller ikke har noen avtaletillitsvalgte. I slike tilfeller vil det være et spørsmål om *hvem* avtaletillitsvalgte kan sies å være ”arbeidstakernes representanter” for – kun dem de er valgt av og blandt, eller også andre, ikke-medlemmer, i samme eller helt andre grupper av ansatte. Bestemmelser andre steder i loven om adgang i tariffbundne bedrifter til å inngå skriftlig avtale med ”tillitsvalgte” (jfr. i 5.2 ovenfor), trekker veksler på tariffavtaleregler om tillitsvalgte. Noen hovedavtaler har regler om at tillitsvalgte ”har rett til å forplikte arbeidstakerne i spørsmål som angår hele arbeidsstokken eller grupper av arbeidstakere, når tariffavtale ikke er til hinder for dette” (f.eks. hovedavtalene LO- NHO og YS – NHO § 6-2 nr. 2).¹⁵² Samtidig er det klart at tillitsvalgte etter slike bestemmelser bare kan forplikte de ”arbeidstakerne” de representerer – sine egne medlemmer – og ikke andre, ”utenforstående”, ansatte. Det vil være vanskelig uten klare holdepunkter å legge noe annet til grunn etter § 56 A og kap. XII A, både i seg selv og i forhold til deres ”avtaleregler”.

Dermed står man overfor problemet om de norske gjennomføringsbestemmelsene var tilstrekkelige til å oppfylle direktivenes krav. Ett spørsmål er om representanter for *noen* ansatte – avtaletillitsvalgte – i forhold til direktivene skal kunne anses som representanter også for andre, alle som berøres av mulige masseoppsigelser eller en virksomhetsoverdragelse. Er svaret nei, og uansett dersom det

¹⁵² Jfr. *Evju* 2005c, s. 120.

ikke finnes noen avtaletillitsvalgte i virksomheten, mangler det en klargjøring både av hvem som kunne være "arbeidstakernes representanter" og hvordan disse skulle kunne velges, oppnevnes, e.l., for direktivenes formål.

Problemet ble aksentuert med EF-domstolens avgjørelser i Storbritannia-sakene.¹⁵³ I et foredrag i november 1994 tok jeg opp spørsmålet og fremholdt at det med god grunn kunne hevdes at den norske gjennomføringen av direktivene var utilstrekkelig på dette punkt.¹⁵⁴ *Holo* (1998, s. 580-581) pekte også på problemstillingen.¹⁵⁵ Den ble ikke tatt opp i forbindelse med lovrevisjonen i 1995;¹⁵⁶ § 56 A og kap. XII A lå utenfor rammen av det som ble behandlet av Arbeidsmiljølovutvalget (NOU 1992: 20). Det ble heller ikke tatt opp ved senere endringslover før i forbindelse med gjennomføring av endringer i kap. XII A som følge av revisjonen i 1998 av direktivet om virksomhetsoverdragelse. Det ble da gjort enkelte endringer i aml. kap. XII A ved lov 15. juni 2001 nr. 33.

I høringsutkastet sommeren 2000 kommenterte departementet fortolkningsspørsmålene i utkastets avsnitt om "gjeldende rett" og i tilknytning til enkelte endringsforslag.¹⁵⁷ Departementet fremholdt at etter lovens §§ 73 D og E omfatter "tillitsvalgte" ikke bare "tillitsvalgte som er organisert i fagforening"; lovtekstens begrep "må" derimot "forstås i samsvar med direktivets artikkel 2 c som definerer arbeidstakernes representanter", og det må derfor også forstås som "representant for alle arbeidstakere som berøres av virksomhetsover-

¹⁵³ Dommene er av 8. juni 1994; jfr. nærmere i avsnitt 5.3 ovenfor.

¹⁵⁴ Jfr. *Evju* 1995, s. 137-138. Jeg hadde fremholdt tilsvarende synspunkter også tidligere, i et upublisert foredrag i desember 1992, jfr. *Evju* 1992, avsnitt IX, og bygget videre på dem i foredraget i 1994.

¹⁵⁵ *Evju* og *Holo* gikk derimot ikke inn på dette spørsmålet i sin presentasjon ved et seminar i mai 1995 med EF-kommisjonen m.v.; jfr. *Evju & Holo* 2000, spesielt s. 141.

¹⁵⁶ Jfr. lov 6. januar 1995 nr. 2 om endringer i arbeidsmiljøloven. "Masseoppsigelser" ble riktignok omtalt i Ot.prp. nr. 50 (1993-94), jfr. s. 182. Det var imidlertid i forbindelse med spørsmålet om drøftelsesplikt etter § 57 nr. 1 annet ledd, og omtalen der av "tillitsvalgte" sier intet om begrepsforståelsen.

¹⁵⁷ Se *Kommunal- og regionaldepartementet* 2000, s. 34-37, 64-67 og 69-71.

dragelsen” (s. 35). Videre ble det vist til EF-domstolens avgjørelser i Storbritannia-sakene, m.v.

Med henvisning til Storbritannia-dommene og Kommisjonens direktivforslag fra 1994 heter det at statene har en ”generell forpliktelse til å sørge for at det finnes representanter for arbeidstakerne med sikte på informasjon og konsultasjon, men at representantene skal defineres i henhold til lovgivning og praksis i det enkelte medlemsland” (s. 36). Det er i sammenheng med dette det uttales at direktivets art. 6 nr. 5 tilsier at det ikke vil foreligge noen plikt for arbeidsgiver til å utpeke tillitsvalgte/representanter dersom staten ikke har innført regler om representasjon. Jfr. nærmere om denne uttalelsen, som etter mitt syn er klart feilaktig, s. 223-227 ovenfor.

Det sies så at ”Norge har ikke innført spesielle regler om informasjon til berørte arbeidstakere som ikke er representert, men at det i tilknytning til dette kan ”merkes at det i norske virksomheter gjennomgående vil være representanter for arbeidstakerne”. Det ble vist til plikten etter aml. § 25 til å ha verneombud, i utgangspunktet i enhver virksomhet som omfattes av loven, og departementet gav uttrykk for at det antok ”at også verneombudene oppfyller kravene [i direktivet] til å være representanter for arbeidstakerne” (s. 36). Avslutningsvis om ”gjeldende rett” heter det:

”I de aller fleste tilfeller vil det være de ordinære organisasjonstilknyttede tillitsvalgte som konsulteres og mottar informasjon i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Verneombudene vil antakelig kun være et alternativ i de situasjoner hvor tillitsvalgte ikke finnes” (s. 36-37).

I tilknytning til et forslag om en ny bestemmelse i § 73 E om informasjon direkte til ”berørte” arbeidstagere ble det også uttalt at ”[s]lik regelverket både i lov og avtale [*sic*] er formulert, vil arbeidstakerne alltid kunne kreve en eller annen form for representasjon” (s. 70).

Av de omkring 40 høringsuttalelsene var det bare to som gikk inn på forståelsen av tillitsvalgtebegrepet. Begge uttrykte seg kritisk til bruken av termen ”tillitsvalgte” med et annet rettslig innhold enn etter alminnelig sprogbruk og i lovens regler forøvrig. Den ene fremholdt også at selv med en slik utvidet forståelse som departementet la opp

til, ville direktivkravene med hensyn til ”arbeidstakernes representanter” ikke kunne anses tilfredsstillende gjennomført materielt sett.¹⁵⁸

I proposisjonen ble hovedsynspunktene fra høringsutkastet gjentatt. Det ble således fremholdt at lovens begrep ”tillitsvalgte” ikke bare omfatter avtaletillitsvalgte, og at det må forstås i samsvar med direktivets art. 2 litra c. Derfor anså man det heller ikke nødvendig å endre loveteksten, selv om 1998-direktivets definisjon omfattet mer enn 1977-direktivets – ved at også ansattes representanter i selskapers styrende organer er arbeidstagerrepresentanter i direktivets forstand. Videre gjentok man, med henvisning til verneombudsreglene, bemerkningene om at det gjennomgående vil være ”representanter for arbeidstakerne” i norske virksomheter, at de i de aller fleste tilfeller vil være ordinære avtaletillitsvalgte, og at verneombud ”antakelig” bare vil være et alternativ ”hvor tillitsvalgte [*sic*] ikke finnes”.¹⁵⁹

Ett er at verneombud kan være ”tillitsvalgte” i lovens forstand. Spesielt i forhold til arbeidsmiljøreglene har en slik karakteristikk vært brukt, ikke minst i forarbeidene til endringsloven i 1995. Allerede i mandatet til Arbeidsmiljølovutvalget finner vi uttrykket ”verneombud og andre tillitsvalgte”, og denne terminologiske likestillingen går igjen en rekke steder senere, også i proposisjonen, Jfr. NOU 1992: 20, s. 12 (mandatets pkt. 2.1 tredje avsnitt), og f.eks. Ot.prp. nr. 50 (1993-94), s. 65, 220 og 241.

Noe annet er hva verneombud er og hvilken status de har i forhold til avtaletillitsvalgte. Det blir noe anstrengt når Friberg (fra *Friberg* 1978, s. 167) fremholder at verneombudet ”er arbeidstakernes representant i den organiserte vernetjeneste og har på flere måter samme status som tillitsmann etter hovedavtalen” (mine uthevelser), enn mer når dette (fom. *Friberg* 1993, s. 176) gis en tilføyelse slik at det blir hetende ”hovedavtalen mellom LO og NHO”. Bortsett fra den sproglige endring fra ”tillitsmann” til ”tillitsvalgt” (med *Friberg* 1993) står imidlertid kommentaren fortsatt uendret hos *Fougner* 2003, jfr. s. 271.

Forholdet mellom de to kategoriene – verneombud og avtaletillitsvalgte – ble et tema ved lovendringen i 1995. I forbindelse med spørsmål om endringer i aml. § 12 om ”tilrettelegging av arbeidet” ville LO ha presisert at ”tillitsvalgte” etter § 12 nr. 3 ”er tillitsvalgte og ikke verneombud”. Dette avviste departe-

¹⁵⁸ Jeg bygger på en gjennomgåelse av samtlige høringsuttalelser i KRDs arkiv for saken (ref. 98/1521 M1) og gir ikke detaljreferanser til hver enkelt uttalelse her. De to uttalelsene det er spesielt tale om, ble gitt av Direktoratet for arbeidstilsynet og en privat advokat.

¹⁵⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 79 (2000-2001), s. 16-19; de spesifikke uttalelsene det er vist til og sitert fra, finnes på s. 16, s. 18 (sp. 2 nederst) og s. 19 (sp. 2).

mentet med bemerkninger om at ”lovens bruk av tillitsvalgt” er mer omfattende, i en uttalelse som er relativt generell i formen. Hvor langt den var ment å skulle rekke, med hensyn til begrepsinnholdet eller i forhold til andre deler av loven, er imidlertid ikke aldeles klart. I proposisjonen heter det:

”Departementet antar at LO med tillitsvalget mener valgte representanter for de organiserte arbeidstakerne slik Hovedavtalen mellom LO og NHO gir anvisning på. En slik definisjon kan være hensiktsmessig i tilfeller der organisasjonsprosenten er høy [*sic*]. I tilfeller der få eller ingen tilsatte er organisert, er imidlertid dette en for snever definisjon. Etter departementets oppfatning omfatter lovens bruk av *tillitsvalgt både representanter for organiserte såvel som uorganisert arbeidstakere og verneombud*. Det må være opp til lokale tradisjoner og forhold å finne fram til ordninger som best ivaretar de tilsattes behov for informasjon og innflytelse. Departementet er imidlertid ikke i tvil om at verneombudet har en naturlig plass i *alle sammenhenger* der spørsmål som faller *innenfor arbeidsmiljølovens område* er aktuelle. Dette også i tilfeller der disse områder er gjort til gjenstand for tariffavtale og følgelig også gir rettigheter til tillitsvalgte, kanskje til og med avgjørende myndighet til tillitsvalgte.” (Ot.prp. nr. 50 (1993-94), s. 65; mine uthevelser.)

5.5 Kap. XII A og § 56 A – lovforståelse og direktivkrav

Strengt tatt er forarbeidsuttalelsene til endringsloven fra 2001 en form for ”lovendring pr. forarbeider” for såvidt gjelder tillitsvalgtebegrepet i kap. XII A, og den har adskillig av etterpåkløskapens preg over seg. Det kan likevel være rimelig å bygge på forarbeidenes uttalelser, både ut fra alminnelige hensyn til direktivkonform fortolkning og i fravær av mer konkrete holdepunkter for en snevrere forståelse. Det terminologiske forblir like fullt et problem. Likeledes gjenstår noen materielle problemer.

Før vi ser nærmere på dette, kan det være grunn til å skyte inn en bemerkning om § 56 A. Den har ikke vært gjenstand for slike efterfølgende endringer eller forarbeidsdrøftelser som kap. XII A. For såvidt er det ingen tilsvarende holdepunkter for å knytte fortolkningen av ”tillitsvalgte” i § 56 A til det bakenforliggende direktivets definisjon av ”arbeidstakernes representanter”. Men det har åpenbart de beste grunner for seg å forstå bestemmelsene om ”tillitsvalgte” i § 56 A på samme måte som i kap. XII A, dvs. med referanse til de

bakenforliggende direktivene. Da blir også begrepsinnholdet det samme, slik direktivdefinisjonene nu er det.¹⁶⁰

Holo (2003, s. 585-586) uttaler seg tilsynelatende i en tilsvarende retning, når han til § 56 A sier at med "arbeidstakernes tillitsvalgte antas ment alle vanlige representanter for arbeidstakerne, hva enten de er valgt i henhold til overenskomst, lov eller på annen måte". Det er imidlertid uklart om han med fortsettelsen "for å ivareta arbeidstakernes interesser på et område som det foreliggende" mener å gjøre en reservasjon. Adskillig mer problematisk blir det når han så viser videre til "jf. § 42, § 47 og § 73 E med kommentarer". I utgangspunktet kan henvisningen til § 73 E virke tilforlatelig. I kommentarene til denne paragrafen heter det, mer bestemt, at den norske lovtekstens "tillitsvalgte" "omfatter imidlertid ikke bare tillitsvalgte som er organisert i fagforening og valgt i henhold til valgeregler og med kompetanse fastsatt i kollektiv avtale med organisasjonene" (*ibid.*, s. 880 i note 11). *Holo* synes imidlertid å knytte dette direkte til direktivdefinisjonen og Storbritannia-dommen om virksomhetsoverdragelsesdirektivet. Det fremgår ikke at han bygger på forarbeidene til endringsloven av 2001.¹⁶¹ Dertil kommer at uttalelser senere i samme note gir inntrykk av at slike "tillitsvalgte" som det vil foreligge drøftelsesplikt med, kun er "[o]rganisasjonsmessig valgte tillitsvalgte" (jfr. *ibid.*, s. 882).¹⁶²

Det blir ytterligere problematisk om man forfølger henvisningene til §§ 42 og 47. Det relevante sted i kommentarene til § 42 må være note 3a, s. 386-387 (som gjentar den da nye note 3a fra *Friberg* 1998 s. 291-292). Der heter det at

¹⁶⁰ Jfr. om endringen i virksomhetsoverdragelsesdirektivet v. note 159 ovenfor.

¹⁶¹ Her finnes det bare en generell henvisning til at § 73 E er omtalt i proposisjonens avsnitt om "gjeldende rett", jfr. *Holo* 2003 s. 877.

¹⁶² På dette punkt er kommentaren noe endret i forhold til den i *Holo* 1998, s. 581. Formodentlig har dette sammenheng med Holos standpunkt om at reglene nu forutsetter at statene "kan unnlate å gjøre arbeidsgiverne og arbeidstakerne forpliktet til å sørge for valg av representanter"; jfr. *Holo* 2003 s. 881 og min kritikk av standpunktet s. 223-227 ovenfor. Men selv da må uttalelsen være et feilgrep, eller for lettvindt. Hvis arbeidstagerne har representanter, men ikke avtaletillitsvalgte (organisasjonsmessig valgte tillitsvalgte), er det vanskelig å se hvorfor plikt til å drøfte med arbeidstageres representanter ikke skal gjelde. Er meningen derimot at dersom det finnes avtaletillitsvalgte, men disse ikke representerer alle berørte arbeidstagere, er det likevel nok å drøfte med de avtaletillitsvalgte, er nok det i beste fall en dristig fortolkning; jfr. nedenfor i teksten i avsnittet her. Tolkningen blir også ganske anstrengt dersom slike arbeidstagere har andre representanter – som verneombud e.l. Da blir det rett og slett ikke sammenheng i tillitsvalgtebegrepet etter loven.

ved ”tariffbundne bedrifter vil de tillitsvalgte være de organisasjonsmessig valgte tillitsmenn, jf. note 4 til § 43. Hvis det ikke er opprettet tariffavtale mellom partene, kan arbeidstakerne velge representanter som skal være deres talsmenn i spørsmål om dispensasjon, jf. note 2 til § 47”. – Implisitt synes da ikke-tariffbundne arbeidstagere i en tariffbundet bedrift å falle utenfor. – Henvisningen til note 2 til § 47 er åpenbart gal; der sies det intet om dette temaet eller hvem som er ”tillitsvalgte”. Derimot sies det i note 10 til § 47 (s. 438) at avtaler etter § 47 nr. 2 ”må være inngått med virksomheter som er bundet av tariffavtale”. Om ”tillitsvalgte” vises det imidlertid bare til note 4 til § 43 og note 7 til § 50. Den siste av disse henvisningene må være gal; det er nok tale om note 6 – og der heter det (s. 459) at ”tillitsvalgte” er ”de organisasjonsmessig valgte tillitsmenn”, på samme måte og med samme henvisning til ”Hovedavtalen mellom LO og NHO” som i note 4 til § 43 (s. 394).¹⁶³

Til sist er det ikke helt lett her å vite hvilken forståelse og hvilket begrepsinnhold som er ment lagt til grunn.

At terminologien kan volde problemer, illustreres vel også av Larsen. I sine kommentarer til § 56 A og § 73 E synes han å forstå termen ”tillitsvalgte” lik ”organisasjonsmessig tillitsvalgte”, men peker like fullt på verneombud som et alternativ der slike tillitsvalgte ikke finnes. Jfr. *Larsen 2004*, s. 408 og 573.

Bygger vi på forarbeidsforutsetningene fra 2000-2001 til kap. XII A, vil begrepet ”tillitsvalgte” der – og i § 56 A – omfatte ikke bare avtaletillitsvalgte, men også arbeidstagerrepresentanter i selskapers styrende organer (styre, bedriftsforsamling, m.v.) såvel som verneombud. I forlengelsen av dette må det være rimelig å inkludere også arbeidstagerrepresentanter i arbeidsmiljøutvalg, og dessuten slike representanter i tariffbaserte, kollegiale samarbeidsorganer. Det siste må gjelde både paritetiske organer – som f.eks. bedriftsutvalg etter hovedavtalen LO – NHO (arbeidere) 2002 – 2005, kap. XII, eller samarbeidsutvalg etter hovedavtalen Finansnæringens Arbeidsgiverforening – Finansforbundet 2002 – 2006, § 14 – og utvalg med bare arbeidstagere som medlemmer, der slike måtte finnes. Spesielt kan det være grunn til å inkludere slike tariffbaserte utvalg dersom arbeidstagermedlemmene velges av og blandt virksomhetens ansatte uavhengig av om de er tariffbundne, slik regelen etter hovedavtalen LO – NHO § 12-4 siste ledd er.

¹⁶³ Jfr. her også petitavsnittet avslutningsvis i 5.2 ovenfor. En likelydende forklaring av ”tillitsvalgte” finnes forøvrig også i note 3 til § 45 (*Holo 2003*, s. 402).

Både kretsen av ”tillitsvalgte” i disse lovbestemmelsenes forstand og begrepets innhold er, uansett, videre enn den ellers alminnelige forståelse av ”tillitsvalgte” som avtaletillitsvalgte.

Da kan man, som departementet, si at i norske virksomheter vil det gjennomgående være ”representanter for arbeidstakerne”¹⁶⁴ – eller i disse lovbestemmelsenes terminologi, ”tillitsvalgte”. Som det med rette er pekt på i lovforarbeidene, skal det som hovedregel finnes verneombud i enhver virksomhet som går inn under arbeidsmiljøloven; jfr. aml. § 25 nr. 1. Om det ikke finnes andre kategorier av ”tillitsvalgte” i en virksomhet, skal det således som hovedregel finnes ”tillitsvalgte” i form av ett eller flere verneombud. Og lovforarbeidenes forutsetning er da at dette/disse er å anse som ”arbeidstakernes representanter” (også) for de formål det er tale om etter § 56 A og kap. XII A.

Lovens § 25 nr. 1 åpner imidlertid for at det i mindre virksomheter – nu med færre enn ti arbeidstagere – kan avtales at virksomheten *ikke* skal ha verneombud. En slik løsning avtales skriftlig mellom ”partene”. Bestemmelsen bygger på den forutsetning at ”parten” på arbeidstagersiden kan være de enkelte arbeidstagerne.¹⁶⁵ Derved åpner bestemmelsen også for at det *kan* finnes virksomheter hvor det *ikke* finnes noen ”tillitsvalgte” – hvilket i så små virksomheter bare vil være et problem i forhold til reglene i lovens kap. XII A.

Her er det på den annen side et problem. Norge har *ikke* begrenset anvendelsesområdet for pliktene etter direktivets art. 7 nr. 1 – 3 med basis i art. 7 nr. 5 (jfr. s. 38 foran)¹⁶⁶ – og det er tvilsomt om det kan gjøres (jfr. nedenfor her). Lovens § 73 E bygger således på at det skal finnes ”arbeidstakernes representanter” i form av ”tillitsvalgte” i bestemmelsens forstand i enhver virksomhet som omfattes av loven. Men der det ikke en gang finnes verneombud, har vi ingen regler om

¹⁶⁴ Jfr. ovenfor s. 232 v. note 159.

¹⁶⁵ Se forsåvidt Ot.prp. nr. 67 (1984-85), s. 12, som omtaler § 25 nr. 1 før endringen fra fem til ti arbeidstagere som grense for avtaleadgangen (ved endringslov 7. juni 1985 nr. 57), og formuleringen ”disse” som peker på arbeidstagerne. Jfr. også *Friberg* 1978, s. 160. Forarbeidene til endringen i 1985 gir ingen holdepunkter for noen annen fortolkning på dette punkt; jfr. Ot.prp. nr. 67 (1984-85), s. 12-15.

¹⁶⁶ Jfr. om disse bestemmelsene i avsnitt 5.3 ovenfor.

hvem som skal fylle funksjonen, eller om hvordan det skal finnes frem til arbeidstagerrepresentanter for kap. XII As formål. Om enn i mindre målestokk er situasjonen forsåvidt parallell med den som gav grunnlag for EF-domstolens ”fellende” konklusjon på dette punkt i Storbritannia-saken.

Selv om det foregriper spørsmål som ellers tas opp i avsnitt 5.6 nedenfor, kan det skytes inn at på dette punkt endres rettsstillingen med den nye arbeidsmiljøloven på en måte som *kan* eliminere nettopp dette problemet. Aldeles klart er det likevel ikke. Etter ny aml. § 6-1 første ledd annet punktum må avtale om ikke å ha verneombud, inngås mellom arbeidsgiver og ”tillitsvalgte”. Hvem som skal kunne anses som ”tillitsvalgt” i denne bestemmelsens forstand – hvor begrepet åpenbart *ikke* kan omfatte verneombud – er ikke umiddelbart klart. I proposisjonen sies det at bestemmelsen ”viderefører” den i aml. § 25 nr. 1 annet punktum, uten at tekstendringen kommenteres spesielt, og uten det sies noe om begrepsforståelsen i denne bestemmelsen. Det fører heller ikke videre å gå til Arbeidslivslovutvalgets innstilling. Utvalget brukte uttrykket ”arbeidstakernes representanter” i sitt forslag til bestemmelse, men kommenterte ikke forståelsen; derimot sa man at man *ikke* tilsiktet ”materielle endringer” (!).¹⁶⁷ Så langt er det ikke lett å finne ut av dette. Med proposisjonens generelle uttalelse om begrepsforståelsen (s. 121; jfr. i avsnitt 5.6 nedenfor) blir det imidlertid klart at ”tillitsvalgte” i ny aml. § 6-1 skal forstås som regulære avtaletillitsvalgte og eventuelt en annen ”tillitsvalgt”, en representant valgt av og blandt virksomhetens arbeidstagere for nettopp § 6-1s avtaleformål. Men da blir det mer tvilsomt om en slik *ad hoc* ”tillitsvalgt” også skal kunne anses som ”tillitsvalgt” i det nye kap. 16s forstand.

Et annet problem er der det finnes ”tillitsvalgte” i kap. XII As eller § 56 As forstand, men av flere ulike slag. Det vil jo være en langt fra atypisk situasjon i praksis.

Et første spørsmål er da om det skal gis informasjon til og føres drøftelser med *alle* – avtaletillitsvalgte, styrerepresentanter, utvalgsmedlemmer og verneombud – på lik linje – eller om det skal være noen form for prioritets- eller preferanseregler om hvem arbeidsgiver(ne) må forholde seg til, og eventuelt søke å ”oppnå en avtale” med. Dette – ”seleksjonsproblemet” – gir hverken lov eller forarbeider svar på, annet enn med de underliggende forutsetninger som nok kan

¹⁶⁷ Jfr. her Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 117-118 og 309-310, og NOU 2004: 5, s. 507 (lovtekstutkast, § 6-2), 217 og 543.

skimtes, om at det i første rekke er avtaletillitsvalgte som vil være de aktuelle aktørene.

Men tenker man seg at det er avtaletillitsvalgte som er de som skal opptre der slike finnes, blir et neste spørsmål om det er tilstrekkelig. I praksis vil det ofte kunne være arbeidstagere som berøres av mulige masseoppsigelser eller en overføring av virksomhet, som ikke er tilsluttet den eller de fagforeninger som det er avtaletillitsvalgte for i virksomheten. Skal de avtaletillitsvalgte da likevel kunne anses som "arbeidstakernes representanter" for samtlige? Holder man seg til direktivdefinisjonens henvisning til nasjonal "lovgivning eller praksis", må svaret bli negativt. Det karakteristiske for slik "kollegiale organer" som det er tale om i virksomhetsoverdragelsesdirektivets art. 7 nr. 5, er at de (eller arbeidstagermedlemmene i dem) i prinsippet velges av og blandt alle ansatte, uansett organisasjonstilhørighet, og således anses å representere alle ansatte. Dessuten er det karakteristisk for dem at det ikke er tale om paritetisk sammensatte organer, men om organer som bare eller alt overveiende består av arbeidstagerrepresentanter.¹⁶⁸

Det karakteristiske for avtaletillitsvalgte etter norsk rett er at de *ikke* representerer andre enn "sine egne" medlemmer. De velges av og blandt medlemmene i egen fagforening, og etter norsk "lovgivning og praksis" er de representanter for dem, men representerer ikke – og kan ikke inngå avtaler som binder – andre arbeidstagere i virksomheten. Alene er avtaletillitsvalgte således neppe tilstrekkelig til å oppfylle direktivenes krav om arbeidstagerrepresentasjon.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Jfr. De Europeiske Fællesskaber, Rådet: *NOTE vedr. Udkast til Rådets direktiv om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter*. R/212/77 (SOC 32) av 10. februar 1977, med erklæringer som ble tatt inn i Rådets møteprotokoll ved vedtagelsen av direktivet. I pkt. 14, ad art. 6 nr. 4 heter det at Rådet erklærte at begrepet "kollegial instans" svarer til begrepet "'udvalg" som væsentligst eller udelukkende består af repræsentanter for arbejdstagerne".

¹⁶⁹ Jfr. for såvidt den forståelsen av virksomhetsoverdragelsesdirektivets art. 2 litra c som det er bygget på i forarbeidene til endringsloven av 2001; se foran s. 232 v. note 159.

Hvis ”seleksjonsproblemet” i utgangspunktet anses løst ved henvisning til avtaletillitsvalgte, står man derfor igjen med et ”representasjonsproblem”, som samtidig er et subsidiært seleksjonsproblem: Hvem skal representere de ”urepresenterte”, berørte arbeidstagerne – og hvordan skal man finne frem til hvilke *disse* arbeidstagerrepresentantene skal være?

Heller ikke her gir lov eller forarbeider rimelig grunnlag for svar. Det er således noen lakuner – og de gir fortsatt grunn til å stille spørsmålstegn ved om direktivkravene er adekvat gjennomført i aml. § 56 A og kap. XII A.

5.6 Ny arbeidsmiljølov og flere emner

Tillitsvalgtebegrepet kommer igjen i den nye arbeidsmiljøloven, både som fenomen og som problem. Gjennomgående er termen brukt i alle bestemmelser som tilsvarer eller ”viderefører” bestemmelser i 1977-loven. I tillegg benyttes den i noen nye bestemmelser, særlig i kap. 8 om informasjon og drøftelser alment, og i § 9-2 om informasjon og drøftelser m.v. vedrørende kontrolltiltak. (Jfr. petitavsnittet i 5.1 ovenfor.)

Terminologivalget er bevisst. Arbeidslivslovutvalget la opp til en terminologisk distinksjon i sitt lovforslag. Gjennomgående brukte utvalget der uttrykket ”arbeidstakernes representanter” i bestemmelser om informasjon og drøftelser m.v., mens termen ”tillitsvalgte” ble benyttet i bestemmelser om adgang til avtaler med arbeidstagerrepresentanter.¹⁷⁰ I proposisjonen – og loven – er dette konsekvent ensrettet til ”tillitsvalgte”, og valget er gitt en generell begrunnelse. Selv om den står i kapittelet om verneombud og arbeidsmiljøsamarbeid, kan det knapt være tvil om at den må anses som generell – med en tilsiktet generell fortolkningsmessig betydning. I proposisjonen heter det således:

¹⁷⁰ For det sistes del med unntak for bestemmelsene om verneombud og verne-samarbeid i utkastets § 6-2 (første ledd) og § 6-7, henholdsvis § 6-1 første ledd og § 7-2 i loven. Den siste av bestemmelsene, § 7-2, kommer jeg litt tilbake til nedenfor (s. 243). Ellers nøyer jeg meg her med en generell henvisning til lovtekstforslaget i NOU 2004: 5, s. 501-534.

”Departementet foreslår at gjeldende terminologi i loven med hensyn til uttrykket «tillitsvalgte» som betegnelse for hvem som er arbeidstakernes representanter videreføres. Hvem som skal regnes som tillitsvalgt eller representant for arbeidstakerne bør som nå avgjøres etter en fortolkning av den enkelte bestemmelse. Det avgjørende skal fortsatt være om de arbeidstakere som berøres av de konkrete spørsmål det er tale om, er representert. Departementet presiserer at termen «tillitsvalgt» ikke skal forstås snevert som bare representanter for arbeidstakere som er organisert i tradisjonelle fagforeninger/fagforbund og som er valgt i henhold til en tariffavtale som virksomheten er bundet av. Det kan også være tale om representanter for en fast eller ad-hoc sammenslutning av to eller flere personer uten organisasjonsmessig tilknytning (husforening). Begrepet kan i tillegg omfatte andre valgte representanter for arbeidstakere som ikke er fagforeningsmedlemmer. Dette er i tråd med gjeldende forståelse av arbeidsmiljøloven.” (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 121.)

Henvisningen her til ”gjeldende forståelse” er muligens en referanse tilbake til uttalelsene ad aml. § 12 i forbindelse med endringsloven av 1995; jfr. avslutningsvis i avsnitt 5.4 ovenfor, der de uttalelsene er gjengitt. Det endrer i tilfelle ikke at det som er sitert ovenfor her, må oppfattes som å ha (mer) generell rekkevidde.

Forsåvidt gjelder terminologien er det gjennomgående slik at der det er tale om bestemmelser som har et motstykke i 1977-loven, er det bare sagt at disse ”videreføres” e.l. Det gjelder både Arbeidslivslovutvalgets innstilling og proposisjonen.

En, litt mer utførlig, illustrasjon gir utvalgforslagets § 10-12 femte ledd om drøftelser om nødvendigheten av nattarbeid – ny aml. § 10-11 tredje ledd. I innstillingen heter det at ”«tillitsvalgte» [er] blitt erstattet med «arbeidstakernes representanter» uten at dette innebærer noen endring i praksis med hensyn til hvem man skal drøfte med”. Proposisjonen kommenterer ikke terminologiendringen tilbake spesielt; det sies bare at bestemmelsen ”viderefører dagens drøftingsplikt”. Jfr. NOU 2004: 5, s. 555 og 516, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 321 og 357. Ellers kan det eksempelvis vises til innstillingens og proposisjonens bemerkninger til § 10-3 om arbeidsplan, § 10-6 om overtid, § 10-7 om ”oversikt over arbeidstiden” og § 10-10 om søn- og helligdagsarbeid. Utenfor arbeidstidskapittelet er den nye lovs § 6-1 ett eksempel (jfr. i petitavsnittet i 5.5 ovenfor, s. 236-237 m. note 167). Andre er §§ 14-12 og 14-13 om innleie, § 15-1 om drøftelser ved oppsigelser og § 15-3 første ledd om oppsigelsesfrister.

En annen illustrasjon, der terminologiendringen kombineres med en viss realitetsendring, er ny aml. § 14-15 fjerde ledd om drøftelser om trekk i lønn. I proposisjonen heter det at § 14-15 ”innebærer en videreføring av arbeidsmiljøloven § 55, men er noe forenklet i forhold til denne” (*ibid.*, s. 334). Formu-

leringen ”tillitsvalgte eller to representanter valgt av arbeidstakerne” i § 55 nr. 4 er i ny § 14-15 tredje ledd erstattet med ”tillitsvalgte” – som altså skal favne begge deler i forhold til den gamle bestemmelsen. Samtidig sies det uttrykkelig i den nye bestemmelsen at den enkelte kan motsette seg at spørsmål om lønnstrekk drøftes med hennes ”tillitsvalgte”. Jfr. her NOU 2004: 5, s. 489.

Det samme gjelder ny aml. § 15-2 om ”masseoppsigelser”, som svarer helt til aml. § 56 A.¹⁷¹ Likeledes er det i hovedsak bare vist til gjeldende lovs bestemmelser i bemerkningene til ny aml. §§ 16-5 – 16-7, som ”erstatte” og ”tilsvarer” aml. §§ 73 D og E.¹⁷² Til § 16-5 om informasjon og drøftelser med ”tillitsvalgte” er det imidlertid spesielt uttalt at hvem som skal regnes som ”tillitsvalgt”, vil bero på hvilke arbeidstagere som berøres av virksomhetsoverdragelsen. Poenget her er utvilsomt å understreke at i et konkret tilfelle må det gis informasjon til og føres drøftelser med noen – ”tillitsvalgt” – som representerer de ansatte som berøres; det er ikke nok å holde seg til andre ”tillitsvalgte” for andre ansatte. I proposisjonen heter det forsåvidt:

”I forhold til hvem som regnes som «tillitsvalgt» etter denne bestemmelsen vil det avgjørende være om de som berøres av virksomhetsoverdragelsen er representert når informasjon og drøfting gjennomføres, jf. virksomhetsoverdragelsesdirektivet artikkel 6 nr. 1. Det følger av tredje ledd at dersom tidligere eller ny arbeidsgiver planlegger tiltak overfor arbeidstakerne, skal dette så tidlig som mulig drøftes med tillitsvalgte med sikte på å oppnå en avtale” (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340).

Det samme er understreket i forarbeidene til det nye – direktivbaserte – kap. 8 om informasjon og drøftelser. Her heter det i proposisjonen:

”Retten til informasjon og drøfting gjelder tillitsvalgte i virksomheten. Poenget er at arbeidsgiver skal informere og drøfte med representanter for arbeidstakerne. Arbeidsgiver må sørge for at de arbeidstakere som berøres av eventuelle beslutninger, tiltak og så videre er representert når informasjon og drøfting gjennomføres. Gjennomføringen av informasjon og drøfting kan legges til arbeidsmiljøutvalg etter § 7-3 eller til avtalt samarbeidsorgan etter § 7-2 dersom dette er hensiktsmessig. I disse tilfellene vil

¹⁷¹ Jfr. NOU 2004: 5, s. 403 og 566, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 335.

¹⁷² Jfr. NOU 2004: 5, s. 567, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340-341.

verneombudet og arbeidstakernes representanter i samarbeidsorganet/arbeidsmiljøutvalget oppfylle lovens krav til representativitet.”¹⁷³

Forutsetningsvis bygger bestemmelsene forsåvidt på samme tilnærming om fortolkning i lys av direktivets definisjon av ”arbeidstakernes representanter” (her direktiv 2002/14/EF art. 2 litra e) og på samme forståelse av tillitsvalgtebegrepet som i reglene om virksomhetsoverdragelse (og masseoppsigelser).

Det siste gjelder uttrykkelig også med hensyn til hvem som er ”tillitsvalgte” etter den nye § 9-2 om kontrolltiltak. Her sluttet proposisjonen seg til Arbeidslivslovutvalgets innstilling, og om tillitsvalgtebegrepet heter det:

”Med tillitsvalgte legges i denne forbindelse samme vide forståelse til grunn som i reglene om virksomhetsoverdragelse, slik at også for eksempel verneombud og andre valgte tillitspersoner kan opptre som representanter for arbeidstakerne. Det stilles med andre ord ikke krav om tillitsvalgte i tariffrettslig forstand.”¹⁷⁴

Ut fra dette kan tillitsvalgtebegrepet i den nye arbeidsmiljølovens bestemmelser forsøksvis sammenfattes i to punkter:

- Med proposisjonens generelle uttalelse som basis vil ”tillitsvalgte” generelt omfatte både avtaletillitsvalgte (i ulike avskygninger) og/eller representant(er) valgt *ad hoc* for det formål den enkelte bestemmelse angår.
- Etter bestemmelsene om masseoppsigelser (§ 15-2), om virksomhetsoverdragelser i kap. 16 og om informasjon og drøftelser i kap. 8 vil ”tillitsvalgte” også omfatte andre, mer ”perma-

¹⁷³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 312 (og alment s. 122-127). Med ”lovens krav til representativitet” kan det her neppe være ment noe annet enn dette at de som berøres, skal være representert. Et ”representativitetskrav” i noen annen betydning – hvilket arbeidsrettslig terminologi er rik på eksempler på – er det ikke spor av i forarbeidene.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 147, jfr. NOU 2004: 5, s. 435. Bestemmelsene i kap. 9 har ikke samme direkte direktivbasis som de i kap. 8; jfr. forsåvidt NOU 2004: 5, kap. 17, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), kap. 12. Det er således ikke noen tilsvarende forbindelse til en bakenforliggende definisjonsbestemmelse, og definisjonsbestemmelsene i EFs personverndirektiv (95/46/EF) opererer heller ikke med begreper som arbeidstagere, arbeidstagerrepresentanter, e.l.

ment” valgte representanter (så som styrerepresentanter, medlemmer av samarbeidsutvalg, osv.).

Med proposisjonens generelle uttalelse som utgangspunkt kunne man kanskje hevde at den siste, videre, forståelsen kan legges til grunn generelt – slik at f.eks. en ansattes representant i et selskapsstyre kan tjene som ”tillitsvalgt” etter bestemmelsene i §§ 14-12 og 14-13 om innleie. Det er det likevel ikke dekning for, slik jeg ser det. I proposisjonens generelle uttalelse er det også fremholdt at hvem som skal regnes som ”tillitsvalgt”, må avgjøres *konkret*, ”etter en fortolkning av den enkelte bestemmelse”.¹⁷⁵ I dette ligger at avgrensningene *kan* bli forskjellige, ut fra hvilke funksjoner og formål det er tale om etter de enkelte bestemmelsene.

Den begrepsmessige flertydigheten som har gjort seg gjeldende etter dagens arbeidsmiljølov, er således ikke overvunnet med den nye loven.

Det er heller ikke alle problemene knyttet til de direktivbaserte bestemmelsene. For dem kan det legges til grunn at tillitsvalgtebegrepet skal forstås på en og samme måte (jfr. annet kulepunkt ovenfor). Med støtte i forarbeidenes uttalelser om at de arbeidstagerne ”*som berøres*”, må være representert, løses forsåvidt det jeg ovenfor (i 5.5) har kalt ”representasjonsproblemet”. Men ”seleksjonsproblemet” forblir uløst, både det initielle og det subsidiære. Det mangler fortsatt grunnlag for å gi sikre, operative svar på *hvordan* det skal finnes frem til *hvem* de ulike ”tillitsvalgte” skal være i en gitt situasjon. Med det nye kap. 8 er problemet dertil forstørret.

Som et utgangspunkt for tanker om en løsning kan det kanskje pekes på ny aml. § 7-2 tredje ledd som er (en del av) en helt ny bestemmelse. De ”tillitsvalgte” som skal kunne inngå avtale om etablering av et HMS-samarbeidsorgan, skal som utgangspunkt velges ved ”alminnelig flertallsvalg”. Det er begrunnet med at de som skal inngå en avtale, bør være ”representative” for samtlige arbeidstagere i virksomheten; jfr. særlig NOU 2004: 5, s. 221, og dertil Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 119. Det måtte være mulig å bygge på en slik tilnærming også for de direktivbaserte reglene. Det ville ikke behøve å bety at regulære avtaletillitsvalgte, etter tariffavtaler som er bindende for virksomheten, settes til side eller ut av betraktning. Men man kunne instituere en flertallsvalgordning for arbeidstagere som ikke *er* representert av slike tillitsvalgte.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 121; jfr. sitatet i kontekst s. 240 ovenfor.

Bestemmelsen i § 7-2 tredje ledd åpner imidlertid for at en eller flere ”fagforeninger som alene eller til sammen representerer *et flertall* av arbeidstakerne”, i stedet kan ”peke ut” hvem som skal være ”tillitsvalgte” for en slik avtaleinngåelse. Man må gjerne mene, slik det er sagt i forarbeidene (*ibid.*), at ”det vil sikre tilstrekkelig representativitet” – for § 7-2s formål. For de direktivbaserte reglens formål er det derimot høyst tvilsomt om en slik løsning vil være tilstrekkelig.¹⁷⁶ Den innebærer jo at arbeidstagerer utenfor flertallskonstellasjonen – hva enten de er organiserte eller ikke – ikke har noen delaktighet i hvem som skal opptre som ”tillitsvalgte” arbeidstagerrepresentanter.

Det siste kan være et problem også for såvidt gjelder verneombud og medlemmer av arbeidsmiljøutvalg; jfr. forskrift 29. april 1977 nr. 7 om verneombud og arbeidsmiljøutvalg, § 2 nr. 3 og § 6 nr. 5. Jeg nøyer meg med å nevne spørsmålet, og går ikke videre inn på dette og beslektede regelverk.

6 Avsluttende bemerkninger

Selv om drøftelsene foran (i avsnitt 4) om klagerett m.v. er omfattende, må det ikke tapes av syne at de gjelder de spesielle ordninger og begrensede sakfelt. Avsnitt 5 om ”tillitsvalgte” er for såvidt i det vesentlige en deviasjon, men en sådan med referanse til det overordnede perspektivet om nasjonale gjennomføringsregler.

Når det gjelder problemstillingen i utgangspunktet, om arbeidstageres søksmålsposisjon, kan den generelle sammenfatningen gjøres kort og er forholdsvis enkel.

I norsk rett er de arbeidsrettslige direktivene gjennomført ved lovgivning (lov og forskrift). Det er bare den nye arbeidsmiljølovens § 8-2 som åpner for en form for tariffavtaleimplementering som alternativ til lovens bestemmelser. Så langt den enkelte har rettskrav, er det da tale om krav bygget på lovgivningen. Den enkelte arbeidstager har da alltid full, selvstendig søksmålsrett for de alminnelige domstoler – og bare unntaksvis slik at krav først må behandles av et administrativt tvisteløsningsorgan.

Det som er uklart, er hvorvidt den enkelte arbeidstager etter de ulike regler om informasjon, drøftelser og ”medbestemmelse” har individuelle rettskrav som kan gjøres gjeldende i det jeg har kalt ”direkte” søksmål. Dertil står flere spørsmål åpne om hvordan reglene om klagerett og søksmålsrett for andre, ”tillitsvalgte” m.v., skal for-

¹⁷⁶ Jfr. det som er sagt ovenfor v. note 167, s. 237.

stås. Det man kan savne, er dels en mer inngående og nyansert drøftelse av problemstillingene i lov- og forskriftsforarbeidene, både i lys av de mer alminnelige prinsipper om ”effektiv rettslig beskyttelse” som direktivbestemmelsene om håndhevelse knytter an til, og i forhold til spørsmål om hvem som er rettighetssubjekter, og om hvilke materielle rettighetsposisjoner som skal ha vern. I mangel av klarere svar i regelverkene ligger det utfordringer for (retts)praksis her. Det er imidlertid utvilsomt at den enkelte i tvister om rettmessigheten av arbeidsgivers beslutninger, som f.eks. oppsigelser, kan påberope påståtte brudd på slike regler som grunnlag, eller en del av grunnlaget, for hel eller delvis underkjennelse av beslutningen. Hvor langt det vil rekke, beror igjen på hvor langt reglene skal anses å verne individuelle rettigheter. Det er et spørsmål med flere fasetter, hvor dommen i *Junk* er én aktuell illustrasjon – også for norsk rett. Men det er en annen og videre diskusjon.

Referanser:

a) Litteratur m.v

- Berg, Paal Olav; Arvid Eskild, Gro Granden, Reidar Webster 1992 *Reglene om bedriftsdemokratiet : Håndbok om ansattes representasjonsrett i bedriftenes styrende organer*. 2. utg. Oslo: Tiden Norsk Forlag 1992.
- Bergström, Svante 1948 *Kollektivavtalslagen*. Uppsala: Almqvist & Wiksells 1948.
- Eklund, Ronnie (red.) 2005 *Rättegången i arbetstvister : Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*. Andra uppl. Stockholm: Norstedts Juridik 2005.
- Evju, Stein 1992 Virksomhetsoverdragelse under et EØS-regime. Foredrag. Norges Juristforbund, Kurs i EF/EØS-arbeidsrett. Oslo, 4. desember 1992. (Upublisert manuskript; publisert disposisjon, 5 s.)
- Evju, Stein 1995 "European Labour Law from a Norwegian Perspective", i: Alan C. Neal and Sten Foyen [eds.], *Developing the Social Dimension in an Enlarged European Union*. IUSEF no. 16. [Papers presented at a Seminar on European Law, Asker, November 1994.] Oslo: Universitetsforlaget 1995, s. 125-141. – Artikkelen er også trykket, i en lett redigert versjon med samme tittel, i: (1996) 11 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 327-339.
- Evju, Stein 1998 "Norway", i: *Labour Law and Industrial Relations in the European Union* (R. Blanpain, ed.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 32 (1998), s. 113-126.
- Evju, Stein 2001 "Prosessmonopolet. Grunnlag og grenser", i: *Festskrift till Hans Stark*. (R. Eklund, M. Koch, E. Nilsson, T. Sigeman, red.kom.) Stockholm: Jure 2001, s. 79-108.
- Evju, Stein 2003 "Norwegian Courts and Labour Jurisdiction", i: *Espace judiciaire et social européen. Actes de colloque à Bruxelles 5 et 6 novembre 2001*. Sous la direction de Georges de Laval et Joël Hubin. Bruxelles: Larcier 2003, s. 61-82.
- Evju, Stein 2004 "Norge: Lagförslag lämnar många frågor obesvarade", *EU & arbetsrätt 2004*, nr. 3-4, s. 6.
- Evju; Stein 2005a "Ufravikelighet – en kommentar", *Arbeidsrett 2005*, s. 137-139.

- Evju, Stein 2005b ”Informasjon og drøftelser som beslutningsvilkår : EFD 27. januar 2005, sak C-188/03 *Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel* – ”Masseoppsigelser” og prosedyreglernes betydning”, *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 1, s. 263-273 (2005).
- Evju, Stein 2005c ”Tariffavtalebegrepet – prosessuelt og materielt : ARD 2005 lnr. 17 og 18 – tariffavtalebegrepets rekkevidde og rettsvirkninger, ”omplassingsavtaler” og arbeidsmiljølovens § 56 A, m.m.”, *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 2, s. 112-123 (2005).
- Evju, Stein 2005d ”Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon”. [Artikkel; 25 s. A4.] Publisert på Forum for forskning om arbeidsrett: <http://arbetsratt.arbeidslivsinstiut.et.se/Filer/PDF/Stein%20Evju/Direktivimplementering%20og%20a.pdf> (16. august 2005).
- Evju, Stein; & Lars Holo 2000 ”Labour Law and the Labour Market in Norway”, i: Alan C. Neal (ed.), *European Social Policy and the Nordic Countries*. [Papers presented at a seminar in Brussels, 15 and 16 May, 1995.] Dartmouth o.a.st.: Ashgate 2000, s. 133-144.
- Friberg, Odd 1959 *45-timers uke : Forandringene i arbeidervernloven etter lov av 28. november 1958*. Tillegg til Arbeidervernlover med kommentarer av Ferdinand Rømcke og Odd Friberg. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1959.
- Friberg, Odd 1963 *Arbeidervernlover : Lov om arbeidervern av 7. des. 1956 med endringer ved lov av 28. nov. 1958 og lov av 13. april 1962. Med kommentarer*. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1963.
- Friberg, Odd 1973 *Arbeidervernloven : Lov om arbeidervern av 7. des. 1956 med endringer Med kommentarer*. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1973.
- Friberg, Odd 1978 *Arbeidsmiljøloven. Med kommentarer*. Oslo: Tanum-Norli 1978.
- Friberg, Odd 1980 *Arbeidsmiljøloven. Med kommentarer*. 2. rev. utg. Oslo: Tanum-Norli 1980.
- Friberg, Odd 1993 *Arbeidsmiljøloven. Med kommentarer*. 5. rev. utg. Oslo: TANO 1993.
- Friberg, Odd 1998 [Kommentarer til kap. 10] i: Odd Friberg, Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljøloven. Med kommentarer*, 7. rev. utg. Oslo: Tano Aschehoug 1998, s. 263-363.

- Fougner, Jan 2003 [Kommentarer til kap. 1 – 7 og kap. 11 B] i: *Fougner, Holo, Friberg* 2003, s. 57-286 og 526-557.
- Fougner, Jan, Lars Holo, Odd Friberg 2003 *Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave*. 8. utg. Oslo: Universitetsforlaget 2003.
- Graver, Hans Petter 2002 *Alminnelig forvaltningsrett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget 2002.
- Hasselbalch, Ole 2004 "Forum for arbeidsrettlige afgørelser – domstolene eller det fagrettlige system?", *UfR* 2004 B, s. 367-372.
- Hasselbalch, Ole 2005a "EU-implementeringsoverenskomster og lønmodtageres personlige krav", *UfR* 2005 B, s. 106-112. [Også publisert på Forum för forskning om arbetsrätt, <http://arbetsratt.arbetslivsinstitutet.se/Publication/ArticlePresentation.aspx?ArtikelID=624>, 23. juni 2005.]
- Hasselbalch, Ole 2005b "Problematisert gjennomføra direktiv med danska kollektivavtal", *EU & arbetsrätt* 2005, nr. 2, s. 3.
- Holgensen, Gudrun 2005 "Noen hovedpunkter i EU-rettens regulering av vern mot diskriminering i arbeidslivet, med hovedvekt på trakassering", *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 1, s. 55-71 (2005).
- Holo, Lars 1998 [Kommentarer til kap. 12 A] i: O. Friberg, J. Fougner og L. Holo, *Arbeidsmiljøloven. Med kommentarer*, 7. rev. utg. Oslo: Tano Aschehoug 1998, s. 519-584.
- Holo, Lars 2003 [Kommentarer til kap. 10, § 56 A og kap. 12 A] i: *Fougner, Holo, Friberg* 2003, s. 356-475, 581-588, og 738-885.
- Hunt, Jo 1999 "Success at last? The amendment of the Acquired Rights Directive", (1999) 24 *European Law Review* 215-230.
- Larsen, Per Arne 2004 *Arbeidsmiljøloven : kommentarer – praksis – veiledning*. 3. rev. utg. Oslo: Gyldendal Akademisk 2004.
- Malmberg, Jonas (Ed.); Barry Fitzpatrick, Michael Gotthardt, Sylvaine Lalom, Antonio Lo Faro, Taco van Peijpe & Andrzej Swiatkowski 2003 *Effective Enforcement of EC Labour Law*. Uppsala: Iustus Förlag 2003.
- Nielsen, Ruth 2005 "EU's rammedirektiv 2000/78/EF og gjennomførelsen i Danmark : Særlig om vernet mod chikane – bevisbyrde, håndhævelse og sanktioner", *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 1, s. 72-92 (2005).

- Nergaard, Kristine; og Torgeir Aarvaag Stokke 2005 ”Organisasjoner og tariffavtaler”, i: Hege Torp (red.), *Nytt arbeidsliv : Medvirkning, inkludering og belønning*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag 2005, s. 111-132.
- Rømcke, Ferdinand; og Odd Friberg 1957 *Arbeidervernlover : Lov om arbeidervern av 7. des. 1956 med kommentarer*. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1957.
- Rømcke, Ferdinand; og Odd Friberg 1959 *Arbeidervernlover : Lov om arbeidervern av 7. des. 1956 med endringer ved lov av 28. nov. 1958. Med kommentarer*. Rev. utg. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1959.
- Rømcke, Ferdinand; og Odd Friberg 1961 *Arbeidervernlover : Lov om arbeidervern av 7. des. 1956 med endringer ved lov av 28. nov. 1958. Med kommentarer*. 4. rev. oppl. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1961.
- Stokke, Torgeir Aarvaag; Stein Evju, Hans Otto Frøland 2003 *Det kollektive arbeidslivet*. Oslo: Universitetsforlaget 2003.
- Wedderburn, Lord [W.] 1994 ”British Labour Law at the Court of Justice: A Fragment”, (1994) 10 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 339-359.

b) *Offentlige publikasjoner m.v.*

- AAD 2004 Arbeids- og administrasjonsdepartementet, Høringsbrev 3. juni 2004 (ref. 200301572-/KWK) *Implementering av direktiv om ansattes rett til medbestemmelse i SE-selskaper*.
- ASD 2005 Arbeids- og sosialdepartementet, Høringsbrev 10. oktober 2005 (ref. 200503600-/HAM) *Høring – utkast til forskrift om tvistenemnd etter ny arbeidsmiljølov og forskrift om arbeidsmiljølovens anvendelse for personer som ikke er arbeidstakere*.
- Innst. O. XVII (1956) *Innstilling fra kommunalkomiteén om lov om arbeidervern*.
- Innst. O. nr. 100 (2004-2005) *Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) [2005]*.

- Justisdepartementet 2004 Høringsbrev 13. mai 2004 (ref. 200406594 EP IHO/an), *Gjennomføring av rådsforordningen om europeiske selskaper.*
- Kommunaldepartementet 1991 Brev av 24 desember 1991 (ref. 91/7022 BoS/GG/-) *Tilpasning til EFs direktiver om overdragelse av virksomhet og masseoppsigelser.*
- Kommunal- og regionaldepartementet 2000 *Reglene om arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse m.v. : Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven kap. XII A som følge av nytt EF-direktiv (Dir. 98/50EF). Rapport fra Kommunal- og regionaldepartementet. [Oslo: u.å.] (Utsendt med departementets høringsbrev 5. juni 2000 (ref. 98/1521 M1 CJH -33).)*
- NOU 1992: 2 *Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle : Innstilling fra Arbeidsmiljølovutvalget.*
- NOU 2002: 12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering.*
- NOU 2003: 2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet (delutredning fra Arbeidslivslovutvalget).*
- NOU 2004: 5 *Arbeidslivslovutvalget : Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*
- NOU 2004: 29 *Kan flere jobbe mer? – deltid og undersysselsetting i norsk arbeidsliv.*
- NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet : Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.*
- Ot.prp. nr. 8 (1956) *Om lov om arbeidervern.*
- Ot.prp. nr. 41 (1975-76) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø [1976].*
- Ot.prp. nr. 67 (1984-85) *Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. [1985].*
- Ot.prp. nr. 71 (1991-92) *Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale [1992].*
- Ot.prp. nr. 50 (1993-94) *Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. [1994].*
- Ot.prp. nr. 55 (1995-96) *Om lov om allmenngjøring av bestemmelser i tariffavtale om europeiske samarbeidsutvalg m.v. [1996].*

- Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)* [2001].
- Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) *Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)* [2001].
- Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.* [2003].
- Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) *Om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001) (SE-loven)* [2004].
- Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)* [2004].
- Ot.prp. nr. 34 (2004-2005) *Om lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)* [2004].
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)* [2005].

