

Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger

Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer*

Av Stein Evju⁺

Innholdsoversikt:

1	Introduksjon.....	2
1.1	Temaer og opplegg	2
1.2	Litt om referanseteknikken	4
2	Rettsvirkninger ved overføring: Alminnelige utgangspunkter.....	5
2.1	Innledning.....	5
2.2	Hvilke arbeidsforhold – reservasjons- og valgrett	8
2.3	Hvilke rettigheter og plikter - alment.....	15
2.3.1	Individuelle vilkår	15
2.3.2	Pensjonsunntaket	15
2.3.3	Nærmere om rettighetene/forpliktelsene	16
2.3.4	”Ikke overførbare” rettigheter?.....	18
3	Skranker for – og adgang til – endring.....	22
3.1	Alminnelige utgangspunkter	22
3.2	Forholdet til tariffavtaler; aml. § 73 B nr. 2.....	24
3.2.1	Innledende bemerkninger	24
3.2.2	Krav om gjensidig tariffbundethet.....	24
3.2.3	Vilkår for bundethet? 1977-loven og forarbeidene.....	25
3.3	Tariffbaserte rettigheter etter ny aml. § 16-2	31
3.3.1	Introduksjon	31
3.3.2	Arbeidslivslovutvalget og Kommisjonen	32
3.3.3	Direktivbestemmelsens bakgrunn.....	35
3.3.4	Nasjonale rettsordninger og implementeringer.....	40
3.3.5	En sammenfatning om direktivforståelsen	41
3.3.6	Det nye aml. § 16-2 annet ledd – og problemstillinger videre.....	44
4	Anvendelse – og avgrensninger? – for offentlig virksomhet	50
4.1	Virksomhetens art.....	50
4.2	Arbeidstagerbegrepet – hvem vernes?	54
5	Delahaye – saken og spørsmålene	61
5.1	Sakens faktiske omstendigheter. Spørsmålet til EF-domstolen.....	61
5.2	Generaladvokatens innstilling.....	63
5.3	Dommen	66
6	Diskusjon og perspektiver.....	67
6.1	Innledende bemerkninger.....	67
6.2	Direktivets art. 4 nr. 2 og gjennomføringen i norsk rett.....	68
6.3	Direktivets formål og rekkevidde	74
6.4	Rettigheter, reservasjonsrett og sanksjoner.....	79
	Referanser	84
a)	Litteratur m.v.	84
b)	EF-dokumenter og offentlige publikasjoner m.v.	88
c)	Rettspraksis.....	89
1.	Avgjørelser av EF-domstolen	89
2.	Avgjørelser av EFTA-domstolen	91
3.	Norske dommer	91

* 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.

⁺ Fremstillingen har for en del utgangspunkt i grunnlagsmateriale til et foredrag jeg holdt sammen med seniorrådgiver, nu advokat, Mona Næss, i Norsk Arbeidsrettslig Forening, Møteserien, 5. oktober 2004, om ”Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger – kan erverver gjøre gjeldende andre individuelle vilkår enn overdrager?”. Jeg skylder henne stor takk for god hjelp og nyttige synspunkter, såvel før som etter foredraget og til et tidligere manuskriptutkast. En takk også til skriftseriens anonyme konsulent for konstruktive kommentarer til et siste utkast. Det må da føyes til at det sedvanlige forbehold gjelder fullt ut: Ansvar for de synspunkter som føres i marken, og for feil og mangler, er forfatterens.

1 Introduksjon

1.1 Temaer og opplegg

I diskusjonene om ”overføring av virksomhet” har oppmerksomheten i hovedsak rettet seg mot *rettsfaktumsiden* – spørsmålene om *når* foreligger det en overføring av virksomhet i den forstand som omfattes av arbeidsmiljølovens¹ kap. XII A eller det bakenforliggende EF-direktivet.²

Rettsvirkningssiden har derimot ikke tiltrukket seg like meget oppmerksomhet. Det som særlig har vært diskutert, ihvertfall hos oss, er dels problemstillinger knyttet til reservasjons- og valgrett, dels – og ikke minst – ”pensjonsunntaket” i aml. § 73 B nr. 3/direktivets art. 3 nr. 4. Med dette som modifikasjoner er da også *utgangspunktet* ellers enkelt: De berørte arbeidsforholdene går over til erververen, og rettigheter og plikter i arbeidsforholdene skal være de samme som før overføringen (eller, mer presist: de samme etter overføringen som de var på overføringstidspunktet).

¹ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (aml.). Fremstillingen tar utgangspunkt i denne, og henvisninger til aml./arbeidsmiljøloven gjelder 1977-loven. Den nye arbeidsmiljøloven fra 2005 – lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) – skal ifølge resolusjon 17. juni 2005 nr. 609 tre i kraft 1. januar 2006 (med visse unntak og presiseringer som ikke angår emnet her). I det følgende vises det til denne som ”ny aml.” eller ”ny arbeidsmiljølov”. Ikrafttredelsen av den nye arbeidsmiljøloven vil imidlertid bli utsatt, helt eller delvis, ifølge uttalelser fra (da påtroppende) statsminister Stoltenberg (NTB-melding 29. september 2005).

² Opprinnelig 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, revidert ved Rådskdirektiv 98/50/EF av 29. juni 1998; begge er nu konsolidert og avløst av Rådskdirektiv 2001/23/EF av 21. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter. Henvisninger i det følgende gjelder 2001-direktivet om ikke annet er sagt eller fremgår av sammenhengen (f.eks. der det er tale om rettsavgjørelser, vil det normalt følge av tidspunktet for saksanlegg hvilken direktivversjon det er tale om). I den grad det er relevante forskjeller mellom versjonene, vil det bli angitt.

Det er likevel et spørsmål om dette gjelder uten ytterligere begrensninger – eller om kan det tenkes tilfeller der erververen *ikke* er forpliktet til å opprettholde de samme lønns- og arbeidsvilkår som arbeidstagerne hadde hos overdrageren. I så fall kan det også spørres hva slags rettsvirkninger dét kan medføre. Slike spørsmål stod sentralt i saken *Delahaye*, der EF-domstolen avsa dom (prejudisiell uttalelse) i november 2004.³ Saken gjelder et tilfelle av overføring av virksomhet fra et privat rettssubjekt til staten. Den illustrerer også forholdet mellom ”privat” og ”offentlig” rett i forhold til direktivets regler.

Rettsvirkningsproblemstillinger gjør seg imidlertid gjeldende i flere relasjoner. Med den nye arbeidsmiljøloven peker det seg ut noen særlige spørsmål – bortsett fra de nye bestemmelser om pensjonsspørsmålet. Ett er forholdet mellom retten til å beholde individuelle avtalevilkår og virkningene av en bestående tariffavtale hos erververen. Et annet og mer spesielt spørsmål knytter seg til de nye regler om reservasjons- og valgrett.

I denne artikkelen tar jeg opp slike spørsmål, dels for seg, dels i sammenheng med de rettsvirkningsspørsmålene som spesielt var tema i *Delahaye*. Selv om den saken isolert sett gjelder noen særegne problemstillinger i skjæringsfeltet mellom ”offentlig” og ”privat”, har den krav på interesse og er av betydning også for mer generelle spørsmål om forståelsen av virksomhetsoverdragsdirektivet og dets rekkevidde. Hovedvekten i det følgende ligger på drøftelsen av rettsvirkningsspørsmål, særlig slike som gjelder forholdet mellom retten til å beholde individuelle avtalevilkår og en bestående tariffavtale hos erververen (avsnitt 3), og de spørsmål som ble aktualisert i *Delhaye* (som det redegjøres nærmere for i avsnitt 5) om hvilke rettigheter som kan kreves etter overføring, og forholdet til direktivets art. 4 nr. 2 (avsnitt 6). Først vil jeg imidlertid rekapitulere de alminnelige utgangspunktene om rettsvirkninger av at det foreligger ”overføring av virksomhet” (avsnitt 2). Siktemålet er da først og fremst å gi en oversikt

³ Sak C-425/02 *Johanna Maria Delahaye, gift Boor, mot Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative* [Luxembourg], dom 14. november 2004, [2004] EFD I-0000, med innstilling fra generaladvokat *Philippe Léger* 17. juni 2004.

og en bakgrunn for de spørsmålene som så tas opp til særskilt drøftelse.

Som utgangspunkt forutsetter jeg da *at* det foreligger en overføring av virksomhet i direktivets og arbeidsmiljølovens forstand (jfr. aml. kap. XII A, og ny aml. § 16-1). Jeg går således ikke videre inn på hva som er en "(del av en) virksomhet", eller på når det foreligger en "overføring" av virksomhet. Jeg går heller ikke inn på hvem som er "arbeidstaker", eller hvilke arbeidsforhold som hører til den (del av) virksomheten som overføres, men forutsetter at det er tale om relevante arbeidsforhold som berøres og går over eller kan gå over. Noen slike spørsmål tar jeg likevel opp (i avsnitt 4), nettopp i skjæringsfeltet mellom "offentlig" og "privat" og i sammenheng med problemstillinger i *Delahaye*-saken.

Som nevnt (i note 1) tar fremstillingen utgangspunkt i 1977-lovens regler. Bestemmelsene i den nye arbeidsmiljøloven (dens kap. 16) vil imidlertid bli trukket inn der de skiller seg fra den gamle lovens regler eller ellers har betydning for de spørsmålene som diskuteres. På flere punkter i det følgende er det nettopp den nye lovens bestemmelser som står sentralt.

1.2 Litt om referanseteknikken

I fremstillingen vises det hyppig til avgjørelser av EF-domstolen. Ved første gangs henvisning er den enkelte dom gitt en "kortbetegnelse" (som er gjengs for de fleste avgjørelsens vedkommende), og en fullstendig referanse er gitt i en fotnote. Derefter vises det til vedkommende dom bare med kortbetegnelse. For å gjøre det å finne den fullstendige referansen enklere, er samtlige avgjørelser som det er vist til, listet alfabetisk etter kortbetegnelse i referanseoversikten (del c) bakerst i artikkelen. I henvisninger til EF-domstolens rettspraksis benytter jeg dels de engelske, dels de danske versjoner av dommene. I de fleste tilfeller har jeg valgt versjon ut fra hvilken sproglig utformning jeg finner mest presis og poengtert. Tilsvarende gjelder avgjørelser fra EFTA-domstolen.

Referanser til EF-domstolens domssamling – som det i dansk og ofte i norsk sammenheng vises til med "Saml. (år) (side)" – gis her i formen [årstall] EFD (side). Tilsvarende form brukes for referanser til EFTA-domstolens domssamling. For avgjørelser som ennå ikke foreligger trykket i domssamlingen, er referansen gitt med sidetall I-0000, i tråd med det som etterhvert er blitt en alminnelig praksis.

Henvisninger til litteratur er gjennomgående gitt med angivelse av forfatternavn og årstall, samt sidehenvisninger; de fullstendige litteraturreferansene finnes i referanseoversikten (del a) bakerst.

Den samme henvisningsformen er brukt for endel offentlige dokumenter ut over proposisjoner og innstillinger. Fullstendige henvisninger finnes da likeledes i referanseoversikten (del b).

For EF-dokumenter har jeg søkt å unngå for mange og lange referanser. En ”samlenote” om hvor dokumenter som det er henvist til, lettest kan finnes, er tatt inn i referanseoversikten (del b innledningsvis).

2 Rettsvirkninger ved overføring: Alminnelige utgangspunkter

2.1 Innledning

Det alminnelige utgangspunktet og hovedregelen – etter såvel direktivet som kap. XII A – er at det ved en ”overføring av virksomhet” skjer et *automatisk, tvungent og fullstendig debitorskifte*.⁴

Det er *automatisk*, ved at de arbeidsforholdene som berøres, går over til erververen *i kraft av overføringen*, på overføringstidspunktet.

Og det er *tvungent*, såvel for overdrager som for erverver. Overgangen til erververen er ikke betinget av at overdrageren tilsikter at arbeidsforholdene skal gå over, og overdrageren kan heller ikke ensidig hindre dette ved å fastholde arbeidsforholdene hos seg selv. Overføringen til *erververen* er heller ikke betinget av at erververen samtykker i å overta forpliktelser (eller rettigheter), og han kan heller ikke hindre at forpliktelser går over på ham ved å motsette seg å ta imot arbeidstagerne eller å unnlate å oppfylle de forpliktelser det er tale om.

Jfr. f.eks. EF-domstolen i Rotsart,⁵ avsnitt 18 og 20:

“18. ... in the event of the transfer of an undertaking the contract of employment or employment relationship between the staff employed by the undertaking transferred may not be maintained with the transferor and is automatically continued with the transferee ... The Court concluded that the contracts of employment and employment relationships existing on

⁴ Jfr. direktivets art. 3 nr. 1, aml. § 73 B nr. 1, begges første ledd. Jfr. også referansene nedenfor til rettspraksis.

⁵ Sak C-305/94 *Claude Rotsart de Hertaing v J. Benoidt SA, in liquidation, and I.G.C. Housing Service SA*, [1996] EFD I-5927.

the date of the transfer of an undertaking between the transferor and the workers employed in the undertaking transferred are automatically transferred to the transferee by the mere fact of the transfer (D' Urso, paragraph 20)

19. ...

20. In view of the doubts expressed by the national court, it should be added that, by reason of the mandatory nature of the protection afforded by the Directive, and in order not to deprive workers of that protection in practice, the transfer of the contracts of employment may not be made subject to the intention of the transferor or the transferee, and more particularly that the transferee may not obstruct the transfer by refusing to fulfil his obligations” (uthevet her).

Jfr. også *Abler*⁶ avsnitt 37: ”... det, der er det væsentlige formål med direktiv 77/187, nemlig at *erhververen, selv mod sin vilje, er forpligtet til at fortsætte de arbejdsaftaler, som overdrageren har indgået med sine ansatte*” (uthevet her). Jfr. nu også *Celtec*⁷ (2005), særlig avsnitt 37 flg.

Likeledes er overgangen tvungen for de berørte *arbeidstagerne*, i den forstand at deres rettigheter og forpliktelser overføres fra overdrageren til erververen uavhengig av og uten krav om noe samtykke (til ”debitorskifte”).

Jfr. her f.eks. *Berg and Busschers*,⁸ avsnitt 11 og 13:

“11. An analysis of Article 3 (1) and, more particularly, the relationship between the first and second subparagraphs of this paragraph show that the transfer of an undertaking entails the *automatic* transfer from the transferor to the transferee of the employer's obligations arising from a contract of employment or an employment relationship, subject however to the right of Member States to provide for joint liability of the transferor and transferee following the transfer. *It follows that, unless the Member States avail themselves of this possibility, the transferor is released from his obligations as an employer solely by reason of the transfer and that this legal consequence is not conditional on the consent of the employees concerned.*

12. ...

⁶ Sak C-340/01 *Carlito Abler a.o. v Sodexho MM Catering GmbH*, dom 20. november 2003, [2003] EFD I-0000.

⁷ Sak C-478/03 *Celtec Ltd v John Astley a.O.*, dom 26. mai 2005, [2005] EFD I-0000.

⁸ Forenede saker 144/87 og 145/87 *Harry Berg and Johannes T.M. Busschers v Ivo Martin Besselsen*, [1988] EFD 2559.

13. ... the argument based on a principle of the law of obligations which, it is claimed, is generally recognized in the legal systems of the Member States, namely *that a debt may be transferred only with the creditor's consent, cannot be accepted*. Without there being any need to assess the effect of that principle, it is sufficient to observe that the rules applicable in the event of a transfer of an undertaking or a business to another employer are intended to safeguard, in the interests of the employees, the existing employment relationships which are part of the economic entity transferred. That is why the directive provides for the *automatic transfer* of obligations arising from employment contracts to the transferee, thereby overriding the principle relied on by the plaintiff in the main proceedings. ...” (uthevet her).

Dernest er debitorskiftet som utgangspunkt *fullstendig*. Dels i den forstand at *i kraft av overføringen frigjøres overdrageren*, også for opptjente og forfalte forpliktelser, og arbeidstagerne er henvist til å holde seg til erververen. Her åpner imidlertid direktivet for at det kan fastsettes et solidaransvar, jfr. art. 3 nr. 1 annet ledd. Men selv om det er gjort, innebærer ikke det noen endring av utgangspunktet om at *arbeidsforholdet* automatisk går over ved overføringen.

Jfr. bl.a. *Rotsart*, avsnitt 19, og det som er sitert ovenfor fra *Berg and Busschers* avsnitt 11 og 13. I den sistnevnte avgjørelsen heter det videre, avslutningsvis i avsnitt 13: “Moreover, by giving the Member States the power to provide for joint liability of the transferor and the transferee following the transfer, the second subparagraph of Article 3 (1) of Directive 77/187 enables them to reconcile the rule of automatic transfer with the principles of their domestic legal systems.”

Som kjent er en solidaransvarsløsning fastsatt i arbeidsmiljøloven, jfr. dens § 73 B nr. 1 annet ledd. Forholdet mellom (formuleringene av) lovbestemmelsen og direktivets regel går jeg ikke inn på her.⁹ Løsningen videreføres uendret i ny arbeidsmiljølov, jfr. dens § 16-2 første ledd annet punktum.

Dels er debitorskiftet fullstendig i den forstand at de ”rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overføringen finner sted” (formuleringen i

⁹ Se bl.a. Holo 2003, s. 848 f.

aml. § 73 B nr. 1 første ledd¹⁰), går over i sin helhet: De individualrettslige rettigheter og plikter i de berørte arbeidsforhold skal bestå som de er, uten endringer i innhold eller omfang.

Men disse utgangspunktene gjelder – som kjent – ikke uten unntak og begrensninger.

2.2 Hvilke arbeidsforhold – reservasjons- og valgrett

For de arbeidstagere som berøres, er debitorskiftet imidlertid *ikke* tvungent – i den forstand at de kan velge å ikke fortsette sitt arbeidsforhold hos erververen. Direktivet er ikke til hinder for dette. Det kom forsåvidt til uttrykk allerede i *Danmols*¹¹ (en av dommene i den første gruppen av EFD-avgjørelser om virksomhetsoverdragelsesdirektivet, fra 1985). Arbeidstageren plikter ikke å gå over hvis arbeidsforholdet (kan bringes og) er bragt til opphør, frivillig av ham/henne, med virkning innen overføringstidspunktet. Det grunnleggende poenget så langt er at arbeidstageren skal ha en *rett* til å følge med.¹²

I *Danmols* uttalte EF-domstolen, i dommens avsnitt 16 og 17:

”16. Den af direktivet tilsigtede beskyttelse er dog formålsløs, når den pågældende efter en beslutning, som han har truffet efter eget frit valg, ikke fortsætter arbejdsforholdet hos den nye indehaver efter overførselen. Dette er tilfældet, når den arbejdstager, der er tale om, af egen fri vilje opsiger arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet med virkning fra tidspunktet for overførselen, eller når kontrakten eller arbejdsforholdet bringes til ophør med virkning fra tidspunktet for overførselen i medfør af en aftale, som arbejdstageren frivilligt har indgået med overdrageren eller erhververen af virksomheden. I en sådan situation må det derfor antages, at direktivets artikel 3, stk. 1, ikke finder anvendelse” (uthevet her).

Dette er det senere holdt fast ved, og det er vist tilbake til denne uttalelsen i en lang rekke avgjørelser, bl.a. *Katsikas* (jfr. nedenfor) og *Delahaye*.

¹⁰ Formuleringen er den samme i ny aml. § 16-2 første punktum, bare med den rent terminologiske endring at “overføringen” er endret til “overdragelsen”.

¹¹ Sak 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar, in liquidation*, [1985] EFD 2639.

¹² Jfr. også sitatet fra *Berg and Busschers* i petitavsnittet nedenfor, og videre i rettspraksis om “reservasjons- og valgrett”.

Det avgjørende er forsåvidt i utgangspunktet hvorvidt arbeidsforholdene ”består” på overføringstidspunktet – ”[are] existing on the date of the transfer”; jfr. f.eks. *Celtec* (sitatet er fra avsnitt 38), og dessuten EFTA-domstolens dom 10. desember 2004 i *Rasmussen*¹³ (avsnitt 50-56) – som ikke bringer noe nytt forsåvidt.

Det som hos oss diskuteres med termene ”reservasjonsrett” og ”valgrett”, er et *nexte* skritt. Problemstillingen er da om arbeidstageren har en rett til ikke å bli overført også *selv om* hun ikke selv har bragt arbeidsforholdet til opphør som angitt ovenfor.¹⁴ I senere saker har EFD gitt uttrykk for at

- *direktivet* ikke kan forstås slik at det innebærer noen plikt for arbeidstageren til å fortsette hos erverver, og at det (direktivet) ikke er til hinder for at hun nekter (reserverer seg mot) at arbeidsforholdet overføres; og
- at det i slike tilfeller er opp til nasjonal rett å regulere hvordan det skal stille seg med arbeidsforholdet i relasjon til overdrageren.

¹³ Sak E-2/04 *Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Käldman, og Total E&P Norge AS, v styrets formann*, [2004] EFTA Court Report 57.

¹⁴ Når *Holo* (2003, s. 823) sier at “[r]eservasjonsretten er fastslått av EF-domstolen i flere avgjørelser. ...: Første gang i 1985 i *Danmols* i premiss 16-17 ...”, er det således etter mitt skjønn å blande ulike problemstillinger og trekke større veksler på rettspraksis enn det er grunnlag for. Det vil selvsagt være mulig å bruke begrepet ”reservasjonsrett” videre enn det jeg gjør her, slik at det omfatter begge typer av problemstillinger. Men *Holo* synes *ikke* å ville gi begrepet en så stor rekkevidde; han sier således at begrepet ”reservasjonsrett” ”må forbeholdes retten til å nekte å gå inn i et ansettelsesforhold med erververen overhodet”, men så umiddelbart derefter at ”[m]uligheten til å komme ut av det ved *oppsigelse*, eventuelt ved så tidlig oppsigelse før overføringen at det unngås helt, er prinsipielt og praktisk noe annet og må holdes utenom begrepet” (*ibid.* s. 822). Forskjellen mellom retten til å si opp eget arbeidsforhold og ”reservasjonsretten” i snevrere forstand poengteres forøvrig av *Waas* (1996) i hans – kritiske – bemerkninger til *Merckx* (se note 17 nedenfor for referanse til dommen).

Den første, sentrale avgjørelsen er som vel kjent *Katsikas*,¹⁵ fra 1992:

- “31. Whilst the directive, which effects only partial harmonization in the area in question (see the judgment in *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall*, cited above, paragraph 16), allows the employee to remain in the employ of his new employer on the same conditions as were agreed with the transferor, *it cannot be interpreted as obliging the employee to continue his employment relationship with the transferee.*
32. Such an obligation would jeopardize the fundamental rights of the employee, who must be free to choose his employer and cannot be obliged to work for an employer whom he has not freely chosen.
33. It follows that Article 3(1) of the directive does not preclude an employee from deciding to object to the transfer of his contract of employment or employment relationship and hence deciding not to take advantage of the protection afforded him by the directive.
34. However, as the Court has held (judgment in *Berg v Besselsen*, cited above, paragraph 12), the purpose of the directive is not to ensure that the contract of employment or employment relationship with the transferor is continued where the undertaking's employees do not wish to remain in the transferee's employ.
35. It follows that, in the event of the employee deciding of his own accord not to continue with the contract of employment or employment relationship with the transferee, the directive does not require the Member States to provide that the contract or relationship is to be maintained with the transferor. In such a case, it is for the Member States to determine what the fate of the contract of employment or employment relationship should be.”
36. The Member States may, in particular, provide that in such a case the contract of employment or employment relationship must be regarded as terminated either by the employee or by the employer. They may also provide that the contract or relationship should be maintained with the transferor” (uthevet her).¹⁶

¹⁵ Forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 *Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, [1992] EFD I-6577.

¹⁶ I den danske oversettelsen av dommen er det en åpenbar trykkfeil avslutningsvis i avsnitt 36, idet det står ”erhververen” der det i den franske og engelske versjon står ”overdrageren” (på engelsk: ”the transferor”). Feilen er gjennomgående bemerket i litteraturen om dommen.

Dette er videre fulgt i *Merckx*¹⁷ (1996), avsnitt 34-35, i *Europièces*¹⁸ (el. *Sanders*) (1998), avsnitt 37-39, og i *Temco*¹⁹ (2002), avsnitt 35-37 – hvor utgangspunktet om tvungent og automatisk debitorskifte påpekes i pkt. 35, og hvor løsningen med en ”reservasjonsrett” for arbeidstagers del fremtrer nettopp som et unntak fra det som ellers er utgangspunktet.

På det siste punktet – hvordan skal det stille seg med arbeidsforholdet og relasjonen til overdrager – har domstolen imidlertid pekt på en reservasjon, knyttet til direktivets art. 4 nr. 2 (i *Merckx*, avsnitt 37-39, og dernest i *Europièces*, avsnitt 40-44). Nettopp dette er et tema jeg kommer tilbake til (avslutningsvis, i avsnitt 6.4). Som vi skal se, endrer denne reservasjonen imidlertid ikke det forhold at spørsmålet om ”valgrett” er et som er overlatt til løsning etter nasjonal rett. Med ”valgrett” siktes det da til hvorvidt arbeidstageren har en rett til å fastholde arbeidsforholdet med overdrageren – enkelt sagt, til fortsatt å være ansatt hos denne etter overføringen – hvis han avslår å gå over til erververen.²⁰

I sammenheng med dette er det imidlertid grunn til å peke på at den nye arbeidsmiljøloven i noen grad endrer den hjemlige rettsstillingen på dette felt. Lovens § 16-3 fastsetter uttrykkelig at en arbeidstager ”kan motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver” (første ledd første punktum). Det lovfestes således en ”reservasjonsrett”. Samtidig avskjæres ”valgretten” til å fastholde arbeidsforholdet med overdrageren. Hvis arbeidstageren motsetter seg overføring, har det reelt sett virkning som en ”egen oppsigelse”; arbeidsforholdet med den tidligere arbeidsgiver skal da ”opphøre ved tidspunktet for overdragelsen”, likevel med den reservasjon at arbeidstageren gis rett til å fortsette oppsigelsestiden ut hos overdrageren hvis

¹⁷ Forenede saker C-171/94 og C-172/94 *Albert Merckx and Patrick Neuhuys v Ford Motors Company Belgium SA*, [1996] EFD I-1253.

¹⁸ Sak C-399/96 *Europièces SA v Wilfried Sanders and Automotive Industries Holding Company SA*, [1998] EFD I-6965.

¹⁹ Sak C-51/00 *Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen a.o.*, [2002] EFD I-969.

²⁰ Det er i en slik forstand termen er brukt i norsk doktrin og rettspraksis, jfr. f.eks. *Holo* 2003. s. 826 og 827 ff med henvisninger; jfr. også de lovforarbeidene det vises til i note 21 nedenfor her.

tidspunktet for overdragelse kommer før utløpet av oppsigelsestiden (første ledd annet punktum).

Som vi skal se, kan dette være et litt for enkelt grep (jfr. i avsnitt 6.4 nedenfor).

Lovbestemmelsen og forarbeidene er også i en annen henseende noe enkle.

Efter § 16-3 annet ledd kreves det at en arbeidstager som vil motsette seg overføring, gir *skriftlig* underretning om dette til ”tidligere arbeidsgiver”. Uttrykket ”tidligere” virker umiddelbart noe kunstig; meningen er at underretningen skal gis til den som *er* arbeidsgiver inntil overføringstidspunktet, ”det vil si overdragende arbeidsgiver” (jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340 og 267, og NOU 2004: 5 s. 567 jfr. s. 389). Underretningen må gis innen en *frist* som fastsettes av den overdragende arbeidsgiver. Denne fristen må være minst 14 dager, og utgangspunktet for beregningen av 14-dagersperioden er knyttet til plikten etter § 16-6 til informasjon til de enkelte arbeidstagerne; jfr. § 16-3 annet ledd annet punktum.

Med dette som utgangspunkt kan det pekes på en rekke potensielle problemstillinger.

Det følger uttrykkelig av lovteksten at beregningen av minstefristen på 14 dager er knyttet til plikten til *informasjon* til den enkelte. Det er altså *ikke* tale om et krav om at det er gjennomført *drøftelser* (med ”tillitsvalgte”) etter § 16-5 – tross enkelte uttalelser i forarbeidene om ’kobling’ av ”utøvelse av reservasjonsrett med arbeidsgivernes plikt til informasjon og drøftelser”.²¹ Men plikten til informasjon til den enkelte får selvstendig betydning ved siden av og i *tillegg* til informasjons- og drøftelsesplikten etter § 16-5. I forarbeidene er det forutsatt at dersom informasjonsplikten ”misligholdes”, ”må det få konsekvenser for arbeidstakernes frist til å utøve reservasjonsrett” (NOU 2004: 5, s. 389). Ihvertfall som utgangspunkt må det her legges til grunn at noen frist ikke kan begynne å løpe før overdragers informasjonsplikt etter § 16-6 er oppfylt i samsvar med lovens krav. Hvorvidt det i et slikt tilfelle likevel skal gjelde en ytre tidsgrense for hvor lenge etter overføringstidspunktet reservasjonsrett skal kunne

²¹ Jfr. NOU 2004: 5, s. 389, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 267.

gjøres gjeldende, er til det ytterste uklart. Spørsmålet er ikke berørt i lovforarbeidene. Det kan imidlertid lett bli praktisk. Med den betydning informasjonsplikten gis i forhold til frist for utøvelse av reservasjonsrett, vil tvister om fristspørsmålet knyttet til spørsmål om hvorvidt informasjonsplikten etter § 16-6 er fullt ut etterlevet, fort bli aktuelle.

Efter § 16-3 annet ledd er utgangspunktet for beregningen av minstefristen på 14 dager knyttet til *at* det er gitt informasjon i samsvar med § 16-6. Det sies ikke direkte noe om når overdragende arbeidsgiver må meddele hvilken frist han fastsetter – og således når den vil utløpe. Det følger imidlertid av henvisningen i § 16-6 annet punktum til § 16-5 annet ledd litra f at fristfastsettelsen er en del av den informasjon som skal gis. Det vil hindre at arbeidsgiveren kommer tilbake etter at informasjon ellers er gitt, med en – kortere – fristfastsettelse.

Tanken har ellers vært at med kravet i § 16-6 om at informasjon skal gis ”så tidlig som mulig”, skal det kunne være mulig å gi informasjon og sette en frist slik at dersom reservasjonsrett utøves, vil tiden frem til overdragelsestidspunktet – som da også er opphørstidspunktet for arbeidsforholdet – være *lengre* enn oppsigelsesfristen. I forarbeidene har man imidlertid hatt øynene åpne for at det kan forekomme situasjoner der perioden fra informasjon til overdragelsestidspunkt blir kortere enn oppsigelsesfristen. Alternativet ”tidligst på det tidspunkt arbeidstakers oppsigelsestid ville utløpt” i § 16-3 første ledd annet punktum tar sikte på slike tilfeller. Det er den oppsigelsesfrist som ville gjelde, etter lov eller avtale, ved oppsigelse fra arbeidsgivers side, som her er den relevante ”oppsigelsestid”. (Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 266-267 og 339, og NOU 2004: 5, s. 388 og 567.)

Det er videre forutsatt at dersom overdragelsestidspunktet faller *før* utløpet av oppsigelsestiden, *består* arbeidsforholdet *med overdrageren*. Forutsetningen er klart nok at arbeidstageren da *ikke* har noen plikt til å gå midlertidig over til eller arbeide for erververen. Det er uttrykkelig forutsatt at overdrageren skal ha lønnsplikt ut oppsigelsestiden (”reservasjonstiden”), uansett om arbeidstageren kan sysselsettes hos ham eller ikke. Hvorvidt arbeidstageren vil ha arbeidsplikt i det aktuelle tidsrom, har man derimot holdt mer åpent;

det vil bero på ”arbeidsavtalen og de muligheter for å utføre arbeid som foreligger hos overdrager”.²²

Det er imidlertid også tenkelig at overdragelsestidspunktet kan falle *før* utløpet av fristen for å utøve *reservasjonsrett*. Det kan være tilfelle dersom en overføring skjer meget raskt, men også dersom informasjonsplikten ikke er oppfylt før sent i prosessen – eventuelt ikke blir det før etter overdragelsestidspunktet. Forarbeidene går ikke inn på slike situasjoner. Det alminnelige utgangspunktet må imidlertid være at arbeidsforholdet går over på overdragelsestidspunktet, i samsvar med den generelle regel etter § 16-2 første ledd og dens bakenforliggende rettsgrunnlag (jfr. forsåvidt i avsnitt 2.2 ovenfor). Det vil ha den praktiske betydning at arbeidstageren – enn så lenge – må anses forpliktet til å stille arbeidskraften til rådighet for og utføre arbeid for erververen. Men ettersom arbeidstageren har en *latent reservasjonsrett*, må denne overgangen av arbeidsforholdet anses som en *suspensivt betinget overgang*. Hvis arbeidstageren gjør reservasjonsrett gjeldende, må rettsvirkningen være at hun fra det tidspunkt ”reverserer” overgangen og er å anse som ansatt hos overdrageren, med slik virkning som nevnt ovenfor, ut oppsigelsestiden.

I forarbeidene er det ellers understreket at utøvelse av reservasjonsrett *ikke* skal ”utløse de rettvirkninger som en oppsigelse gjør” (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 267, jfr. s. 340). Det er neppe tvilsomt at det er oppsigelse fra arbeidsgivers side det da siktes til; det vises bl.a. til ”lovens oppsigelsesvern” og rett til å stå i stilling. Reelt sett er det forsåvidt tale om en ”egen oppsigelse” fra arbeidstagers side; jfr. også s. 11 ovenfor.

Hvorvidt opphør som følge av utøvet reservasjonsrett skal bedømmes som at arbeidstageren har ”sluttet uten rimelig grunn” etter folketrygdloven av 28. februar 1997 nr. 19 § 4-10 første ledd litra b, med konsekvenser for retten til dagpenger ved arbeidsløshet, står åpent. Spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene til ny arbeidsmiljølov.

Andre spørsmål om reservasjons- og valgrett går jeg ikke nærmere inn på her. Dels kan det diskuteres om EF-direktivet – eller ”grunnleggende rettigheter” på annet grunnlag (slik EF-domstolen *kan* leses i *Katsikas*; jfr. dommens avsnitt

²² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 267, jfr. s. 266-267 og 339-340, og NOU 2004: 5, s. 388 og 567.

32) – er til hinder for at nasjonal rett opererer med en plikt for arbeidstageren til å følge med over til erververen. Dels reiser det seg etter dagens regler mange og ulike spørsmål knyttet både til utøvelsen av ”reservasjonsretten” og til ”valgretten”. Se om slike spørsmål bl.a. *Holo* 2003, s. 822-839, og *Evju* 2001a; jfr. også f.eks. *Davies* 1996, s. 252. I stor utstrekning uttømmes disse problemstillingene av de reglene i ny arbeidsmiljølov som er diskutert ovenfor.

2.3 Hvilke rettigheter og plikter - alment

2.3.1 Individuelle vilkår

Det alminnelige utgangspunktet er at *alle* individuelle vilkår (individualrettslige rettigheter og plikter) i arbeidsforholdet går over ved overføringen (av virksomheten og arbeidstagerne); jfr. for såvidt direktivets art. 3 nr. 1 første ledd og tilsvarende i aml. § 73 B nr. 1 første ledd:

“rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer”;
 ”rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overføringen finner sted”.

2.3.2 Pensjonsunntaket

Fra dette gjelder det som kjent et unntak etter direktivets art. 3 nr. 4 (tidligere nr. 3), for det som – forenklet – gjerne omtales som ”pensjonsunntaket”.

I den engelske versjon av direktivet heter det i art. 3 nr. 4 at unntaket omfatter “employees' rights to old-age, invalidity or survivors' benefits under supplementary company or intercompany pension schemes outside the statutory social security schemes in Member States”, hvilket er oversatt til norsk med “arbeidstakeres rett til ytelser ved alder og uførhet eller på etterlattes rett til ytelser innenfor rammen av supplerende yrkesbaserte eller fleryrkesbaserte pensjonsordninger utenfor de lovfestede trygdeordningene i medlemsstatene”.

I aml. § 73 B nr. 3 er unntaket – langt knappere – formulert slik: ”arbeidstakerens rett til ytelser i forbindelse med alderdom og invaliditet eller ytelser til etterlatte i henhold til pensjonsordninger”.

Jeg går ikke nærmere inn på dette, som jo er et omfattende og komplisert tema,²³ men nøyer meg med å peke på at i *Beckmann*²⁴ har EF-domstolen poengtert at art. 3 nr. 4 er en unntaksbestemmelse og derfor må tolkes restriktivt. Dessuten er det selvsagt grunn til å peke på at med den nye arbeidsmiljøloven oppheves dette unntaket i norsk rett, og utgangspunktet ”snus”, slik at eksisterende rettigheter til videre opptjening av ”alders-, etterlatte- og uførepensjon i henhold til kollektiv tjenstepensjon” som hovedregel videreføres hos ny arbeidsgiver (erhverver).

Jfr. ny aml. § 16-2 tredje ledd, se dertil Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), s. 259-263 og 339, og NOU 2004: 5, s. 369-383 og 586-587.

I *Beckmann* uttalte EF-domstolen (avsnitt 29 og 30):

- ”29. Henset til, at det almindelige formål, der forfølges med direktivet, er at varetage arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, idet det i direktivets artikel 3, stk. 1 og 2, bestemmes, at overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbeidskontrakt, et arbeidsforhold eller en kollektiv overenskomst overføres til erhververen, skal den undtagelse, der er fastsat i bestemmelsens stk. 3, fortolkes strengt.
30. Denne undtagelse kan således kun finde anvendelse på de ydelser, der er udtømmende angivet dér, og disse ydelser skal forstås snævert.”

2.3.3 Nærmere om rettighetene/forpliktelsene

Utgangspunktet ellers er altså at *alle* individualrettslige rettigheter og forpliktelser omfattes (jfr. 2.3.1 ovenfor).²⁵ Dette omfatter både rettigheter/plikter som er aktualisert *før* overføringstidspunktet, såvel som rettigheter/plikter som aktualiseres etter overføringstidspunktet, og **betingede** rettigheter – dvs. slike som gjelder rettsvirkninger av om arbeidsgiver (overdrager *eller* erverver) treffer en viss avgjørelse, eller av om partene disponerer på en viss måte over arbeidsforholdet. Der-

²³ Jfr. f.eks. *Holo* 2003, s. 855-864; se dessuten *Hammerich og Wiese-Hansen* 2004 og den – med rette – meget kritiske kommentar til deres artikkel av *Bergh* 2004 (begge i *Arbeidsrett* 2004).

²⁴ Sak C-164/00 *Katia Beckmann v Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*, [2002] EFD I-4893.

²⁵ Forholdet til tariffavtale og kollektivrettslige rettigheter/plikter går jeg ikke inn på her. Slike spørsmål behandles derimot i avsnitt 3 nedenfor.

som en rettighet for arbeidstageren er betinget av at et bestemt forhold inntrer, er også en slik rettighet i behold etter overføringen selv om det aktuelle forhold ikke har inntrådt før overføringen. Dette siste er understreket av EF-domstolen i *Martin*,²⁶ som gjaldt et spørsmål om rettigheter i forbindelse med oppsigelse (fra arbeidsgiver) eller innvilgelse av førtidspensjon. Og hvis (økonomiske) rettigheter er knyttet til tjenestetidens lengde ("ansiennitet"), må erververen se samlet tjenestetid hos overdrageren og seg under ett i samme utstrekning som overdrageren etter arbeidsavtaleforholdet pliktet å ta tjenestetid i betraktning. Jfr. forsåvidt *Collino*,²⁷ avsnitt 49-53;²⁸ dette kommer også tilbake som et spesielt punkt i *Delahaye* (jfr. avslutningsvis i avsnitt 5.3 nedenfor).

Det alminnelige utgangspunktet er understreket allerede i *Abels*²⁹ – også en av dommene i den første gruppen av avgjørelser, fra 1985 – jfr. avsnitt 36-37:

”36. Det bemærkes, at artikel 3, stk. 1, første afsnit i direktiv 77/187 i *generelle vendinger og uden noget forbehold* henviser til »overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbeidskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod paa tidspunktet for overførselen«. Det nævnte stykkes andet afsnit, som bemyndiger medlemsstaterne til at bestemme, at overdrageren sammen med erhververen skal være ansvarlig »også efter overførselen«, viser, at ansvaret for at opfylde de krav, som følger af de af arbejdstagernes rettigheder, der bestod på tidspunktet for overførselen, i første række påhviler erhververen.

37. Denne fortolkning bekræftes af, at artikel 3, stk. 3, udtrykkeligt bestemmer, at det omtvistede stk. 1 ikke finder anvendelse på »arbejdstagerens ret til ydelser i forbindelse med alderdom og invaliditet eller til efterladte

²⁶ Sak C-4/01 *Serene Martin a.o. v South Bank University*, dom 6. november 2003, [2003] EFD I-0000.

²⁷ Sak C-343/98 *Renato Collino and Luisella Chiappero v Telecom Italia SpA*, [2000] EFD I-6659.

²⁸ I *Collino* poengterer domstolen (i avsnitt 50) at tjenestetid ("ansiennitet") ikke i seg selv er en "rettighet" i direktivets forstand; det er (bare) dersom tjenestetidens lengde har en *funksjon* for noe som er rettigheter, den må tas i betraktning.

²⁹ Sak 135/83 *H. B. M. Abels v the Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*, [1985] EFD 469.

i henhold til supplerende faglige eller tværfaglige forsikringsordninger, der findes ud over medlemsstaternes lovbestemte sociale sikringsordninger«. Når der findes en sådan speciel regel, som begrænser hovedregelens anvendelsesområde, må det sluttes, at artikel 3, stk. 1, omfatter alle de rettigheder for arbeidstagerne, der ikke er omfattet af denne undtagelse, hvad enten disse rettigheder er opstået før eller efter virksomhedens overførsel” (uthevet her).

I *Martin* avsnitt 29 heter det:

“29. Det fremgår klart af ordlyden af direktivets artikel 3, at *bortset fra undtagelserne i artikel 3, stk. 3, er alle overdragerens rettigheder og forpligtelser* i henhold til den med en arbeidstager indgåede arbeidskontrakt eller i henhold til arbeidsforholdet omfattet af anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 1, og overgår derfor til erhververen, uanset om iværksættelsen af disse rettigheder og forpligtelser er betinget af, at der indtræffer en særlig begivenhed, i givet fald afhængig af arbeidsgiverens vilje. Hvis erhververen efter en overførsel således - ligesom overdrageren havde det - har kompetence til at træffe eller undlade at træffe visse afgørelser vedrørende arbeidstageren, for eksempel med hensyn til afskedigelse eller indrømmelse af førtidig pensionering, er erhververen, når han træffer en sådan afgørelse, ligesom overdrageren fortsatt bundet af de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat som følge af en sådan afgørelse ved den arbeidskontrakt eller det arbeidsforhold, der er indgået med overdrageren, såfremt disses relevante betingelser ikke er blevet ændret ved lov” (uthevet her).

Se videre om dommen i 2.3.4 nedenfor.

2.3.4 ”Ikke overførbare” rettigheter?

Et spørsmål er om det likevel kan tenkes rettigheter som – etter sin art, e.l. – faller utenfor rammen av det som omfattes av art. 3 nr. 1 (og aml. § 73 B nr. 1).

Holo har tatt til orde for én slik avgrensning ved å stille opp en kategori han kaller ”rettigheter som ikke er overførbare” (*Holo* 2003, s. 842).³⁰ Det han da diskuterer, er ”privatrettslige”, avtalebaserte

³⁰ Han berørte ikke denne problemstillingen i kommentarutgaven fra 1998, se *Holo* 1998 (jfr. forsåvidt s. 564). At den er tatt opp i 2003-utgaven, har muligens sammenheng med at problemstillingen ble berørt – om enn ytterst kort – i høringsutkastet til endringsloven av 2001, se *Kommunal- og regionaldepartementet* 2000, s. 23. Enkelte høringsinstanser uttalte seg om

vilkår i arbeidsforholdet. Han sier at slike avgrensninger ikke har støtte hverken i rettspraksis eller forarbeider. Det er ikke riktig (jfr. petitavsnittet nedenfor). Men det kan vel føyes til at avgrensninger kan være problematiske å forene med slike synspunkter som er kommet til uttrykk i EF-domstolens rettspraksis, bl.a. i *Merckx*, *Europièces*, og nu i *Delahaye* (i forhold til direktivets art. 4 nr. 2). Muligvis kan det likevel tenkes rom for unntak i ”privatrettslige forhold”, men i så fall må utgangspunktet – med støtte i Martin – utvilsomt være at arbeidstageren på annen måte holdes økonomisk skadesløs. Dommene i *Delahaye* og *Mayeur*³¹ kan imidlertid sees som eksempler på at det kan finnes rettigheter som ”efter sin art” ikke kan gå over på grunn av erververens karakter. Dette kommer jeg tilbake til under diskusjonen avslutningsvis, i avsnitt 6.4.

Svenning Andersen 1986, s. 114, har, med henvisning til en dansk rapport om gjennomføring av direktivet, pekt på at det i forarbeidene til 1977-direktivet er inntatt en ”rådsnote” der det heter at ”Medlemsstaterne er ikke forpligtet til at udvide anvendelsen af (artikel 3) stk. 1 og 2 til også at omfatte de af overdragerens forpligtelser, som ifølge *deres art* ikke kan overdrages til eller opretholdes af erhververen” (s. 205; uth. av forfatterne). Han konstaterer lakonisk at det ikke er gitt eksempler på ”hvad der kunne sigtes til”.³² Henvisningen og bemerkningen går uendret igjen i senere utgaver av lovkommentaren, jf. nu *Svenning Andersen m.fl.* 2002, s. 205.

spørsmålet, men det ble ikke ført videre til proposisjonen, jfr. Ot.prp. nr. 79 (2000-2001).

³¹ Sak C-175/99 *Didier Mayeur v Association Promotion de l'information messine (APIM)*, [2000] EFD I-7755.

³² Denne ”rådsnoten” er: 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*, med erklæringer som ble tatt inn i Rådets møteprotokoll ved vedtagelsen av direktivet. Noter, R/212/77 (SOC 32) av 10. februar 1977, vises jeg i det følgende til som ”Rådsnoten av 10. februar 1977”, eller ”Noten”. – Det som er gjengitt i teksten ovenfor fra *Svenning Andersen* 1986, er Rådets erklæring i Notens pkt. 7. *Hasselbalch* 1997, s. 493, som (i note 131) angir referansen til Noter, gir heller ikke noen eksempler; jfr. nu likeledes *Hasselbalch* 2005, Afsnit XVI pkt. 3.2.2.1, note 175.

I dansk doktrin har Mette *Klingsten* fremholdt et lignende synspunkt som det Holo gjør, men med det ikke uvesentlige tillegg at arbeidstageren i så fall har krav på ”kompensasjon”. *Klingsten* hevder at forpliktelser som ”etter deres natur ikke kan opretholdes” av erververen, ikke overføres, men at den ansatte skal kompenseres for dette på annen måte; erververen må eventuelt utbetale en økonomisk erstatning eller yde et lønnstillegg. Som eksempel på slike ”uoverdrageligheter” nevner hun pensjonsordning, etterlønn til etterlatte, forpliktelser uten naturlig tilknytning til ansettelsesforholdet, f.eks. forretningsvirksomhet mellom arbeidstageren og overdrageren, konkurranse- og kundeklausuler (*Klingsten* 2002, s. 227-229).

Holo (2003, *ibid.*) har som eksempler på ”ikke overførbare” rettigheter nevnt bl.a. visse bonusbestemmelser og aksjeopsjoner. – Et annet eksempel, fra praksis, er rett i henhold til arbeidsavtale til barnehaveplass. Det skapte et problem da staten i 1999 overtok en del av virksomheten ved Sunnaas sykehus fra Oslo kommune. Staten la imidlertid til grunn at det var tale om en ”rettighet” etter § 73 B nr. 1, og en praktisk løsning ble funnet.³³

I *Martin* har EF-domstolen understreket at vernet for arbeidstagerens rettigheter er preseptorisk. Med henvisning til tidligere rettspraksis poengterte domstolen at rettighetene derfor ikke kan fraskrives og heller ikke kan begrenses, selv med arbeidstagernes samtykke – medmindre en endring kunne ha vært gjennomført også før overføringen og ikke har sin grunn i (har forbindelse med, er ”connected with”, overføringen); jfr. dommens avsnitt 39-45. Saken gjaldt et tilfelle der den nye arbeidsgiver (erververen) hadde innvilget førtidspensjon, men på andre vilkår – lik de som gjaldt for andre, tidligere ansatte i virksomheten – enn de arbeidstagerne hadde hos overdrageren. Domstolen understreket at i et slikt tilfelle påhviler det erververen å ”avhjelpe” konsekvensene ved å yde slik kompensasjon at vilkårene for pensjoneringen ble i samsvar med dem arbeidstagerne hadde krav på. – I dommen heter det således:

“51. ... In circumstances such as those in the case in the main proceedings, it must be found that the rule was infringed on the employer's initiative, since it was he who offered the early retirement terms and he could always refuse to grant that retirement, whilst the employees wishing to take early retirement had no choice other than to accept those terms.

52. *Accordingly, it was for the transferee to make good the consequences of its actions by ensuring that its former employees were accorded early retirement on the terms to which they were entitled.*

53. That solution is not undermined by the fact that the employer was entitled not to grant early retirement at all to the employees concerned. It is for

³³ Jfr. Sosial- og helsedepartementets brev av 26. september 2000 (ref. 00/03341) til Kommunal- og regionaldepartementet (høringsuttalelse ad *Kommunal- og regionaldepartementet* 2000).

the employer, when deciding whether or not to grant early retirement, to have regard both to its economic interests and to the scope of its legal and contractual obligations. Having taken the decision to grant early retirement, the employer must carry out that decision in accordance with the requirements of the law” (uthevet her).

Et annet spørsmål er om det – i direktivformuleringen (eller i arbeidsmiljølovens tilsvarende formulering) – ligger en avgrensning mot rettigheter/plikter som bygger på *lov*. Det har særlig aktualitet der arbeidsforholdet etter en overføring – innenlands eller over landegrensene – blir omfattet av annen lovgivning enn den som hadde anvendelse før overføringen. Dette er et sammensatt og vanskelig spørsmål, hvor (EF-)rettspraksis er sparsom og grensdragningene usikre. Jeg lar det ligge med det – bare med den bemerkning at såvel *Beckmann* som *Martin*, og dertil *Mayeur* og *Delahaye*, kan illustrere at også svaret kan være sammensatt og bero på hvilke typer av rettighetsinnhold det er tale om. Jfr. forsåvidt avslutningsvis i avsnitt 6.4.

Spørsmålet ble ikke tatt opp i forarbeidene til endringsloven av 27. november 1992 nr. 115 som føyet kap. XII A inn i arbeidsmiljøloven. Det er omtalt, men helt kursorisk, i høringsdokumentet til endringsloven av 15. juni 2001 nr. 33, som en uttalelse fra departementet, men ble ikke berørt i proposisjonen; se *Kommunal- og regionaldepartementet 2000*, s. 25-26 (avsnitt 1.5.4), og Ot.prp. nr. 79 (2000-2001).

Holo 2003, s. 843-846, drøfter spørsmålet og bemerker også (s. 845) at det er vanskelig. Der trekker han inn *Beckmann*, men konkluderer på samme måte som i 1998; jfr. *Holo 2003* s. 846, de to hele avsnitt, sammenholdt med *Holo 1998* s. 565. De avgjørelsene det er vist til i hovedteksten i avsnittet ovenfor, kan imidlertid illustrere at svaret ikke uten videre vil være, eller kan begrunnes, slik han antyder avslutningsvis (*Holo 2003*, s. 846). Når han der, med tilslutning til (danske) Svenning Andersen³⁴ hevder at ”en privatisering av tjenestemannsstillinger med krav om opprettholdelse av ventepenger etc., ikke [vil] være mulig”, er det uten videre hverken overbevisende eller riktig, i det minste om vekten (som *Martin* kan gi holdepunkter for) legges på det økonomiske resultat, ikke på den formelle ordning som fantes for tjenestemennene på statlig side før overføringen. *Bjørnaraa, Gaard og Selmer 2000* (s. 545-546) uttaler seg noe mer varsomt nettopp om ventepenger og fortrinnsrett.

³⁴ Ut fra den sidehenvisning *Holo* gir, er referansen *Svenning Andersen 1996*, s. 175-176, jfr. nu *Svenning Andersen m.fl. 2002*, s. 192.

Spørsmålet om en avgrensning mot krav som ”bygger på lov” er også diskutert av *Næss* 2005 (s. 129-131), som tar til orde for en funksjonelt orientert grensdragning, men også understreker at løsningen er usikker. En type funksjonell tilnærming kommer forøvrig også til uttrykk i Kommissjonens rapport til Rådet 1992,³⁵ jfr. s. 28, der det sies at formuleringen ”rights and obligations ”arising from a contract of employment” is not intended to be restrictive and does *not exclude* rights and obligations founded on *laws, regulations* or agreements, for example. Every aspect of the employer’s contractual status, irrespective of origin, is thus transferred to the transferee” (mine uthevelser).

3 Skranker for – og adgang til – endring

3.1 Alminnelige utgangspunkter

Det grunnleggende utgangspunktet er at de rettigheter og plikter som omfattes, går over *uten endringer* – de individualrettslige vilkår mellom partene skal gjelde med samme innhold og på samme måte etter overføringen som de gjorde før overføringen av virksomheten (på tidspunktet for overføringen).

I dette ligger samtidig en skranke mot endringer og et mulig rom for endringer.

Direktivets – og arbeidsmiljølovens – bestemmelser om overføring av rettigheter/plikter har som formål å sikre et vern for arbeidstagerne og er *preseptoriske*. I det ligger at en arbeidstager som går over, ikke derfor kan fraskrive seg rettigheter som har vern (dvs. avtale dem bort, helt eller delvis (reduere vilkår)); en slik avtale vil måtte anses ugyldig.

På den annen side vil erververen, som ny arbeidsgiver, kunne gjennomføre endringer i arbeidsforholdet på samme vilkår og i samme omfang som den tidligere arbeidsgiver, overdrageren, kunne ha gjort det. (”Styringsretten”, og dens grenser, er som før, om man vil.)

Det grunnleggende er dette: *at* det finner sted eller har funnet sted en overføring av virksomhet, kan ikke gi grunnlag for eller tjene som begrunnelse for noen utvidet avtaleadgang eller endringsadgang.

³⁵ COMMISSION REPORT TO THE COUNCIL on progress with regard to the implementation of Directive 77/187/EEC relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, SEC(92) 857 final, 2 June 1992.

Dette er sentrale synspunkter som er uttrykt i en rekke avgjørelser i rettspraksis, fra *Daddy's Dance Hall*³⁶ (1988; avsnitt 14-18) og fremover (herunder bl.a. *Collino* (2000)³⁷ – og nu senest rekapitulert i *Martin* (2003; avsnitt 39-45) (jfr. også under 2.3.4 ovenfor).

Likeledes kan endringer ikke gjennomføres ved oppsigelse (med tilbud om videre arbeid på endrede vilkår), hvis grunnen til oppsigelse reelt sett er overføringen. Direktivets art. 4 nr. 1 (jfr. aml. § 73 C nr. 1, ny aml. § 16-4 første ledd) oppstiller her et forbud – som ikke utelukker opphør, men som skal avskjære overføringen som sådan som mulig opphørsgrunn.

Den konkrete anvendelsen av opphørsreglene er for såvidt et nasjonalrettslig spørsmål, men EF-domstolen har understreket at reglene må anvendes på en slik måte at direktivets preseptorisk forbudsregel blir etterlevet. De sentrale synspunkter i rettspraksis er kommet til uttrykk bl.a. i *Bork*³⁸ (1988), jfr. særlig dommens avsnitt 17-19. Se alment om oppsigelsesforbudet *Holo* 2003, s. 864-872 og 873-874, som også riktig peker på at ved oppsigelse eller avskjed i strid med § 73 C nr. 1/direktivets art. 4 nr. 1 vil rettsvirkningen være *ugyldighet* (og evt. erstatning), uten rom for ”subsidiært opphør” som ellers etter aml. § 62 og § 66 nr. 4. Jfr. også *Næss* 2005, s. 125-126, om oppsigelsesforbudet og forholdet til retten til å fortsette i stillingen etter aml. § 61 nr. 4.

Hovedpoengene, slik de følger av EF-domstolens rettspraksis, er *at* hvorvidt et arbeidsforhold er lovlig bragt til opphør, er et spørsmål som i utgangspunktet må avgjøres etter nasjonal rett, men slik at direktivets forbudsregel iakttas, *at* hvorvidt en opphørsmeddelelse ut fra dette er lovlig eller ikke, må vurderes konkret, og *at* hvis et arbeidsforhold lovlig er sagt opp, men ikke opphørt på overføringstidspunktet, går det over til erververen. Det siste

³⁶ Sak 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall A/S*, [1988] EFD 739. Det ikke uviktige poeng i dommens avsnitt 17, at direktivet ikke stenger for endringer som etter nasjonal rett kunne vært gjennomført hos overdrageren, har en (uttrykkelig forutsetningsvis) støtte i bestemmelsen i direktivets art. 4 nr. 2; jfr. i note 118 nedenfor.

³⁷ De er også tilsvarende lagt til grunn av EFTA-domstolen i sak E-3/95 *Torgeir Langeland og Norske Fabricom AS*, [1995-1996] EFTA Court Report 36, jfr. avgjørelsens avsnitt 45-46.

³⁸ Sak 101/87 *P. Bork International A/S, in liquidation v Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v Junckers Industrier A/S*, [1988] EFD 3057.

gjelder likeledes dersom en oppsigelse eller avskjed er i strid med direktivets forbudsregel eller forøvrig ugyldig eller uvirksom etter nasjonal rett.

3.2 *Forholdet til tariffavtaler; aml. § 73 B nr. 2*

3.2.1 Innledende bemerkninger

Det alminnelige utgangspunkt er videre at også individuelle rettigheter/plikter som hos overdrageren har rettslig grunnlag i tariffavtale, fortsatt skal gjelde etter overføringen, hos erververen – selv om tariffavtalen som sådan ikke går over. Det er vel kjent at tariffavtalen (overdragerens tariffbundethet) ikke i kraft av direktivets – eller arbeidsmiljølovens – regler går over på erververen. Poenget med direktivets art. 3 nr. 3 (tidligere nr. 2) og aml. § 73 B nr. 2 er at de individuelle vilkår gjelder videre som – rent – individualrettslige.

På den annen side ligger det i bestemmelsene at de individuelle vilkår *kan* bli andre hos erververen, ved at en tariffavtale som denne bindes av, også får rettsvirkning for de overførte arbeidstagere. I bestemmelsene heter det:

Rådskonferansen 2001/23/EF art. 3 nr. 3 første ledd: ”Etter overdragelsen skal erververen opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i en tariffavtale på samme vilkår som gjaldt for overdrageren i henhold til samme avtale, inntil den dato tariffavtalen sies opp eller utløper, eller en annen tariffavtale trer i kraft eller får anvendelse.”

Aml. § 73 B nr. 2: ”Etter et innehavskifte skal den nye innehaver opprettholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere innehaver var bundet av, inntil tariffavtalen utløper eller avløses av en annen tariffavtale.”

Som vi ser, er bestemmelsene ikke formulert på helt samme måte. Den norske lovformuleringen er ikke noen helt vellykket transkripsjon av direktivets regel, og den har gitt opphav til enkelte spesielle fortolknings spørsmål.

3.2.2 Krav om gjensidig tariffbundethet

Det enkle utgangspunktet er imidlertid at de overførte arbeidstagere blir bundet av en tariffavtale som erververen er eller blir bundet av

(ved inngåelse eller på annen måte), hvis – men også bare dersom – tariffavtalen er *tariffrettslig bindende* for de berørte arbeidstagerne.³⁹

Et enkelt, men godt illustrerende eksempel kan hentes fra tysk rett. Den tyske gjennomføringsbestemmelsen i BGB § 613a er på dette punkt, likesom den norske i aml. § 73 B nr. 2, ikke ment å etablere noen annen regel enn den som følger av direktivets art. 3 nr. 3. Eksempelet, hentet fra Bundesarbeitsgerichts dom 11. mai 2005 (4 AZR 315/04), er som følger:⁴⁰

Arbeidstageren var ansatt i en trykkeribedrift der vilkårene var fastlagt gjennom tariffavtale for trykkeriindustrien. Ved en overføring av en del av virksomheten gikk hans arbeidsforhold over til en arbeidsgiver som var bundet av tariffavtalen for speditørvirksomhet, inngått med fagforbundet ÖTV. I en første sak fikk arbeidsgiveren ikke medhold i å kunne gjøre speditøravtalens bestemmelser gjeldende for arbeidstageren – *fordi* det forutsatte at også arbeidstageren var tariffbundet av denne avtalen, og det var han ikke fordi han ikke var medlem av ÖTV. Han var derimot tilsluttet IG Medien. Dette forbundet ble så senere sluttet sammen med bl.a. ÖTV til det nye storforbundet *ver.di*, som gikk inn som tariffpart i de ulike forbundenes tariffavtaler. Derved var arbeidstageren medlem av det forbund som var tariffpart i speditøravtalen. Da var han også bundet av denne, og arbeidsgiveren fikk således medhold i at de vilkår som fulgte av speditøravtalen, dermed gjaldt for arbeidstageren i stedet for de tidligere vilkår etter trykkeriavtalen.

3.2.3 Vilkår for bundethet? 1977-loven og forarbeidene

Det har imidlertid vært omdiskutert hvorvidt overførte arbeidstagere kan bli bundet av en tariffavtale hos erververen uten videre, eller om det – ut fra direktivets regler og etter lovens bestemmelse – må kreves en særskilt avtale e.l. om at en anvendelig tariffavtale skal ha virkning. Når og hvordan endringer kan inntre gjennom tariffavtale på erverversiden, er ellers et komplisert tema med mange fasetter. Det går jeg ikke videre inn på her. Dels ville det føre for langt. Dels er det mindre grunn til det med en ny arbeidsmiljølov (formodentlig) nær

³⁹ Se for såvidt *Evju* 2001b, s. 53-54. Jfr. også *Holo* 2003, s. 850-855, som viser bl.a. til *Evju* 2001b. Dette vil også følge av det fortolkningsstandpunktet som departementet mente å gi uttrykk for i 2000, og som kommer igjen i NOU 2004: 5, s. 400; jfr videre om dette i avsnitt 3.2.3 og 3.3.2 nedenfor.

⁴⁰ For en kommentar til dommen og problemstillingene etter tysk rett, se *Schiefer* i *Der Betrieb* 2005, 2134 ff (*Schiefer* 2005).

forestående. Men enkelte sider av temaet kommer jeg inn på i avsnittet som følger (avsnitt 3.3). Nettopp når det gjelder spørsmålet om hvordan en tariffavtale hos erververen kan bli bindende for overførte arbeidstagere, går det en slags linje fra diskusjonen om den gamle lovens bestemmelse til den nye arbeidsmiljølovens løsning.

Med en ny lovbestemmelse for døren kan det kanskje sies at diskusjonen om fortolkningen av aml. § 73 B nr. 2 på dette punkt nærmest har rettshistorisk karakter. En viss interesse ut over dette kan den nok likevel ha. Som antydnet ovenfor kan det sies å gå en linje fra § 73 B nr. 2 og diskusjonen om den til den nye arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd (dets tredje og fjerde punktum; jfr. nærmere i avsnitt 3.3.1 nedenfor). Også derfor vier jeg temaet litt plass her.

I høringsutkastet om gjennomføring av (bl.a.) 1977-direktivet lød den foreslåtte lovformuleringen slik at "den nye innehaveren [skal] opprettholde de arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere innehaver var bundet av, inntil tariffavtalen sies opp, utløper eller avløses av en annen tariffavtale", og ville inkludere en bestemmelse, med basis i direktivets art. 3 nr. 2 (nu nr. 3) annet ledd, om en "ettårsregel", i formen "[d]e rettigheter arbeidstakerne har i henhold til en tariffavtale, vil bare kunne gjøres gjeldende mot den nye innehaveren i inntil ett år etter innehaverskiftet".⁴¹ I bemerkningene til forslaget pekte departementet på at etter direktivets regler gikk tariffavtalen som sådan *ikke* over på erververen; ellers het det bare at departementet "vil foreslå at man lovfester en generell bestemmelse om at den nye innehaver skal opprettholde de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale som den tidligere innehaver var bundet av", med en begrensning til inntil ett år.⁴² LO gikk i sin høringsuttalelse (brev av 25. februar 1992, s. 5-7) inn for at også tariffavtalen som sådan burde omfattes. Man bygget da på at erververen etter gjeldende intern rett ikke uten videre ble bundet, men kunne være det gjennom medlemskap i vedkommende arbeidsgiverorganisasjon eller ved inngåelse av en "særskilt tariffavtale" med den aktuelle fagforening. LO var uenig i at "ettårsregelen" skulle medtas, og bemerket i sammenheng med det at lønns- og arbeidsvilkårene selvsagt kunne endres "ved at partene inngår en ny tariffavtale, eller ved at tariffavtalen bringes til opphør etter de ordinære regler". Samtidig gav LO uttrykk for en oppfatning av direktivets art. 3 nr. 2 om at det "krever bare at en endring til skade for arbeidstakeren ikke under noen omstendighet må finne sted i løpet av det første året etter overdragelsen". Selv bemerket jeg i min høringsuttalelse (brev av 19.

⁴¹ *Kommunaldepartementet* 1991, s. 3, Forslag til ny lov om virksomhetsoverdragelser, § 3 første hhv. annet ledd.

⁴² Se *Kommunaldepartementet* 1991, s 2-3. Høringsuttalelser finnes i departementets arkiv under det aktuelle saksnummer (se referanselisten bakerst her).

mars 1992) at alternativet ”avløses av en annen tariffavtale” i utgangspunktet bare omfatter direkte tariffbundne arbeidsforhold. Andre høringsinstanser uttalte seg ikke om direktivforståelsen eller lovutkastet på dette punkt.

I et foredrag i Norsk Arbeidsrettslig Forenings møteserie 5. mai 1992 diskuterte jeg blandt annet dette spørsmålet. Jeg gav da uttrykk for det samme syn på direktivformuleringen ”avløses ...”, og fremholdt videre – med spesiell referanse til hvordan spørsmålet var løst i tysk rett – at en eksisterende tariffavtale hos erververen ville kunne få virkning for overførte arbeidstagere, ”automatisk og straks”, såfremt tariffavtalen etter sitt eget innhold var anvendelig og tariffrettslig bindende for dem.⁴³ På det tidspunkt forelå det et utkast fra Kommunaldepartementet ((am-fell)virk-lov 5.5.92) til lovtekst til et nytt kap. XII A i arbeidsmiljøloven, der den foreslåtte formuleringen i § 73 B nr. 2 lød ”... inntil tariffavtalen sies opp, utløper eller *etter avtale avløses* av en annen tariffavtale” (min uthevelse). Forslaget om ”ettårsregel” var tatt ut. I et nytt utkast dagen etter, 6. mai ((am-fell)virk-lov 6.5.92), var formuleringen i § 73 B nr. 2 endret til ”... inntil tariffavtalen utløper eller avløses av en annen tariffavtale”, slik den også ble stående i proposisjonen,⁴⁴ som ble lagt frem 22. mai 1992, og i den vedtatte lov.

Senere diskuterte jeg problemstillingene mer utførlig i et spesialforedrag høsten 1994 (*Evju* 1994) og fastholdt samme syn også i en serie foredrag vinteren 1997 (*Evju* 1997a og b; jfr. begge avsnitt VIII). Da hadde *Jakhelln* (1996) uttalt seg på en måte som kunne leses som uttrykk for en annen fortolkning.⁴⁵ Derefter ble diskusjonen i litteraturen litt mer omfattende.⁴⁶

⁴³ Jfr. *Evju* 1992, pkt. VI.2. Det er samme synspunkt som er fremholdt i *Evju* 2001b, s. 53-54. – Kanskje kan det synes noe pretensiøst å referere til egne foredrag. Erfaring viser imidlertid at også slike kan ha en funksjon som formidlingskanal. Jfr. til illustrasjon *Fougner* 1999, s. 78 note 63.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 71 (1991-92), jfr. s. 37.

⁴⁵ Se *Jakhelln* 1996, s. 365. Uttalelsene er ikke presise forsåvidt som de anvender lovtekstens formuleringer uten nærmere drøftelse av forståelsen. De er gjentatt likelydende i *Jakhelln* 2004, s. 458.

⁴⁶ Se forsåvidt NOU 2004: 5, s. 400-401 med henvisninger, og dessuten *Holo* 1998, s. 570, og *Larsen* 1999, s. 488-489; begge er meget knappe og lite avklarende. – I NOU 2004: 5 (s. 400 note 51) er det som ”juridisk teori” vist til *Stueland* 1995. Det dreier seg om en kortfattet fremstilling på fem tekstsider til et nordisk møte av fagforeningsjurister, som ikke har vært publisert eller alment kjent, men som har tilflytt departementet, eller Arbeidslivslovutvalget, på et eller annet senere tidspunkt, trolig i 2002. I et kort avsnitt gir *Stueland* der en enkel utlegning som han selv karakteriserer

Et slags fortolkningsstandpunkt kom til uttrykk fra departementets side i 2000. I forbindelse med forslag til visse endringer i aml. kap. XII A til gjennomføring av 1998-direktivet ble det utarbeidet en mer omfattende "rapport" som ble sendt på høring (*Kommunal- og regionaldepartementet* 2000). I rapporten benyttet departementet (KRD) anledningen til å "forsøke å oppklare" noen problemstillinger det stadig ble reist spørsmål om og til å søke å få noen tilbakemeldinger på sin egen lovforståelse, og i tillegg invitere "innspill" om problemstillinger som man ikke hadde hatt anledning til å utrede i full bredde, men så for seg at ville bli tatt opp senere. Derfor "drøftet [man] enkelte andre sider ved reglene om virksomhetsoverdragelse som ikke er foranlediget av [1998-]direktivet", bl.a. "tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse [og] i hvilken grad de individuelle tariffestede vilkår må vike for ny innehavers eksisterende tariffavtaler".⁴⁷ Om dette siste heter det i rapporten bl.a.:

"Den nye innehaver kan ha egen tariffavtale i kraft for sine tidligere ansatte ved overdragelsen. Situasjonen blir da at arbeidsgiver må opprettholde to avvikende regelsett i samme virksomhet når det gjelder individuelle rettigheter inntil tidligere innehavers tariffavtale utløper, eller det *inngås ny tariffavtale* mellom de overførte arbeidstakerne og den nye innehaver. ...

I teorien har det den senere tid blitt hevdet at de overførte arbeidstakerne blir bundet av den nye innehavers løpende tariffavtaler allerede fra første dag etter overdragelsen, selv om en annen tariffavtale var i kraft for disse arbeidstakerne forut for overdragelsestidspunktet. Det hevdes at den gjeldende tariffavtalen i en slik situasjon "avløses av en annen tariffavtale", jfr. § 73 B nr. 2 på bakgrunn av direktivets ordlyd "en annen tariffavtale trer i kraft eller kommer til anvendelse". Utgangspunktet er etter departementets oppfatning at arbeidsmiljøloven stiller krav til *en eller annen form for aktivitet* for at arbeidstakerne skal være bundet av en tariffavtale med ny innehaver. Departementet mener at spørsmålet bør utredes nærmere og vil påse at dette gjøres. ..." (s. 24; mine uthevelser).

Forarbeidene til § 73 B nr 2 *kan* nok fortolkes dithen at det må kreves "inngåelse av en ny tariffavtale", slik at en anvendelse av en eksisterende tariffavtale etter alminnelige tariffrettslige normer for såvidt vil være avskåret.⁴⁸ Uttalelsene i Ot.prp. nr. 71 (1991-92), s. 34 (jfr. s. 20-22), er imidlertid ikke særlig klare på

slik at "bestemmelsen virker temmelig fremmedartet i norsk arbeidsrett" (s. 4).

⁴⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 79 (2000-2001), s. 6.

⁴⁸ Slik det også gjøres i NOU 2004: 5, s. 400. Hvor alternativet "en eller annen form for aktivitet" er hentet fra, og hva det skulle kunne bety, er derimot vanskeligere å fatte (slik også Direktoratet for arbeidstilsynet bemerket i sin høringsuttalelse (brev av 2. oktober 2000, ref. 00/948 315.5), s. 4).

dette punkt. Det sies at når erververen er bundet av en tariffavtale, må han respektere individuelle vilkår etter overdragers tariffavtale ”inntil han kan frigjøre seg fra disse etter bestemmelsens vilkår”. Når det så i lovens tekst heter ”avløses av en annen tariffavtale”, og med direktivets formulering (”får anvendelse”) og formuleringsendringene under lovarbeidet i 1992 som bakgrunn, ligger det ikke nær for tanken å skulle forstå dette slik at det må kreves en inngåelse av en ny tariffavtale i tilfeller der erververens eksisterende tariffavtale etter alminnelige regler ville være tariffrettslig bindende for nye arbeidstagere i virksomheten. Riktignok heter det i proposisjonen (ibid.) at ”bindingen til en tidligere inngått tariffavtale [hos overdrager] [vil] bortfalle ved inngåelse av en ny tariffavtale”. Dette står imidlertid forut for det avsnittet der situasjonen med en eksisterende tariffavtale hos erverver diskuteres, og det er ikke uten videre klart at utsagnet skulle være ment å ha gyldighet også for slike tilfeller.

Det er heller ikke klart hva grunnlaget for proposisjonens uttalelse om ”inngåelse av en ny tariffavtale” kan være. Det kan imidlertid ligge nær å anta at man også her (jfr. hertil note 52 nedenfor) kan ha sett hen til *Svenning Andersen* 1986, jfr. s. 103 og spesielt s. 108, hvor det heter at ”det er enighet om, at formuleringen [i direktivets art. 3 nr. 2 første ledd] alene er en henvisning til, at artikkel 3 ikke er til hinder for, at parterne kan *aftale*, at en anden overenskomst skal være gældende”.⁴⁹ Uttalelsen er gitt med henvisning til ”Rapporten”, hvilket er en dansk utvalgsrapport som lå til grunn for den danske gjennomføringslov.⁵⁰ Den bygget imidlertid på den misforståelse at det fulgte av direktivet at tariffavtalen som sådan skulle gå over fra overdrager til erverver.⁵¹ Den forståelsen *Svenning Andersen* viser til, kan ikke leses uavhengig av det. Om det likevel var hans fremstilling man bygget på i departementet i 1992, må imidlertid forbli en spekulasjon. Proposisjonen gir ingen antydninger om hva de aktuelle uttalelsene bygget på.

Som vi skal se, *kan* det nok argumenteres for en slik fortolkning som man senere har villet lese inn i uttalelsene, bl.a. ut fra direktivforarbeidene (jfr. i 3.3.3 nedenfor). Mitt syn er likevel et annet (jfr i 3.3.5 nedenfor). Det karakteristiske for situasjonen i 1992, og for meget av litteraturen derefter, er imidlertid at dette materialet *ikke* ble trukket inn. Det var, ganske enkelt, ikke for hånden. Det man bygget på, var i alt vesentlig direktivtekster og sekundærkilder i form av

⁴⁹ Uttalelsen finnes likelydende igjen i *Svenning Andersen m.fl.* 2002, s. 189.

⁵⁰ Se *Svenning Andersen* 1986, s. 159.

⁵¹ Se for såvidt *Svenning Andersen* 1986, s. 103; jfr. dertil *Svenning Andersen m.fl.* 2002, s. 182-186, og *Hasselbalch* 2005, avsnitt XVI pkt. 3.2.2.1, om diskusjonen og utviklingen i rettspraksis i Danmark.

utenlandsk litteratur,⁵² samt rettspraksis fra EF-domstolen på de punkter slik praksis fantes. Men det forelå ikke, og foreligger heller ikke nu, noen slik rettspraksis på det punkt det er tale om her. Ellers har situasjonen endret seg, men det tok sin tid før man fikk kjennskap og tilgang til, og tok i bruk, forarbeidsmateriale.⁵³

Spørsmålet om individuelle vilkår og erververs eksisterende tariffavtaler var et av de spørsmålene departementet i ”høringsbrevet” bad spesielt om at høringsinstansene uttalte seg om, selv om det ikke var gjenstand for lovendringsforslag.⁵⁴ Det hadde også vært tema i en forutgående ”innspillsrunde” der departementet utesket synspunkter fra ”hovedorganisasjonene” på spørsmål som kunne være aktuelle for drøftelse i den arbeidsgruppen som da var nedsatt for å utarbeide den rapporten som ble sendt på alminnelig høring i 2000.⁵⁵ I denne innspillsrunden uttalte NHO og KS seg om lovforståelsen nærmest på en måte som departementet derefter gjorde i rapporten;⁵⁶ KS pekte også spesielt på at det var uenighet om fortolkningen, og bad om en klargjøring. Andre organisasjoner uttalte seg ikke om spørsmålet.⁵⁷ I selve høringsrunden inntok både NHO og KS et annet standpunkt *de lege lata*, om ”straksvirkning” ved tariffbundethet; det samme gjorde Norges Rederiforbund. Endel andre arbeidsgiverorganisasjoner uttalte seg i favør av en slik løsning *de lege ferenda*. Av arbeidstagerorganisasjonene sluttet to seg til departementet *de lege lata*, to støttet den samme løsning *de lege ferenda*, mens de fleste (syv av 11, herunder

⁵² Paradeeksempelet ellers er proposisjonens uttalelser om ”pensjonsunntaket” i aml. § 73 B nr. 3, som jo fikk sin spesielle skjebne i Rt. 1997.1965 (*Eidesund*). Uttalelsen i Ot.prp. nr. 71 (1991-92), s. 34, er hentet ganske direkte fra den første lovkommentaren til den danske gjennomføringslov, *Svenning Andersen* 1986, se s. 135, annet avsnitt i pkt. 8 (som *Evju* 1992, pkt. V.3.B viste til og siterte, men renonserte på å gå inn på direktivforståelsen).

⁵³ Eksempelvis later EF-kommisjonens reviderte direktivforslag fra 1975, COM(75) 429 final, ikke til å ha vært kjent eller tilgjengelig her før det ble innhentet fra EF-kommisjonen av LO i februar 1996; derfra har det så på et senere tidspunkt funnet sin vei til departementet før eller i forbindelse med arbeidet i Arbeidslivslovutvalget. Jfr. videre om dette dokumentet i 3.3.3 nedenfor.

⁵⁴ Jfr. Kommunal- og regionaldepartementets brev 5. juni 2000 (ref. 98/1521 M1 CJH -33), s. 2.

⁵⁵ Jfr. Kommunal- og regionaldepartementets brev 30. november 1999 (ref. 98/1521 M1 MHE -9 (og -17)).

⁵⁶ Næringslivets Hovedorganisasjons brev 13. desember 1999, s. 3, Kommunenes Sentralforbunds brev 20. januar 2000, s. 4.

⁵⁷ Inkludert LO, som ikke leverte noe (skriftlig) innspill i denne runden.

LO) ikke uttalte seg om dette spørsmålet. Av departementer og offentlige etater m.v. var det bare to (av 17) som uttalte seg, Arbeids- og administrasjonsdepartementet (AAD) og Direktoratet for arbeidstilsynet, begge støttet i det vesentlige KRDs fortolkningsstandpunkt i rapporten.⁵⁸ Noen andre uttalelser stillet seg kritisk (en) eller fremholdt et behov for klargjøring (to).⁵⁹

Det ble ikke gjennomført noen særskilt utredning av spørsmålet etter høringsrunden eller det påfølgende proposisjonsarbeidet, men temaet ble altså tatt opp igjen i Arbeidslivslovutvalgets arbeid og innstilling; jfr. i avsnitt 3.3.2 nedenfor. Her bemerker jeg avslutningsvis bare at dersom man skulle legge til grunn en bokstavelig fortolkning av uttrykket ”inngåelse av en ny tariffavtale” i Ot.prp. nr. 71 (1991-92), vil den endringen som kommer med ny aml. § 16-2, kunne sees som en oppmykning.

3.3 Tariffbaserte rettigheter etter ny aml. § 16-2

3.3.1 Introduksjon

Det er nettopp ett av de temafelter der rettsstillingen *endres* med den nye arbeidsmiljøloven.⁶⁰

Efter dens § 16-2 annet ledd vil utgangspunktet være at den nye arbeidsgiver ved en virksomhetsoverdragelse ”blir bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av”, men med en ”reservasjonsrett” til å erklære seg ubundet (annet ledd første og annet punktum). Det er altså ikke tale om noen ubetinget overføring av tariffbundethet.

⁵⁸ AAD (brev 14. september 2000, s. 7) uttalte at man antok at ”gjeldende rett krever at organisasjonene/fagforeningene til de overførte arbeidstakerne må utvise en form for *aktivitet* overfor ervervende virksomhet for å bli bundet av sistnevntes avtaler. Inngår ikke arbeidstakerparten ny tariffavtale eller tiltrer eksisterende” avtale, vil tidligere individuelle vilkår gjelde fortsatt. Som uttalelsen indikerer, og senere begivenheter illustrerer (jfr. nedenfor i 3.3.6 avslutningsvis), har AAD således ikke bygget på en bokstavelig fortolkning av uttrykket ”inngås ny tariffavtale”.

⁵⁹ Jeg bygger på en gjennomgåelse av samtlige høringsuttalelser i KRDs arkiv for saken (ref. 98/1521 M1) og anser det ikke nødvendig å gi detaljreferanser til hver enkelt uttalelse. De siste tre (av i alt fire) uttalelsene ble gitt av private advokat(firma)er.

⁶⁰ Det andre sentrale temafeltet der den nye loven byr på nye løsninger, er reservasjons- og valgretten; jfr. i avsnitt 2.2 ovenfor.

Hvis erververen *ikke* overtar tariffbundetheten, vil regelen fortsatt være at de overførte arbeidstagerne likevel har rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som fulgte av tariffavtale hos overdrageren (§ 16-2 annet ledd tredje punktum). Men den nu gjeldende formuleringen om at dette gjelder ”inntil tariffavtalen utløper eller avløses av en annen tariffavtale”, er *endret* til ”inntil denne tariffavtalen utløper eller til det *inngås ny tariffavtale* som er bindende for den nye arbeidsgiver og de overførte arbeidstakere” (§ 16-2 annet ledd fjerde punktum).

Endringene reiser nye fortolkningsspørsmål, og selv om enkelte problemer blir avklart, vil dette fortsatt være et intrikat felt.

Forslaget om overgang av tariffbundethet ble ikke fremmet av Arbeidslivslovutvalget, men kom først med proposisjonen; se NOU 2004: 5, s. 392-399, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 268-271 og 338-339. Det fikk en smule turbulent behandling i Stortinget, men resultatet ble at proposisjonens forslag ble vedtatt. Jfr. her Innst. O. nr. 100 (2004-2005), s. 50-52 og 58, og Ot.forh. 2004-2005, s. 781 og 879. – Det forslaget som ble fremmet av et (temporært) flertall i stortingskomitéen (Ap, Sp, SV og FrP), ville ikke bare ha meget inngrepene virkninger for etablerte tariffavtalte (hovedavtalebaserte) ordninger om vilkår og prosedyrer for å gjøre tariffavtaler gjeldende. Det ville også ha vidtgående innvirkning på de praktiske vilkår for utsetting, ”privatisering” o.l. (”outsourcing”) av arbeidsoppgaver. Det gjenstår å se om forslaget vil bli tatt opp igjen av regjeringen, som nu har flertallet i Stortinget. Fremstillingen her bygger på de bestemmelsene som *er* vedtatt i loven av 2005; noe annet er det foreløpig hverken grunn til eller mulig å gjøre.

3.3.2 Arbeidslivslovutvalget og Kommisjonen

Endringen i ny aml. § 16-2 fjerde punktum skriver seg fra Arbeidslivslovutvalgets innstilling og har spesielt sammenheng med diskusjonen om forståelsen av direktivets regel og den norske lovtekstformuleringen ”*avløses* av en annen tariffavtale”. Utvalget bemerket at der ”ny arbeidsgiver” allerede har tariffavtale, ”kan det ... være uklart hvor lenge den nye arbeidsgiveren har plikt til å opprettholde de tariffavtalte individuelle avtalene [*sic*] til de overførte arbeidstakerne”. Utvalget tok videre utgangspunkt i en utlegning av § 73 B nr. 2 som det mente var ”i samsvar med forarbeidene til”

bestemmelsen, men pekte så på at det i ”senere tid” var gjort gjeldende et annet syn i ”juridisk teori”.⁶¹

Den nye formuleringen i § 16-2 annet ledd fjerde punktum klargjør at det kreves *gjensidig* tariffbundethet for at overførte arbeidstagere skal få nye tariffvilkår. Derimot er det ikke uten videre klart hva som skal til for at en etter lovens regel relevant tariffbundethet skal foreligge. Spørsmålet knytter seg til uttrykket ”til det *inngås* ny tariffavtale ...”.

Formuleringen ”til det *inngås* ny tariffavtale ...” har sin bakgrunn i en henvendelse til EF-kommisjonen der departementet, under arbeidet i Arbeidslivslovutvalget, spurte om direktivets formulering – ”the entry into force or application of another collective agreement” – kan omfatte en tariffavtale som erververen fra før av var bundet av på overføringstidspunktet. I brevet viste departementet spesielt til EF-kommisjonens reviderte direktivforslag fra 1975, COM(75) 429 final.⁶² I svaret fra Kommisjonens DG Employment and Social Affairs heter det:

”If the transferee is bound by a collective agreement negotiated and agreed before the transfer, this collective agreement does not automatically apply to the workers transferred. Under Article 3 (3), the transferee has the obligation to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement in force between the transferor and its workers, until the date of termination or expiry of that collective agreement or the entry into force of another collective agreement.

In my opinion, by «another collective agreement», the Directive means a collective agreement negotiated with the participation of the

⁶¹ Se NOU 2004: 5, s. 400, og i det hele s. 399-402 og 566. Utvalgets utlegning av lovforståelsen er ikke særlig presis og må således forstås i lys av det syn i ”juridisk teori” som fremstilles som avvikende eller motsatt. Når utvalget dertil hevder at dets utlegning er i samsvar med hva ”den alminnelige oppfatning [har] vært”, er det ikke godt å se hva grunnlaget for en så bred formulering skulle være. Jfr. hertil note 46 ovenfor.

⁶² Arbeids- og administrasjonsdepartementets (AAD) brev av 10. april 2002 (ref. 02/1809 AMAR CHH) til The European Commission, DG Employment and Social Affairs, Directorate D.

workers transferred (or their representatives at the adequate level) and the transferee (or its representative at the adequate level).”⁶³

Arbeidslivslovutvalget forstod dette slik at “Kommissjonen mener altså at formuleringene i direktivets artikkel 3 nr. 3 om at en annen tariffavtale trer i kraft eller kommer til anvendelse, bare sikter til at bestemmelsen ikke er til hinder for at *partene kan bli enige om at en annen avtale skal gjelde*” (*ibid.*; uthevet her). Dette ble videre utlagt slik at “[d]et kan likevel være mest nærliggende å anta at direktivets formål er til hinder for at ny arbeidsgivers tariffavtale i gitte situasjoner kommer *automatisk* til anvendelse med den følge at arbeidstakernes lønns og arbeidsvilkår forringes”, men at det ”vil uansett ikke være til hinder for at «ny tariffavtale» inngås ved at den nye arbeidsgiveren *inngår avtale* med den eller de arbeidstakerorganisasjoner som representerer de overførte arbeidstakerne om at den nye arbeidsgiverens tariffavtale skal *gjøres gjeldende* for de overførte arbeidstakerne” (*ibid.*, jfr. for det siste av sitatene også s. 566; uthevelsene er mine).

Denne utlegningen og den uttalelsen den bygger på, er isolert sett ganske prekær, rettskildemessig betraktet. Formuleringen ”the entry into force or application of another collective agreement” i den engelske versjon av direktivet er sproglig helt parallell med formuleringene i direktivet i fransk, tysk, italiensk og spansk versjon. I den danske versjon heter det inntil ”en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning”, hvilket sproglig sett må anses som tilsvarende de øvrige formuleringer. Etter sin ordlyd gir ikke noen av disse formuleringene grunnlag for å tolke direktivets bestemmelse slik at det kreves en ”ny tariffavtale” eller en avtale om å gjøre en eksisterende tariffavtale som er bindende for erververen, gjeldende for de overførte arbeidstagerne. Uttalelsen fra Kommissjonens representant i brevet til AAD gir ingen selvstendige holdepunkter for fortolk-

⁶³ Brev fra DG Employment and Social Affairs, Head of Unit R. Gonzalez Dorrego, 3. juni 2002 (DG EMPL/D/3 FP/bp D(2002) 43494) til AAD [de to som hadde signert AADs brev]. Jfr. NOU 2004: 5, s. 402; der siteres kun det siste av de to avsnittene gjengitt i teksten her.

ningen; den fremtrer som en naken erklæring av en oppfatning.⁶⁴ Som sådan har den knapt noen rettskildemessig betydning.⁶⁵

Spørsmålet må derfor være om det kan finnes andre holdepunkter for en slik fortolkning som Arbeidslivslovutvalget la til grunn for sitt forslag.

Dette har ikke vært drøftet særlig inngående tidligere – heller ikke i forarbeidene til den nye loven. Men problemstillingen det knytter seg til, er praktisk viktig, og spørsmålet kan dessuten være rettskildemessig interessant. Det kan derfor være grunn til å se nærmere på det.

3.3.3 Direktivbestemmelsens bakgrunn

Det er da nødvendig å gå et stykke tilbake. EF-kommisjonen la frem et første forslag til et virksomhetsoverdragelsesdirektiv i mai 1974.⁶⁶ Etter uttalelser om dette fra ECOSOC (The Economic and Social Committee) og EF-parlamentet ble et nytt forslag lagt frem i juli 1975.⁶⁷ Det lå så til grunn for de drøftelser som ble ført videre (i Kommisjonen og Rådet) og ledet frem til det direktivet som ble vedtatt i februar 1977. Bestemmelsene i art. 3 nr. 2 – nu nr. 3 – har stått uendret siden da.

I forslaget fra 1974 finnes det en uttalelse i de ”forklarende bemerkninger” (”Explanatory Memorandum”) om at forslaget (bl.a.)

⁶⁴ Det er forsåvidt betegnende at noen tilsvarende ”fortolkningsuttalelse” ikke finnes i Kommisjonens *Memorandum on rights of workers in cases of transfers of undertakings*. Commission Services’ Working Document [Brussels, november 2004], jfr. pkt. 3.2 s. 7 – nok fordi det her ikke finnes rettspraksis om direktivforståelsen.

⁶⁵ Ett er at EF-domstolen ikke nødvendigvis legger vekt på hva Kommisjonen måtte ha uttalt om fortolkningsspørsmål eller anfører i en konkret sak; rettspraksis byr på nok av illustrasjoner. Et annet er at fortolkningsuttalelser som er gitt fra Kommisjonens side, ikke alltid fastholdes og følges opp av Kommisjonen selv når problemstillingene aktualiseres i konkrete saker. Som ett eksempel kan det i vår sammenheng vises til *Collino*, se nedenfor i petit-avsnittet på s. 56 ad direktivets art. 2 nr. 1 litra d.

⁶⁶ COM(74) 351 Final (engelsk versjon: Final/2), av 29. mai 1974.

⁶⁷ COM(75) 429 final, av 25. juli 1975.

innebærer at en erverver skal respektere individuelle lønns- og arbeidsvilkår ("terms of employment") som følger av en "organisasjonsmessig" tariffavtale inntil den utløper, eller inntil et år hvis det er tale om en tidsubestemt tariffavtale:

"The situation is different with collective agreements (wage agreements) concluded between associations, which are not binding on the transferee and have not been declared to be generally binding. In this case, it would be a breach of the right of free association to impose on the transferee against his will a collective agreement to which he is not already a party. However, in order to prevent the workers losing their terms of employment reached through collective agreements, paragraph 3 [dvs forslaget art. 3 nr. 3] attempts to provide a compromise: although the status of a party to any collective agreement is not imposed on the transferee, he shall respect existing terms of employment reached through collective agreements and shall, in the case of collective bargaining agreements of limited duration, respect the terms of employment laid down in the collective agreement up to the end of its period of validity and, in the case of collective bargaining agreements of unlimited duration, for a period of one year.

It is to be noted that the solution provided for in paragraph 3 is modelled on Article 31 (C)(7) of the French Code du Travail, Book 1, as laid down in Law no 71-569 of 13 July 1971." (COM(74) 351 Final/2, Explanatory Memorandum s. 6-7.)

Denne uttalelsen er, som vi straks skal se, bare delvis dekkende for det forslaget som ble fremmet; den omtaler ikke siste del av forslaget art. 3 nr. 3. I forslaget lød bestemmelsen i nr. 3 i sin helhet slik:

"Where the transferee is not bound by the same trade association's collective bargaining agreement as the transferor, the transferee shall nevertheless, in the case of collective bargaining agreements of limited duration, respect the terms of employment laid down in the collective agreement concluded by the transferor up to the end of its period of validity, and in the case of collective bargaining agreements of unlimited duration, for a period of one year from the date of his entry into the employment relationship. *The preceding sentence shall not be applicable when the transferee is bound by another collective bargaining agreement which also covers the undertakings that have been transferred.*" (COM(74) 351 Final/2 (direktivutkastet, upaginert); mine uthevelser.)

Forslaget gikk således ut på at dersom erververen er bundet av en (organisasjonsmessig) tariffavtale som "dekker" den overførte virk-

somhet, skulle denne tariffavtalen ha anvendelse fremfor tariffbaserte vilkår i henhold til overdragers tariffavtale.⁶⁸

EF-parlamentet hadde ikke bemerkninger til forslaget art. 3.⁶⁹ Derimot reiste ECOSOC innvendinger. Dels gikk ECOSOC mot et skille mellom tidsbestemte og tidsubestemte ”organisasjonsmessige” tariffavtaler. Dels mente komitéen at virkningene av en tariffavtale på overdragers side til enhver tid måtte kunne settes ut av kraft ved inngåelse av en ny tariffavtale mellom de berørte parter etter en overføring av virksomhet. Men ECOSOC gikk imot at en tariffavtale hos erverver skulle kunne ha ”automatisk” virkning for overførte arbeidstagere. I komitéens uttalelse heter det forsåvidt:

”2.3.5. Contrary to the last sentence of Article 3 (3), the previous conditions of service laid down in a collective agreement should also continue to apply temporarily if the transferee is bound by another collective bargaining agreement which also covers the undertaking that has been transferred. Otherwise, if the collective agreement governing the transferee were less favourable than that hitherto applicable to the employees, there would be a risk that the change of employer would automatically result in less favourable terms of employment for the transferred staff.

2.3.6. Finally, the Committee would draw attention to the fact that in some circumstances there could be grounds for applying the collective agreement governing the transferee to the transferred employees at once or before a year has elapsed. It thinks it is right, therefore, to allow this matter to be settled with the workers’ representatives within the framework of the negotiations provided for in Article 8. Such a procedure would both allow imperative business requirements to be catered for in the settlement, especially where a small firm is taken over by a large undertaking, and would take account of the possibility that the new collective agreement may be more favourable than that hitherto applicable to the transferred employees.”⁷⁰

⁶⁸ Forslaget hadde også et nr. 2 i art. 3, om at det vi kan kalle en ”bedriftsvis” tariffavtale skulle gå automatisk over på erververen. Det er forskjellen til denne situasjonen det er siktet til med ”the situation is different” i sitatet ovenfor fra Explanatory Memorandum.

⁶⁹ Jfr. European Parliament, Resolution, O.J. C 95, 28. april 1975, s. 17-21.

⁷⁰ Se Opinion of the Economic and Social Committee 24 April 1975, O.J. C 255, 7. november 1975, s. 25-36 (27-28). De ”negotiations” etter art. 8 som det

ECOSOCs forslag ble, i en litt annen sproglig utformning, fulgt opp i Kommisjonens reviderte forslag. Skillet mellom ”bedriftsvisse” og ”organisasjonsmessige” tariffavtaler ble opprettholdt, og for de siste gikk man bort fra 1974-forslagets åpning for ”automatisk” anvendelse til en regel om at endring innenfor ett år etter overføringen skulle kreve inngåelse av en ny tariffavtale. I det reviderte forslaget fra 1975 lød art. 3 nr. 3 slik:

”Conditions of employment agreed under a trade association collective agreement to which the transferor has been party shall continue to be valid following a transfer within the meaning of Article 1 even where the transferee is not bound by the same trade association collective agreement as the transferor, until the parties have concluded a fresh collective agreement or agreements but for a maximum of one year following the transfer. Where no fresh collective agreement is concluded within this period and the transferee is party to a trade association collective agreement, the terms of that agreement shall apply.” (COM(75) 429 Final, direktivutkastet, s. 5.)

Bemerkningene til denne bestemmelsen i “Explanatory Memorandum” følger dem fra 1974-forslaget frem til slutten av første avsnitt, der det i stedet sies ”... requires [the transferee] to respect terms of employment already secured under a collective agreement until the parties have concluded a fresh collective agreement or agreements, although for a period not exceeding one year. ...”. Dertil heter det at utkastets art. 3 nr. 2 og 3 svarer til det syn ECOSOC hadde gitt uttrykk for.⁷¹

Den teksten som ble vedtatt vel halvannet år senere, ble imidlertid ganske vesentlig endret – i det minste på noen punkter. EFs Råd gav sin prinsipielle tilslutning til direktivet 9. desember 1976, og den endelige teksten ble derefter utarbeidet. Den vedtatte art. 3 nr. 2 lyder slik:⁷²

refereres til i uttalelsen, er en forløper til bestemmelsen i direktivets art. 6 (nu art. 7) nr. 2 om ”konsultasjon” ”med sikte på å oppnå en avtale”, som ”gjenfinnes” i aml. § 73 E tredje ledd/ny aml. § 16-5 tredje ledd.

⁷¹ COM(75) 429 Final, Explanatory Memorandum, s. 7.

⁷² Det er ikke inntatt noen erklæring til bestemmelsen om det som er temaet her, i Rådsnoten av 10. februar 1977.

“Following the transfer within the meaning of Article 1 (1), the transferee shall continue to observe the terms and conditions agreed in any collective agreement on the same terms applicable to the transferor under that agreement, until the date of termination or expiry of the collective agreement or the entry into force or application of another collective agreement.

Member States may limit the period for observing such terms and conditions, with the provision that it shall not be less than one year.”

For det første skilles det ikke her, slik forslagene gjorde, mellom ”bedriftsvisse” og ”organisasjonsmessige” tariffavtaler. Dernest har bestemmelsen et nytt alternativ for når tariffbaserte individuelle vilkår ikke lenger skal kreves etterlevet – ”the date of termination or expiry of the collective agreement” som gjaldt hos overdrageren. For det tredje er formuleringen med krav om inngåelse av en *ny* tariffavtale – ”a fresh collective agreement” – fjernet. I stedet heter det ”the entry into force *or the application* of another collective agreement”. Når disse to underalternativene er stillet ved siden av hverandre, er det naturlig å forstå ordlyden slik at det første – ”the entry into force” – refererer seg til situasjoner der erververen inngår en ny (”another”) tariffavtale eller en eksisterende tariffavtale blir gjort bindende for erververen på annen måte enn ved erververens egen avtaleinngåelse (f.eks. ved at en tariffavtale gjøres ”almengyldig” e.l. og derved omfatter erververens virksomhet). Det andre alternativet – ”the application of” en annen tariffavtale enn den som gjaldt hos overdrageren – er det da naturlig å forstå, motsetningsvis, som *anvendelsen* av en tariffavtale erververen er bundet av, og som etter sitt innhold og alminnelige regler forøvrig vil omfatte (gjelde for) også de overførte arbeidstagere.

”Ettårsregelen” i nr. 2 annet ledd kan umiddelbart kanskje leses slik at den perioden tariffbaserte individuelle vilkår hos overdrager skal etterleves hos erverver, uansett ikke kan være kortere enn ett år. Men sproglig sett er en slik lese måte ikke nærliggende – og i lys av bakgrunnen er den kunstig. Poenget er at dersom de individuelle vilkår som gjaldt hos overdrageren, ikke avløses av en annen tariffavtale som ”trer i kraft eller får anvendelse”, og den tariffavtale overdrageren var bundet av, ikke er utløpt eller opphørt, skal det være tillatt å åpne for endringer på annen måte – i praksis først og fremst

ved individuell avtale – når ett år er gått etter virksomhetsoverdragelsen.

3.3.4 Nasjonale rettsordninger og implementeringer

Direktivets bestemmelser er gjennomført i nasjonal rett på ulike måter, naturlig nok. Det gjelder også bestemmelsene i direktivets art. 3 nr. 2 (nu nr. 3), og løsningene er ulike også med hensyn til vilkårene for virkning av erververs eksisterende tariffavtaler.

Som det fremgår av det som er sitert ovenfor (s. 206-207) fra bemerkningene til direktivforslaget fra 1974, bygget forslaget om en ”automatisk” virkning av ”organisasjonsmessige” tariffavtaler på det som da var gjeldende rett i (bl.a.) Frankrike. Den aktuelle bestemmelsen i *Code du Travail* ble imidlertid endret i forbindelse med gjennomføringen av direktivet i fransk rett.⁷³ Som alminnelig utgangspunkt vil en tariffavtale (”convention” eller ”accord collectif”) som var bindende for overdrageren, automatisk være bindende også for erververen ved en overføring av virksomhet; jfr. for såvidt *Code du Travail* Art. L-132-8, syvende ledd første punktum. Den vil da også ha virkning for de overførte arbeidstagerne på samme måte som hos overdrageren, derunder (som alminnelig regel) i ett år etter utløpet av oppsigelsestiden hvis tariffavtalen sies opp (Art. L.132-8 tredje ledd, etter endring i 1985). Innenfor det tidsrom tariffavtalen har slik virkning, kan endringer i forhold til dens bestemmelser bare gjennomføres ved inngåelse av en ny tariffavtale (en tilpasnings- eller ”avløsningsavtale”; jfr. Art. L.132-8 syvende ledd annet punktum, etter endring i 1982). Samtidig er den alminnelige regel (etter Art. L.135-2), uavhengig av reglene om virksomhetsoverdragelse, at en tariffavtale ikke kan endre individuelle arbeidsvilkår i arbeidstagerens disfavør.⁷⁴ Her har man således valgt en annen løsning i nasjonal rett enn direktivets.

⁷³ Endringer og tilføyelser i *Code du Travail* Art. L.122 ble gjort med lov 83-528 av 26. juni 1983.

⁷⁴ Se f.eks. Ray 2004, s. 591-592, 594-597 og 610-616, og Radé (ed.) 2004, s. 284-287.

Det samme gjorde man i Sverige ved gjennomføringen av direktivet i 1994,⁷⁵ men man bygget da på at direktivets regel innebar ”automatisk” anvendelse; jfr. SOU 1994:83, s. 95-99 og 144, og Prop. 1994/95:102, s. 50-58, spesielt s. 55; jfr. dertil NOU 2004: 5, s. 401-402. Direktivet kan heller ikke anses å være til hinder for slike nasjonale løsninger, forsåvidt som de kan anses å gi overførte arbeidstagere et bedre vern mot endringer til ugunst som følge av tariffavtaleanvendelse enn det minimum direktivet krever. Som kjent er direktivet et ”minimumsdirektiv”, og på en rekke punkter finnes det ulike løsninger i nasjonal gjennomføringslovgivning.⁷⁶

Den svenske direktivforståelsen støttet seg, blandt annet, på hvordan direktivet var forstått og gjennomført i tysk rett. Som Bundesarbeitsgerichts dom fra 11. mai 2005 (jfr. i avsnitt 3.2 ovenfor) illustrerer, har man i tysk rett bygget på at direktivet ikke er til hinder for at en tariffavtale erververen er bundet av, får ”automatisk” anvendelse; forutsetningen er bare ”gjensidig tariffbundethet”. Dette fremgår uttrykkelig av BGB § 613a, jfr. spesielt Abs. 1 Satz 3.⁷⁷

Variasjonene er flere. I denne sammenheng er det imidlertid grunn til å notere at i Kommisjonens rapport til Rådet fra 1992, der de nasjonale gjennomføringsløsninger ble gjennomgått og svakheter eller mangler ble påpekt, ble det redegjort dekkende for den tyske rettstilstand, men *ikke* gitt noe uttrykk for at den på noen måte skulle være i strid med direktivets krav.⁷⁸ Noe slikt har, så langt jeg kan se, heller ikke senere vært bragt på bane.

3.3.5 En sammenfatning om direktivforståelsen

Som jeg alt har fremholdt (i 3.3.2 ovenfor), gir *ordlyden* i direktivets art. 3 nr. 3 første ledd ikke grunnlag for et krav om inngåelse av en ”annen” eller ”ny” tariffavtale for at en tariffavtale som er bindende

⁷⁵ Se medbestämmandelagen (1976:580) (MBL) 28 § tredje stycket. – Forsåvidt gjelder dansk rett, se ovenfor v. note 49-51.

⁷⁶ Se f.eks. *Næss* 2005, s. 114-115.

⁷⁷ Jfr. nærmere f.eks. *Preis* 2005, særlig s. 1593-1594, og *Schaub m.fl.* 2005, s. 1218-1221.

⁷⁸ Se SEC(92) 857 final, spesielt s. 47-48 og 134.

for erververen, skal kunne ”avløse” slike tariffbaserte individuelle vilkår som i utgangspunktet gjelder videre for overførte arbeidstagere. Ordlyden i den vedtatte bestemmelsen skiller seg vesentlig fra det forutgående forslaget fra 1975. Forarbeidene og tilblivelseshistorien gir forsåvidt heller ikke holdepunkter for et krav om en ”avløsningsavtale”, snarere tvert imot.

Den utformning bestemmelsen til slutt fikk, er det naturlig å se i lys av at det var – og er – store ulikheter mellom medlemsstatene både med hensyn til hva en ”tariffavtale” (”collective agreement”) er, rettslig sett, og med hensyn til hvordan den blir rettslig bindende og virker for de bundne.⁷⁹ Det er vesentlige forskjeller mellom systemer med ”almengjorte tariffavtaler” som i Frankrike, Belgia og endel andre land, og den tysk/skandinaviske modell hvor det grunnleggende utgangspunkt er at en tariffavtale er bindende som avtale mellom partene og for deres medlemmer (men ikke andre) gjennom ”medlemsbundethet”. En direktivregel som utelukker regulære virkninger av medlemsbundethet ved å kreve vilkår etter en annen tariffavtale opprettholdt eller en ny tariffavtale inngått, vil innebære et – tildels vesentlig – avvik fra det som ellers vil gjelde i et slikt system. Det illustreres ikke minst av tysk rett.⁸⁰

Det at nasjonal rett eventuelt må endres eller tilpasse seg, er selvsagt ikke noe avgjørende argument for eller mot en gitt direktivforståelse.⁸¹ Det samme gjelder forarbeidene og direktivets tilblivelseshistorie. Det er også diskutabelt i hvilken grad forarbeidene til et direktiv har betydning ved fortolkningen av direktivets bestemmelser. At de kan spille en rolle også i EF-domstolens avgjørelser, selv om domstolen ikke gir åpent uttrykk for det, er likevel ikke tvilsomt.⁸² Ellers er det vel kjent at ved siden av ordlyden –

⁷⁹ Se – f.eks. – *Ahlberg og Bruun* 1996, og *Rebhahn* 2001 og 2002 (jfr. *Rebhahn* 2003-04). Litteraturen på dette felt er særdeles omfattende; jeg nøyer meg med disse henvisningene, som også gir endel henvisninger videre.

⁸⁰ Det samme gjelder norsk rett, jfr. i 3.3.6 nedenfor. Jeg anser imidlertid ikke det som noe rettskildemessig poeng forsåvidt gjelder direktivforståelsen.

⁸¹ Dessuten kan jo den svenske løsning (jfr. v. note 75-76 ovenfor) her tjene til å illustrere at tilpasning er fullt mulig også i en tysk/skandinavisk modell.

⁸² Jfr. f.eks. *Sejersted m.fl.* 2004, s. 212-213.

komparativt og i de ulike sprogversjoner av en direktivbestemmelse – spiller formålsbetraktninger en viktig rolle i domstolens rettsanvendelse.⁸³ Men det gjør også komparativrettslige vurderinger og hensynet til hvilke løsninger som i et slikt perspektiv kan anses forenlige med og finne aksept i nasjonale rettssystemer.⁸⁴

Når det gjelder bestemmelsene i art. 3 nr. 3, kan det for såvidt med rette hevdes at en adgang til ”automatisk” anvendelse av en eksisterende tariffavtale på erververens side *kan* føre til at overførte arbeidstagere må avfinne seg med mindre gunstige vilkår enn de hadde hos overdrageren, og at dét ikke kan anses å være i samsvar med direktivets formål om å verne arbeidstagerne.⁸⁵ Dette formålet står likevel ikke alene, og som rettspraksis viser, har det heller ikke alltid avgjørende betydning for direktivfortolkningen.⁸⁶ Det er også et formål å legge til rette for hensiktsmessige og funksjonsdyktige løsninger for det indre marked. På arbeidsgiversiden vil erververen idealtypisk sett ha en interesse av mest mulig enhetlige vilkår for ansatte av samme kategori eller som utfører samme type arbeid. Hvis man også vektlegger ”den nye arbeidsgiverens interesser i å kunne gjennomføre de justeringer og tilpasninger som er nødvendige for at den overførte økonomiske enheten skal funksjonere”, slik generaladvokaten – kan hende også domstolen – har gjort i *Delahaye* (jfr. i avsnitt 5.2 og 3 nedenfor), kan det tjene til støtte for en slik fortolkning som – etter mitt syn – følger av direktivbestemmelsens ordlyd.

Så lenge EF-domstolen (eventuelt EFTA-domstolen) ikke har tatt stilling til spørsmålet, kan imidlertid en konklusjon – uansett hvilken – ikke anses som sikker.

⁸³ Jfr. spesielt om virksomhetsoverdragelsesdirektivet f.eks. *Holo* 2003, s. 742-745, og mer alment f.eks. *Sejersted m.fl.* 2004, s. 219-228.

⁸⁴ Jfr. (dommer i EFD) *Colneric* 2005, s. 283, som fremhever nettopp dette ved å sitere sin kollega Koen Lenaerts med tilslutning.

⁸⁵ Jfr. f.eks. ECOSOCs uttalelse fra 1975, v. note 70 ovenfor.

⁸⁶ Se eksempelvis nedenfor i avsnitt 5 og 6.2 om *Delhaye* og *Merckx*. Som et eksempel fra EFTA-domstolens rettspraksis har *Holo* (2003, s. 745) pekt på dens avgjørelse i *Eidesund* – sak E-2/95 *Eilert Eidesund mot Stavanger Catering A/S*, [1995-1996] EFTA Court Report 1.

3.3.6 Det nye aml. § 16-2 annet ledd – og problemstillinger videre
Efter denne deviasjon til direktivet vender jeg tilbake til den nye bestemmelsen i ny aml. § 16-2 annet ledd.

I proposisjonen, som her fulgte forslaget i Arbeidslivslovutvalgets innstilling, er det bare mer lakonisk uttalt at det ”er etter departementets vurdering behov for å presisere bestemmelsen slik at det fremgår av lovteksten at det kreves *en form for aktivitet* fra partenes side for at den nye arbeidsgivers tariffavtale skal komme til anvendelse eller tre i kraft overfor de overførte arbeidstakerne”, og med ”inngås” ”vil [det] dermed være klart at hvis den nye arbeidsgivers tariffavtale skal være bindende i forhold til de overførte arbeidstakerne, må det *inngås avtale* mellom partene om dette”. De individuelle rettighetene ”som følger av den tidligere arbeidsgiverens tariffavtale, kan bare erstattes ved at den nye arbeidsgiveren eller arbeidsgiverens organisasjon *inngår avtale* med den eller de arbeidstakerorganisasjoner som representerer de overførte arbeidstakerne, om at den nye arbeidsgiverens tariffavtale skal *gjøres gjeldende* for de overførte arbeidstakerne” (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 272 og 339; uthevelsene er mine).

Det kan vel sies at disse forarbeidsuttalelsene mangler noe i presisjon og ikke nødvendigvis er innbyrdes konsistente. Det er klart nok meningen at en overført arbeidstager ikke skal bindes av en tariffavtale hos erverver bare ”i kraft av” overføringen av arbeidsforholdet. Dersom erververen er bundet av en tariffavtale som omfatter den typen arbeid og arbeidstagerkategori det er tale om, og arbeidstageren er medlem av den avtalesluttende organisasjon på arbeidstagersiden, er dette likevel ikke nok. Det skal kreves noe mer, ”en form for aktivitet fra partenes side”. En slik form for ”automatisk” tariffbundethet og virkning som – eksempelvis – i dommen fra Bundesarbeitsgericht (jfr. i avsnitt 3.2 ovenfor) vil ikke kunne inntre.

Det betyr at den nye arbeidsmiljølovens løsning prinsipielt sett innebærer en begrensning av tariffbundethet ut over det som ellers

ville kunne følge av alminnelige tariffrettslige normer.⁸⁷ Det enkle utgangspunktet er her at dersom en tariffbundet arbeidsgiver ansetter en arbeidstager som er medlem av den avtalesluttende organisasjon, til arbeid som tariffavtalen omfatter, blir arbeidstageren derved omfattet. Det foreligger da gjensidig tariffbundethet, og tariffavtalens bestemmelser slår igjennom overfor avvikende individuelle avtalevilkår (jfr. arbeidstvistlovens § 3 nr. 3). Utgangspunktet er det samme der det ikke er tale om ”nyansettelse”, men i stedet overtagelse av arbeidsavtaleforhold ved en virksomhetsoverdragelse.

Det er kanhende grunn til å understreke at det jeg her har fremholdt som utgangspunkt etter ”alminnelige tariffrettslige normer”, er det som følger av det vi kan kalle ”deklaratoriske utfyllingsnormer”. Som i tariffretten ellers er det selvsagte og grunnleggende at spørsmålet om hva som følger av en konkret tariffavtale, beror på tariffavtalen selv. Spørsmålet om en eksisterende tariffavtale hos erverver uten videre får anvendelse, kan stille seg anderledes etter ”funksjonæravtaler” som ”gjøres gjeldende” på individnivå, enn etter andre typer ”funksjonæravtaler” (f.eks. innen bank og forsikring) og ”arbeideravtaler”, eller der tariffavtalen har ”forhandlingsbestemmelser” for nye arbeidstagere eller organisasjonsmedlemmer i virksomheten (f.eks., uten at jeg tar stilling til om den ville vært anvendelig, av en type som den tidligere § 19 i hovedavtalen LO – N.A.F. (1978-81)). Likeledes er det selvsagt at hva som er ”avvikende” avtalevilkår, beror på tariffavtalen. Det gjelder såvel på arbeidsavtalenivå – det følger direkte av ordlyden i arbeidstvistlovens § 3 nr. 3 – som forøvrig. Dette er imidlertid et annet og langt mer omfattende tema; det lar jeg ligge med dette.

Tar vi derimot den nye lovens løsning som utgangspunkt, er et neste spørsmål *hvor meget* av ”aktivitet” som skal til for å etablere tariffbundethet for de overførte arbeidstagerne. Den situasjon som diskuteres i lovforarbeidene, er en hvor erververen på overførings-tidspunktet fra før av *er* bundet av en tariffavtale (eller flere) som etter sitt saklige og personelle anvendelsesområde ville kunne omfatte de

⁸⁷ *Derved* innebærer løsningen også at ”ufravikelighetsregelen” i arbeidstvistlovens (lov 5. mai 1927 nr. 1) § 3 nr. 3 ikke vil ha anvendelse i slike tilfeller, slik Arbeidslivslovutvalget forsåvidt også har pekt på, jfr. NOU 2004: 5, s. 402 og 566. Men det kanskje grunn til å understreke at dette ikke kan betraktes som et ”inngrep” i eller avvikelse fra et ”ufravikelighetsprinsipp”. Resultatet følger derimot av at lovløsningen innebærer at *tariffbundethet* (medlemsbundethet) ikke inntreer.

overførte arbeidstagerne (eller noen av dem). Det synes klart at det *ikke* er meningen at det da må inngås en *ny* tariffavtale i tillegg for at de overførte arbeidstagerne skal kunne bli tariffbundet. Lovtekstens uttrykk ”inngås ny tariffavtale” kan for såvidt ikke fortolkes helt etter sin ordlyd. På den ene side er det klart at det må kreves noe *efterfølgende* – en avtale eller ”aktivitet”, og ihvertfall som utgangspunkt *etter overføringstidspunktet* (jfr. videre nedenfor s. 48-49). I motsatt fall ville jo anvendelsen av en bestående tariffavtale hos erververen igjen bero på tariffavtalen selv. På den annen side må det være tilstrekkelig at det ”inngås avtale” om å ”gjøre” den bestående tariffavtalen som erververen er bundet av, ”gjeldende” for de berørte overførte arbeidstagerne. Formodentlig må det da kunne være tilstrekkelig at det utveksles krav og aksept mellom tariffpartene om at tariffavtalen skal bli ”gjort gjeldende” med et slikt omfang. Det er for såvidt en kjent teknikk i mange tariffavtalerelasjoner for tilfeller der man vil kreve en bestående organisasjonsmessig tariffavtale gjort gjeldende for en medlemsbedrift i arbeidsgiverorganisasjonen der denne ikke tidligere har vært bundet av tariffavtale mellom organisasjonene, eller der den igangsetter virksomhet som ikke er omfattet av tariffavtale som bedriften er bundet av. Jfr. eksempelvis Hovedavtalen LO – NHO (2002-2005) § 3-7, hovedavtalen NHO – YS (2002-2005) § 3-7 og hovedavtalen LO – HSH (2002-2005) § 10.⁸⁸ Bestemmelsene om dette er imidlertid typisk utformet slik at de *ikke* omfatter tilfeller der en tariffbundet bedrift får nye arbeidstagerne som er medlemmer av tariffmotparten og skal utføre arbeid av den art tariffavtalen gjelder for.

I proposisjonen er det, som gjengitt ovenfor, sagt at avtale om å gjøre en tariffavtale gjeldende, må inngås ”med den eller de arbeidstakerorganisasjoner som representerer de overførte arbeidstakerne” (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 339). Om det er bevisst, vites ikke, men i dette ligger et viktig poeng: En avtale om å gi en tariffavtale en anvendelse eller rekkevidde den ikke har (i dette tilfelle på grunn av lovens regel), vil typisk ikke kunne inngås av de lokalt tariffbundne aktører (arbeidsgiver og ”klubb” e.l.), men bare av de (overordnede) tariffparter som har ”partsrådigheten” over tariffavtalen. Jfr. for såvidt illustrasjonsvis på

⁸⁸ Se mer generelt om slike avtaleordninger og deres utbredelse i privat sektor Stokke, Evju og Frøland 2003, særlig s. 62-65, 103-106 og 124.

dens felt Hovedavtalen LO – NHO § 3-7 nr. 4. I *denne* relasjon er det ikke grunnlag for å fortolke den nye arbeidsmiljølovens bestemmelse slik at den skal endre eller gjøre unntak fra det som følger av alminnelige tariffrettslige normer.

Det som ihvertfall synes klart, er at den nye lovbestemmelsen *ikke* er ment å skulle forstås etter sin ordlyd. Dertil er det rimelig klart at bestemmelsen er kommet som resultat av en oppfatning om hvordan den bakenforliggende direktivbestemmelsen er å forstå, selv om uttalelsene i forarbeidene kan sies å gi noe større handlingsrom enn en strikt forståelse av ”a collective agreement” i uttalelsen fra Kommissjonens representant (jfr. i 3.2 ovenfor).

Som jeg har fremholdt foran, er den direktivforståelsen forarbeidene støtter seg på, i beste fall usikker. Dermed åpner det seg et perspektiv – interessant, morsomt, begge eller ingen av delene, alt etter som man vil se det. Man kan spørre seg om den lovløsningen som er bygget på forarbeidenes direktivforståelse, må falle dersom det skulle vise seg at EF-domstolen (eller EFTA-domstolen) kommer til at direktivet *ikke* er slik å forstå. Eller, med andre ord, kan det ligge til rette for en ny applikasjon av en ”Eidesund-tilnærming”?

Med det sikter jeg selvsagt til den tilnærming til lov- og forarbeidsfortolkningen som Høyesterett anvendte i den hjemlige videreføring av saken etter EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Eidesund*, i Høyesteretts dom i Rt. 1997.1965. Stilisert – det er ikke meningen å være noe annet her – var forholdet at i forarbeidene var det sagt ”A” om forståelsen av direktivets art. 3 nr. 3. EFTA-domstolen tolket direktivet motsatt, til ”B”. Høyesterett fant uttalelsen om ”A” uklar – hvilket det må sies ikke uten videre var nærliggende ut fra ordlyden – fremholdt at det av forarbeidene ellers fremgikk at intensjonen med bestemmelsene i aml. kap. XII A ikke var mer enn å innføre direktivets minimumsregler, og kom ut fra det til at lovens § 73 B nr. 3 måtte fortolkes lik ”B”.⁸⁹

Situasjonen er ikke helt den samme for vår problemstilling, forsåvidt som den nye lovteksten kan sies å gi et bedre holdepunkt for en rent ”norsk” løsning. Men ser man det hele under ett, er det ihvertfall nærliggende å stille spørsmålet.

Også spørsmålet ovenfor må stå åpent. Den nye arbeidsmiljølovens regel vil i utgangspunktet innebære en endring i forhold til aml. § 73 B nr. 2, ihvertfall ved at den gir en noe større grad av klarhet om hva

⁸⁹ Jfr. litt mer utfyllende om dommen *Holo* 2003, s. 745-746.

løsningen skal være. I hvilken utstrekning den materielt sett skal anses som ny, beror på hvordan man stiller seg til fortolkningen av den gjeldende arbeidsmiljølovens bestemmelse. Men det blir – formodentlig – ganske snart nærmest en kontrafaktisk hypotese. Spørsmålet er ikke løst i rettspraksis. Hvordan problemstillingen er blitt behandlet i praksis på tariffavtale- og virksomhetsnivå, foreligger det ingen samlet eller systematisk oversikt over.

Uansett vil den nye lovens regel gi grunn til å utvikle løsninger i praksis, eventuelt gjennom ny tariffavtaleregulering – f.eks. ved nye former for ”gjøre gjeldende”-bestemmelser.

Et spørsmål som kan stilles i sammenheng med dette, er om det kan inngås tariffavtale med eller for de arbeidstagere som overføres, *før* overføringstidspunktet. Det som da er den aktuelle problemstillingen, er om det kan inngås en konkret ny tariffavtale, eventuelt en konkret avtale om å gjøre en bestående tariffavtale gjeldende, når det er avklart at en virksomhetsoverdragelse vil finne sted, men før tidspunktet for overføringen. Det vil f.eks. kunne tenkes gjort i forbindelse med slik informasjon og drøftelser som skal gjennomføres etter lovens § 16-5 (som på disse punkter tilsvarer gjeldende lovs § 73 E).⁹⁰ Etter § 16-5 tredje ledd skal drøftelser føres ”med sikte på å oppnå en avtale” hvis det planlegges ”tiltak overfor arbeidstakerne”. Denne bestemmelsen er vid nok til å favne også en avtale om tariffregulering, og formålet med den er å oppnå en avklaring av arbeidstagerens situasjon så tidlig som mulig. Forsåvidt vil det være i god harmoni med denne bestemmelsen om det inngås en avtale om den tariffmessige situasjon etter overføringstidspunktet for de arbeidstagere som skal overføres. Ordlyden i § 16-2 annet ledd siste punktum – ”til det inngås ny tariffavtale” – kan på sin side ikke anses å være til hinder for en slik løsning. Spørsmålet er ikke berørt i lovforarbeidene. Forsåvidt ligger løsningen åpen. Reelle hensyn, til klarhet, forutberegnelighet, muligheten for vurdering av bruk av ”reservasjonsrett”, m.v., taler imidlertid etter mitt syn for at det bør holdes åpent for denne typen av ”forhåndsavtaler”.

⁹⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340.

På den annen side må det være klart, slik jeg alt har fremholdt, at en generell regulering i tariffavtale om at avtalen skal være bindende for overførte arbeidstagere ved virksomhetsoverdragelse, ikke vil være forenlig med § 16-2 annet ledd siste punktum, slik bestemmelsen er skrevet. Det ville jo nettopp innebære at anvendelsen av en bestående tariffavtale hos erververen igjen beror på tariffavtalen selv

Mest umiddelbar effekt vil den nye lovregelen da ha for den tariffavtalen man har i staten om ”automatisk” anvendelse fra ”dag én” av hovedtariffavtalen på arbeidstagere som overføres til det statlige tariffområdet. Den illustrerer at staten – ved AAD – ikke har fortolket § 73 B nr. 2, eller sin egen forutsetning om ”en form for aktivitet (jfr. i note 58 ovenfor), dithen at det skulle kreves en etterfølgende aktivitet eller avtale. Etter den nu gjeldende lov må ”dag én”-avtalen anses å ha virkning som forutsatt. Med den nye arbeidsmiljølovens § 16-2 annet ledd vil avtalen derimot ikke lenger kunne ha den avtalte virkning på dette punkt.

Staten (ved AAD) og hovedsammenslutningene ble i en protokoll av 18. september 2003 enige om at hovedtariffavtalen i staten m.v. skal gjelde for alle arbeidstakere i staten fra det tidspunkt overføring skjer, uavhengig av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse eller ikke. I protokollen heter det bl.a.:

”1. Arbeidstakere i ikke-statlig virksomhet som blir overført til det statlige tariffområdet, omfattes av hovedtariffavtalen, hovedavtalen og andre sentrale særavtaler i staten fra overføringstidspunktet, med mindre hovedtariffavtalepartene blir enige om noe annet.”⁹¹

Avslutningsvis peker jeg på at forholdet til tariffavtaler uansett er et eksempel på at endringer kan inntre ved at en annen og ny rettslig regulering får anvendelse for de berørte arbeidsforholdene etter overføring.

⁹¹ Jfr. AADs PersonalMelding nr. 15/2003 (1. desember 2003). Protokollen er ikke sagt opp (pr. 15. oktober 2005); den gjelder således fortsatt (ut 2006; jfr. tjenestetvistloven av 18. juli 1958 nr. 2 § 12 første ledd).

4 Anvendelse – og avgrensninger? – for offentlig virksomhet

I *direktivets* regler ligger det en viss avgrensning av anvendelsesområdet i forhold til det vi, forenklet og foreløpig, kan kalle offentlig-rettslig virksomhet. Avgrensningen har i utgangspunktet *to* hovedelementer, eller sider. For det første ligger det en avgrensning i hva som i direktivets forstand er en ”virksomhet” (en ”undertaking”, eller et ”foretak”, som det nu heter i den norske oversettelsen etter endringen av direktivets art. 1 nr. 1 i 1998). Men det ligger også – for det annet – en avgrensning i direktivets *arbeidstager*begrep. Tosidigheten, og sammenhengen mellom de to elementene, illustreres godt med utgangspunkt i EF-domstolens saker *Redmond Stichting*⁹² og *Henke*⁹³.

4.1 Virksomhetens art

Henke var den første saken der EF-domstolen ble stillet overfor spørsmålet om offentlig virksomhet i form av offentlig forvaltningsmyndighet (myndighetsutøvelse) faller inn under direktivets anvendelsesområde. Saken gjaldt, enkelt sagt, overføring av forvaltningsfunksjoner fra en kommune til et interkommunalt forvaltningsfelleskap. I motsetning til generaladvokatens innstilling (jfr. i 4.2 nedenfor) bygget EF-domstolen en avgrensning på *virksomhetens art*. Med henvisning til direktivets fortale og dets terminologi på de ulike sprog kom domstolen til at overføring av forvaltningsfunksjoner mellom offentlige forvaltningsorganer ikke var ”overføring av virksomhet” i direktivets forstand. Det underliggende poeng var at det her var tale om rettssubjekter som ikke drev noen ”økonomisk aktivitet”.⁹⁴

Blandt annet *Henke* ligger til grunn for den endringen av direktivets omfangsbestemmelse som ble vedtatt i 1998, med Rådsdirektiv 98/50/EF, og som er videreført i Rådsdirektiv 2001/23/EF. I dets art. 1 nr. 1 heter det, i norsk oversettelse:

⁹² Sak C-29/91 *Dr. Sophie Redmond Stichting v Hendrikus Bartol a.o.*, [1992] EFD I-3189.

⁹³ Sak C-298/94 *Annette Henke v Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken*, [1996] EFD I-4989.

⁹⁴ Se *Henke* avsnitt 14, jfr. avsnitt 13 og 15 og avsnitt 12.

- ”(a) Dette direktiv får anvendelse på overdragelse av et foretak, en virksomhet eller en del av et foretak eller en virksomhet til en annen arbeidsgiver som følge av en kontraktmessig overdragelse eller en fusjon.
- (b) Med forbehold for bokstav a) og de følgende bestemmelser i denne artikkel regnes som overdragelse i henhold til dette direktiv en overdragelse av en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, enten det dreier seg om en hoved- eller en bivirksomhet.
- (c) Dette direktiv får anvendelse på offentlige og private foretak som driver økonomisk virksomhet, enten målet med virksomheten er gevinst eller ikke. En administrativ omorganisering av offentlige forvaltningsmyndigheter eller overføring av administrative funksjoner mellom offentlige forvaltningsmyndigheter er ikke en overdragelse i henhold til dette direktiv.”

Hva som etter dette vil kvalifisere som ”økonomisk enhet ...” og ”økonomisk virksomhet”, og hva som skal anses å falle inn under unntaksformuleringen i litra c annet punktum, kan utvilsomt diskuteres. I denne sammenheng nøyer jeg meg med å bemerke at unntaket i litra c ihvertfall i det vesentlige knytter seg til virksomhet i form av *offentlig myndighetsutøvelse*.⁹⁵

Det bør da også understrekes at *arbeidsmiljølovens* kap. XII A, ihvertfall etter endringene i 2001 i forbindelse med gjennomføringen av direktiv 98/50/EF, forutsetningsvis *ikke* har et tilsvarende unntak, men også omfatter overføring av virksomhet som er ren myndighetsutøvelse. Dette ble tatt spesielt opp i lovforarbeidene.

I proposisjonen tok departementet utgangspunkt i formålet, å verne arbeidstagerne, og at utgangspunktet er ”at *alle* som etter nasjonal rett er å anse som arbeidstakere har krav på samme beskyttelse”. Etter departementets syn ville det samsvare dårlig med formålet ”at enkelte arbeidstakere skal falle utenfor reglens beskyttelsesområde kun fordi de utfører en viss type arbeidsoppgaver”, og departementet mente at det *ikke* var ”sterke grunner som taler for at arbeidstakere som driver med rene forvaltningsoppgaver ikke skal være omfattet av de samme vernereglene som øvrige arbeidstakere”. Forholdet til tjenestemannslovens regler var noe man sa man ville komme tilbake til (uten at det ble gjort i noen lovsammenheng), men det var noe departementet mente *ikke* ”har betydning for spørsmålet om å la reglene få full anvendelse i offentlig sektor”. Jfr. Ot.prp.

⁹⁵ Se alment til dette *Holo* 2003, s. 769-773. For en mer inngående og utførlig behandling av direktivets art. 1 nr. 1, bakgrunnen og rekkevidden, se f.eks. *Mulder* 2004, særlig kap. 3 og 4, og *Meyer* 2004.

nr. 79 (2000-2001), s. 11. Stortingets kommunalkomité sluttet seg uttrykkelig til dette; komitéen mente at ”det ikke er noen grunn til at arbeidstakere i offentlige virksomheter ikke skal ha samme beskyttelse som andre arbeidstakere” og ”merket seg at forslaget innebærer at kap. XII A får en videre anvendelse enn direktivet innenfor offentlige virksomheter”. Jfr. Innst. O. nr. 91 (2000-2001), s. 2.

Selv om forutsetningen ikke har fått noe direkte uttrykk i virkeområdebestemmelsen i aml. § 73 A – som på dette punkt ikke ble endret ved lovrevisjonen i 2001 – må fortolkningen av loven idag anses som klar.⁹⁶

Den nye arbeidsmiljølovens tilsvarende bestemmelse – § 16-1 – har fått tilføyet et nytt annet punktum hvor det heter at ”[m]ed overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen”. Umiddelbart kan dette, sett i sammenheng med definisjonen av ”økonomisk enhet” i direktivets art. 1 nr. 1 litra b, gi grunn til å tro at virksomhet som er ren myndighetsutøvelse, skal falle utenfor lovens kap. 16. En slik fortolkning kan likevel ikke legges til grunn. Intensjonen med det nye annet punktum har – bare – vært å ”lovfeste” ”de grunnleggende krav til identitet og enhet som er utviklet i rettspraksis” – men samtidig var det *ikke* meningen å foreslå ”endringer i reglens faktiske virkeområde”. Det, i forhold til direktivet utvidede, virkeområdet som følger av aml. § 73 A, må forsåvidt anses videreført i den nye lovens kap. 16.

Jfr. her Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 258, hvor sitatene i teksten er hentet fra, og s. 338, hvor det også sies at § 16-1 ”erstatte ... § 73 A og skal fortolkes på samme måte”. – Arbeidslivslovutvalget drøftet spørsmålene i en viss bredde, jfr. NOU 2004: 5 s. 367-369, men unnlot å trekke klare konklusjoner mht. direktivforståelsen. Utvalget konkluderte derimot med at det ikke var grunn til å gi særlige regler, fordi det forutsatte at *stillingsvernet* for statstjenestemenn skal harmoniseres med arbeidsmiljølovens stillingsvernregler. Utvalget bemerket forsåvidt (*ibid.*, s. 369, ”Utvalgets vurderinger og forslag”):

”Direktivendringer og senere rettspraksis fra EF- og EFTA-domstolene, kan på den ene siden tilsi at reglens anvendelse i staten reguleres uttrykkelig i loven. På den annen side bør slik regulering av én sektor unngås, særlig sett på bakgrunn av målet om mest mulig lik regulering av alle sektorer.

⁹⁶ Slik også *Holo* 2003, s. 773.

Dette spørsmålet må imidlertid sees i sammenheng med *utvalgets* behandling av harmoniseringen av tjenestemannslovens regler med arbeidsmiljøloven. *Utvalgets* forslag på dette punktet innebærer at statstjenestemenn skal omfattes av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, noe de ikke omfattes av etter gjeldende rett (se kapittel 15). *Utvalgets* samlede forslag innebærer således at arbeidsmiljøloven vil få full anvendelse for statstjenestemenn. *Utvalget* mener derfor at det ikke er behov for noen særskilt regulering av virkeområdet for arbeidstakere i staten i kapittel XII A.”

Selv om grensedragningene i visse henseender er vanskelige, er det imidlertid klart – såvel etter direktivet som etter arbeidsmiljølovens kap. XII A – at anvendelsesområdet for reglene omfatter både

- overføring *fra* det offentlige (stat, kommune, osv.) til privat av virksomhet med karakter av tjenesteyting, service, osv.; jfr. for såvidt *Collino* (avsnitt 26 ff, særlig avsnitt 35) og nu også *Rohrbach*;⁹⁷ og likeledes EFTA-domstolens avgjørelse i *Viggósdóttir*⁹⁸ (jfr. avsnitt 22-24); og
- overføring *til* det offentlige av virksomhet fra private rettssubjekter, uansett om disse/virksomheten har (hatt) profittformål eller ei; jfr. f.eks. EF-domstolens dom i *Mayeur* (2000).

I vår sammenheng er det særlig grunn til å peke på nettopp *Mayeur*, fordi saken kan sees som en forløper til, og foregriper, problemstillinger som kom opp i *Delahaye*.

Saksforholdet var i all korthet: *Mayeur* var ansatt i APIM, en ideell (non-profit) forening som drev PR-relatert virksomhet for den franske bykommunen Metz. APIM ble oppløst og dens aktiviteter ble overtatt av Metz. *Mayeur* ble derefter sagt opp med det som i fransk rett rubriseres som en ”økonomisk begrunnelse”, at APIM hadde opphørt med sin virksomhet. *Mayeur* reiste da søksmål med krav om erstatning for urettmessig oppsigelse. En underliggende del av problemet var at den franske ”gjennomføringsbestemmelsen”, *Code du Travail* Article L.122-12, omfatter overdragelser mellom privatrettslige rettssubjekter, men ikke overføring til et offentligrettslig rettssubjekt. I saken gjorde Frankrike gjeldende at APIM i realiteten måtte anses som en ”offentlig tjeneste” (”service public”), og at Metz’ overtagelse av virksomheten derfor måtte anses som en reorganisering

⁹⁷ Sak C-297/03 *Sozialhilfverband Rohrbach v Arbeitskammer Österreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund*, dom 26. mai 2005, [2005] EFD I-0000.

⁹⁸ Sak E-3/01 *Alda Viggósdóttir and Íslandspóstur hf. (Iceland Post Ltd)*, [2002] EFTA Court Report 202.

av offentlig administrasjon, på tilsvarende måte som i *Henke* (jfr. *Mayeur* avsnitt 24). Det førte ikke frem. Domstolen uttalte at direktivet har anvendelse der et rettssubjekt som reguleres av offentligrettslige regler ("governed by public law") og opptrer innenfor rammen av forvaltningsrettslige regler, overtar virksomhet fra et rettssubjekt som reguleres av privatrettslige regler ("governed by private law"; jfr. dommens avsnitt 57 og konklusjon). Men domstolen bemerket også at hvis en oppsigelse av arbeidsavtalen i et slikt tilfelle var påkrevet etter nasjonal rett, ville direktivets art. 4 nr. 2 ha anvendelse (jfr. dommens avsnitt 56, og se videre under 6.2 – 6.4 nedenfor).

4.2 *Arbeidstagerbegrepet – hvem vernes?*

Arbeidstagerbegrepet er det andre hovedelementet som knytter seg til reglenes anvendelsesområde i forhold til offentligrettslig virksomhet – og i forhold til *direktivets* regler har det betydning i forhold til overføring *fra* det offentlige (til privat virksomhet, og – i prinsippet – også til annen offentlig virksomhet).

Direktivet har som formål å gi et vern for *arbeidstagerne*. Det opprinnelige direktivet – 77/187/EF – hadde *ikke* noen definisjon av hvem som i direktivets forstand er å anse som arbeidstager. Men ved revisjonen i 1998 ble det tatt inn en definisjon i direktivets art. 2 nr. 1 litra d, jfr. nr. 2: Der heter det nu (i 2001-direktivet):

“(d) «employee» shall mean any person who, in the Member State concerned, is protected as an employee under national employment law. 2. This Directive shall be without prejudice to national law as regards the definition of contract of employment or employment relationship.”

I den norske direktivoversettelsen lyder dette slik:

”(d) «arbeidstaker»: enhver person som i den berørte medlemsstat er beskyttet som arbeidstaker i henhold til nasjonal arbeidsrett. 2. Dette direktiv berører ikke nasjonal lovgivning med hensyn til definisjonen av arbeidsavtale eller arbeidsforhold.”

Den norske formuleringen ”nasjonal arbeidsrett” er her, som vi skal se, en ikke helt treffende forenkling av det som i den engelske direktivversjonen er betegnet som ”national *employment law*”.

Direktivtekstens definisjonsformulering har sitt utspring allerede i *Danmols* (1985), og formuleringen der er blitt gjentatt og henvist til i en rekke senere dommer. I *Danmols* uttalte EF-domstolen at

“... the term ‘employee’ within the meaning of Directive no 77/187 must be interpreted as covering any person who, in the member state concerned,

is protected as an employee under national employment law. ...” (avsnitt 28).

I disse – eldre – sakene har imidlertid hovedpoenget vært å understreke at direktivet omfatter *alle* som er ”arbeidstagerer”.⁹⁹

”Reversen” – eller antitesen, slik EF-domstolen nærmest formulerte den – kommer først klart til uttrykk i *Collino* (2000). Der fremholdt domstolen at direktivet *ikke* omfatter personer som ikke har vern etter nasjonal ”employment law”, men derimot er arbeidstagerer med offentligrettslig (”public law”) status.

I dommens avsnitt 38-40 heter det således:

“38. It follows from that judgment [dvs. *Danmols*] that, contrary to the submissions of the Finnish Government and the Commission, the Directive does *not apply* to persons who are *not protected as employees under national employment law, regardless of the nature of the tasks those persons perform*.

39. The judgment in *Danmols Inventar* has, moreover, been confirmed by Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187 (OJ 1998 L 201, p. 88), which is to be transposed into the laws of the Member States by 17 July 2001 at the latest. Article 2(1)(d) of the Directive as amended defines employee as any person who, in the Member State concerned, is protected as an employee under national employment law.

40. In the present case, the case-file suggests that, at the time of the transfer at issue in the main proceedings, ASST's employees were *subject to a public-law status, not to employment law*. That, however, is for the national court to verify” (uthevet her).

Selv om saksforholdet lå forut for vedtagelsen av endringsdirektivet i 1998, viste EF-domstolen – slik det fremgår av sitatet ovenfor – til dette som en ”bekreftelse” av en forståelse av arbeidstagerbegrepet som den mente skulle følge av rettspraksis i *Danmols m.v.* Det er

⁹⁹ I det ligger først og fremst en avgrensning mot eiere e.l. Derimot må det legges til grunn at ”senior staff” – personer i høyere lederstillinger, eventuelt daglig leder, for den del – omfattes dersom de ellers er ”arbeidstagerer” etter nasjonal rett. Jfr. for såvidt forutsetningsvis det forslaget til en art. 10 nr. 2 i direktivet som omtales av *Næss* 2005, s. 118-119. Direktivet åpner imidlertid for at lederstillinger (og andre) kan unntas fra forbudet mot oppsigelse pga. virksomhetsoverdragelse; jfr. i petitavsnittet nedenfor s. 56-57 om art. 4 nr. 1 annet ledd.

imidlertid vanskelig å finne holdepunkter for en slik utlegning, annet enn som implisitte forutsetninger om en avgrensning mot ”offentlig-rettslig” virksomhet og ditto arbeidsforhold.

Proessen frem til vedtagelsen av endringsdirektivet i 1998 var både lang og omfattende.¹⁰⁰ Et første forslag til endringer, i form av en ”uoffisiell” og foreløpig ”konsultasjonsversjon”, ble lagt frem i 1992. Det som ble foreslått der, og som derefter var gjenstand for diskusjon, var en bestemmelse som svarer til det vedtatte direktivets art. 2 nr. 2 – og det som da var temaet, er rettet mot at statene ikke skulle kunne unnta visse typer av ”atypiske” arbeidsavtaler fra det som regnes som ”arbeidsavtale eller arbeidsforhold”. Jfr. forsåvidt bemerkningene ad art. 2 nr. 2 i Kommisjonens forslagsdokument COM(94) 300 final, s. 12 (13). Dette dokumentet, fra 1994, er det første offisielle forslag om endringer av direktivet. Frem til dette ble det ført endel konsultasjoner, gjort studier, osv.

Forslaget fra 1994 inneholdt intet tilsvarende den vedtatte art. 2 nr. 1 litra d. Noen slik bestemmelse var heller ikke inkludert i Kommisjonens forslag fra 1997, COM(97) 60 final. Derimot ”dukker” utlegningen av arbeidstagerbegrepet ”frem” i Kommisjonens ”memorandum” av 4. mars samme år, COM(97) 85 final, der formålet sies å være å ”forklare” direktivets rekkevidde og forståelse ut fra EF-domstolens praksis. Innledningsvis i avsnitt I om ”Scope”, under 1.3 ”Which employees?”(s. 3-4) sies det ikke noe presist av betydning her. I Annex I, om 20 spørsmål og svar, heter det imidlertid:

”4) Who is covered by the Directive?

- Anyone with a contract of employment or in an employment relationship on the date of a transfer.

Public service employees are not covered insofar as they are not subject to the labour law in force in the Member States.”

Dette korresponderer altså med den forståelsen EF-domstolen la til grunn i *Collino* ut fra den arbeidstagerdefinisjonen som på et senere tidspunkt ble tatt inn i direktivteksten. – Det er en – kanhende skjebnens – ironi at i *Collino* argumenterte Kommisjonen for en mindre vidtgående avgrensning enn den EF-domstolen la til grunn; jfr. generaladvokat *Ablers* innstilling i *Collino*, som også (avsnitt 55 flg.) gir noen inntak til den bakenforliggende historien til 1977-direktivet på dette punkt.

Man kunne kanskje tenkt seg at det kunne vært mer nærliggende å bygge en slik avgrensning som ble trukket opp i *Collino*, på den spesielle bestemmelsen i direktivets art. 4 nr. 1 annet ledd. Denne bestemmelsen har stått uendret siden 1977-direktivet, og det heter der at

¹⁰⁰ For en oversikt over endringsprosessen, se *Hunt* 1999. Han gir imidlertid ingen konkrete bidrag til problemstillingen her.

“Member States may provide that the first subparagraph shall not apply to certain specific categories of employees who are not covered by the laws or practice of the Member States in respect of protection against dismissal.”

I norsk oversettelse:

“Medlemsstatene kan bestemme at første ledd ikke skal komme til anvendelse på visse avgrensede kategorier arbeidstakere som ikke er omfattet av medlemsstatenes lovgivning eller praksis når det gjelder vern mot oppsigelse.”

I Kommissjonens rapport til Rådet 1992 sies det om denne bestemmelsen (SEC(92) 857 final, s. 53):

”It should be pointed out that the second subparagraph of Article 4 (1) excludes only those specific categories of employees who are not covered by other more general provisions on protection against dismissal.”

Muligvis må dette forstås slik at personer som etter nasjonal ”employment law” er ”arbeidstagere”, nok omfattes av direktivet – men hvis de etter nasjonal rett ikke har (noe) stillingsvern (vern mot oppsigelse/avskjed – ”dismissal”), kan de også unntas fra det vern direktivet gir mot at deres arbeidsforhold blir bragt til opphør på grunn av overføringen av virksomhet. EF-domstolens bemerkninger i *Kommisjonen mot Belgia*¹⁰¹ kan peke i en slik retning (jfr. spesielt avsnitt 10). Holdepunkter for å bygge en avgrensning mot ”offentligrettslige” arbeidsforhold på denne bestemmelsen, synes derimot ikke å foreligge.

Som et norsk å propos kan det pekes på bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 56 tredje ledd, som ble føyet inn ved en endringslov av 28. februar 2003 nr. 13. Bestemmelsen åpner for at det for en ”øverste leder i virksomheten” kan avtales at reglene om stillingsvern i lovens kap. XII *ikke* skal gjelde. Man kunne da tenke seg at om det er gjort, kan den ”øverste leder” også unntas fra oppsigelsesforbudet ved virksomhetsoverdragelse. Det er imidlertid *ikke lovens* løsning. Bestemmelsen i § 56 tredje ledd åpner bare for unntak fra ”dette kapittel”, men motsetningsvis ikke for unntak fra kap. XII A. Dette er uttrykkelig sagt i proposisjonen, hvor begrensningen er begrunnet med at ”[o]ppsigelsesvernet ved virksomhetsoverdragelse, ..., må derimot opprettholdes da dette er en implementering av et EU-direktiv som ikke gir adgang til unntak for toppledere”.¹⁰² Begrunnelsen er altså diskutabel. Men den nasjonale lovløsningen er klar nok. Den videreføres uendret i ny arbeidsmiljølovs § 15-16 annet ledd.¹⁰³

¹⁰¹ Sak 237/84 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, [1986] EFD 1247.

¹⁰² Jfr. Ot.prp. nr. 101 (2001-2002), s. 6.

¹⁰³ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 338, og NOU 2004: 5, s. 566.

Det som står fast, er likevel at (EF-)rettspraksis har trukket et skille mot visse "offentligrettslige" arbeidsforhold, som altså *ikke* omfattes av direktivet. Det norske uttrykket "nasjonal arbeidsrett" er imidlertid lite treffende som betegnelse på kriteriet for grensedragningen. Det engelske "national employment law" er mer adekvat; i engelsk-sproglig terminologi er "employment law" i mange sammenhenger en gjengs betegnelse for privatrettslig, individuell arbeidsrett. Den kontinentaleuropeiske referanserammen er likevel langt viktigere. I den franske direktivversjonen omfatter arbeidstagerdefinisjonen enhver som "est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi". I fransk rett er det et tradisjonelt skille mellom personer som omfattes av alminnelig, "privatrettslig", lovgivning "sur l'emploi" (enkelt sagt, *Code du Travail*) og personer ansatt i offentlig tjeneste, "service public" (eller "*fonction publique*"). Det siste omfatter langt mer enn ren forvaltningsvirksomhet og myndighetsutøvelse. Skillelinjen går ikke langs en slik linje; som "service public" anses også virksomhet (i betydningen aktivitet) som har som oppgave å ivareta almene samfunnsmessige oppgaver (som f.eks. vann- og elektrisitetsforsyning, posttjenester, undervisning), og er gitt status som "service public" av de offentlige myndigheter. Arbeidstagerer som er direkte knyttet til arbeidet med å sørge for slik "service public", er i alt vesentlig undergitt offentligrettslig lovgivning og derigjennom et ganske annet arbeidsrettslig regime. De er, enkelt sagt "*fonctionnaires*", hvis rettsforhold er regulert gjennom et omfattende og intrikat nettverk av lover, dekreter, reglementer, m.v., nu med utgangspunkt i lov nr. 83-634 av 13. juli 1983.¹⁰⁴ Tilsvarende skillelinjer finner vi igjen f.eks. i Italia, Spania, Belgia og Luxembourg, og i Tyskland med skillet mellom privatrettslige arbeidsforhold og offentligrettslige "Beamten".¹⁰⁵

¹⁰⁴ Jfr. alment *Salon et Savignac* 2005. For en illustrerende oversikt over endel kategorier "*fonctionnaires*" se *l.c.* s. 8-13 og 31-34. Jfr. også *Rivero et Waline* 2004, s. 301-330.

¹⁰⁵ Forsåvidt behøver vi ikke å gå lengre enn til Danmark for å finne eksempel på et skille; der er rettsstillingen for stats- og kommuneansatte på "tjenestemandsvilkår" i mange relasjoner en ganske annen enn etter de arbeidsrettslige regler som ellers gjelder. Se f.eks. *Mathiassen* 2000, s. 2-15, m.v. En enkel

Det betyr imidlertid ikke at grensdragningen er enkel.¹⁰⁶ Dette er tvert imot en vanskelig problemstilling å forholde seg til; det er langt fra enkelt og klart hvordan grensene skal trekkes. Det illustreres også av EFTA-domstolens avgjørelse i *Viggósdóttir*. Der bygget EFTA-domstolen på EF-domstolens dom i *Collino*, men uttrykte seg samtidig på en måte som – ihvertfall formuleringsmessig sett – gir en *snevrere* avgrensning enn EF-domstolens.

I *Viggósdóttir* uttalte EFTA-domstolen (avsnitt 27 og 28):

- “27. ..., the Court of Justice of the European Communities has drawn the conclusion that the Directive does not apply to employees who are not protected under the national employment law, regardless of the nature of their tasks (see *Collino and Chiappero*, cited above, at paragraph 38).
28. This understanding has been confirmed by Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses (OJ 1998 L 201, p. 88). Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses (OJ 2001 L 82, p. 16) is a consolidated version of the various directives. Here it is specifically stated that for the purpose of the Directive, an “employee” shall mean “any person who, in the Member State concerned, is protected as an employee under national employment law.” *This more specific language confirms that the Directive does not apply in respect of functionaries whose protection from dismissal is stronger than that which may be afforded by national employment law.* This Directive is referred to in point 32d of Annex XVIII to the EEA Agreement (see Decision of the EEA Joint Committee No 159/2001 of 11 December 2001)” (uthevet her).

I avgjørelsens avsnitt 32 og konklusjonen, dens første avsnitt, er formuleringen mindre strikt, men fortsatt knyttet spesifikt til “dismissal”. I konklusjonens første avsnitt heter det:

oversikt om i alt 21 land, inklusive Danmark, gis *Onnée-Abbruciati m.fl.* (eds.) 2000.

¹⁰⁶ Temaet drøftes av *Holo* 2003, s. 749-774, jfr. særlig s. 758-767. Det må vel kunne sies at hans diskusjon og den noe tilfeldige rettskildebruken illustrerer vanskelighetene.

“The conversion of a State entity into a wholly State-owned limited liability company may constitute a transfer within the meaning of Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses. That Directive may apply when an employee, at the time of the transfer, was protected as an employee under national employment law. It is for the national court to assess whether that was the case *or whether the employee enjoyed protection from dismissal under public law*” (uthevet her).

Den slutningen som trekkes i det jeg har kursivert i dommens avsnitt 28, mangler en holdbar premiss. EFTA-domstolens fokusering på vernet mot *opphør* av arbeidsforhold (”dismissal”) er noe som *ikke* kan utledes av *Collino* som dét avgjørende kriterium.

Fra en hjemlig synsvinkel kan det også spørres om lovforarbeidsforutsetningen fra 2001 om ikke å holde offentlig *virksomhet* utenfor (jfr. i 4.1 ovenfor), kan anses å innebære at *arbeidsmiljølovens* kap. XII A også skal omfatte *arbeidstagerkategorier* som *ikke* omfattes av direktivet. Dette er, strengt tatt, et annet spørsmål enn det om hva slags ”virksomhet” som omfattes, og det er et spørsmål som *ikke* er diskutert spesielt i lovforarbeidene. Det som finnes av forarbeidsuttalelser, kan kanskje leses dithen at forståelsen av arbeidstagerbegrepet ikke skal avvike fra direktivets begrep. *Holo* (2003, s. 774) tar til orde for en slik fortolkning. Men konklusjonen er langt fra opplagt. Hvis vekten i stedet legges på forarbeidenes uttalelser om likhet mellom ansatte i offentlig (statlig) virksomhet og andre, må løsningen snarere bli at arbeidsmiljølovens kap. XII A heller ikke unntar stats-tjenestemenn eller embedsmenn.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Et tilleggsargument, men heller ikke mer, kan være at med ny arbeidsmiljølov og ny embets- og tjenestemannslov er det lagt opp til en videre harmonisering av stillingsvernreguleringen for statstjenestemenn og andre arbeidstagere. Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), kap. 20, og Ot.prp. nr. 67 (2004-2005). Den nye embets- og tjenestemannslov, lov 17. juni 2005 nr. 103 om statens embets- og tjenestemenn, skal også tre i kraft fra 1. januar 2006, iflg. res. 17. juni 2005 nr. 103. Den nettopp tiltrådte regjering har imidlertid varslet endringer som kan innebære utsettelse av ikrafttreddelsen eller en tilbaketrekking (opphevelse) av loven.

Det samme må gjelde etter den nye arbeidsmiljølovens kap. 16; jfr. her alment i avsnitt 4.1 ovenfor. Det som nok kan anses problematisk, er at de konkluderende synspunkter i Arbeidslivslovutvalgets innstilling som er gjengitt der, synes å bygge på Viggósdóttir's snevrere formulering av (direktiv)reglenes anvendelsesområde. I innstillingen heter det således:

”Problemstillingen vil i Norge først og fremst være relevant for personer som omfattes av tjenestemannslovens regler. Tjenestemenn omfattes av alle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven med unntak av stillingsvernreglene. Her gjelder reglene i tjenestemannsloven. Det er neppe noen tvil om at tjenestemannslovens regler, i alle fall for tjenestemenn omfattet av det såkalte «sterke stillingsvern», og for embetsmenn, totalt gir et bedre stillingsvern enn arbeidsmiljøloven. Satt på spissen vil EFTA-domstolens standpunkt i Viggósdóttir-saken kunne innebære at direktivet ikke får anvendelse i statlig sektor, verken ved utskillinger fra staten, eller ved overføringer mellom statlige arbeidsgivere. På den annen side er det mye som tyder på at uttrykket «beskyttelse» i direktivet omfatter den totale beskyttelse i arbeidsforholdet og ikke bare stillingsvernet. I så fall er det neppe noen tvil om at det er arbeidsmiljøloven, dvs. nasjonal arbeidsrett, som er den «dominerende» lov for tjenestemenn i Norge” (NOU 2004: 5, s. 368-369).

Det som umiddelbart kan savnes her, er en nærmere drøftelse av stillingen for embedsmenn. Noen avgjørende betydning har dette likevel åpenbart ikke.

Jeg går ikke videre inn på disse spørsmålene her. Det som i denne sammenheng er poenget, er at problemstillingen – og det standpunkt som indikeres av rettspraksis – illustrerer at det *kan* forekomme *typer av rettslig regulering* som er slik at uendret videreføring av vilkår rettslig sett ikke er (praktisk) gjennomførbar, selv om det i materiell henseende er tale om en ”overføring av virksomhet”.

5 *Delahaye* – saken og spørsmålene

5.1 *Sakens faktiske omstendigheter. Spørsmålet til EF-domstolen*

Som nevnt innledningsvis gjelder *Delahaye* et tilfelle av overføring av virksomhet fra et privat rettssubjekt til staten.

Johanna Delahaye (senere gift Boor) var ansatt i en kontorstilling som sekretær i Foprogest ASBL. Hun var tidligere ansatt i en tilsvarende virksomhet som var blitt overtatt av Foprogest fra 1. april 1998, og Delahaye fulgte da med over til Foprogest med uendrede lønns- og arbeidsvilkår. Hennes ansettelsesforhold gikk tilbake til 2. januar 1995.

Foprogest var et privatrettslig rettssubjekt etter luxembourgsk rett; en ”forening” som drev med bistand, yrkesopplæring, m.v. til arbeidsløse med sikte på å hjelpe disse til å komme i, eller tilbake til, arbeid. Foprogests virksomhet ble så i slutten av 1999 – med virkning pr. 1. januar 2000 – overtatt av staten Luxembourg, ved departementet for utdanning, yrkesopplæring, m.v., *Ministère de l'Éducation nationale, de la Formation professionnelle et des Sports*.

Ved overtagelsen tok departementet også over Delahaye og andre ansatte i Foprogest, som da ble statsansatte. I den forbindelse ble det inngått nye arbeidsavtaler, og Delahaye inngikk en slik ny (tidsubestemt) arbeidsavtale med departementet 22. desember 1999 (med virkning fra 1. januar 2000). I henhold til kontrakten ble Delahaye ”statstjenestemann” (”Bedienstete”) i samsvar med reglene i en lov fra 1972, og i henhold til arbeidsavtalen ble hennes ansettelsesforhold omfattet av en ”regjeringsforordning” (lov) fra 1974 om avlønning (”fixant le régime des indemnités”, ”Besoldung”) av ansatte i statlig forvaltning m.v.

Ut fra dette traff *Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative* 27. oktober 2000 vedtak om innplassering av Delahaye i det aktuelle stillings- og lønssystem. Hun ble innplassert på laveste stillingsnivå, uten godskrivelse av ansiennitet. Lønnsplasingen innebar – uomtvistet – en *nedgang* i lønn for hennes del på 37 % (fra de 2 000 €mnd hun hadde før overføringen, til 1 260 €mnd) (jfr. dommens avsnitt 17). Det var også uomtvistet at statens overtagelse av Foprogests virksomhet var en ”overføring av virksomhet” i direktivets og den nasjonale gjennomføringslovgivningens forstand (avsnitt 19).

Delahaye reiste klagesak, 25. januar 2001, med krav om å få – med virkning fra 1. januar 2000 – de samme vilkår som hun hadde hatt hos Foprogest. Forvaltningsklagen førte ikke frem, og Delahaye vant heller ikke frem i søksmål i første instans (i *Tribunal administratif*). Hun anket så til *Cour administrative*, og fra denne (sisteinstans) domstolen ble så spørsmål forelagt for EF-domstolen.

Spørsmålet var omstendelig formulert, men kjernen var enkel: Kan staten som erverver ved overføring av virksomhet fra et privat rettssubjekt sette ned de berørte arbeidstagneres lønn for å etterleve

gjeldende nasjonale regler for offentlig ansatte? I dette lå dessuten et spørsmål knyttet til direktivets art. 4 nr. 2.

I sin helhet lød *Cour administratives* spørsmål slik (dommens avsnitt 27, i den danske oversettelse):

”I tilfælde af overførsel af en virksomhed fra en forening, som opererer uden gevinst for øje og med status som privatretlig juridisk person, til staten, er det da i henhold til bestemmelserne i direktiv 77/187/EØF, 98/50/EF og 2001/23/EF tilladt sidstnævnte som erhverver kun at overtage overdragerens rettigheder og forpligtelser, i det omfang disse er forenelige med statens egne offentligretlige regler, navnlig på området for aflønning, hvor de nærmere vilkår og beløb er fastsat ved storhertugelig anordning, idet status som offentligt ansat i øvrigt indebærer lovbestemte fordele for de pågældende ansatte, bl.a. med hensyn til karriereforløb og sikkerhed i ansættelsen, og at de pågældende ansatte i tilfælde af uenighed vedrørende »væsentlige ændringer« af arbejdsforholdet i henhold til direktivernes artikel 4, stk. 2, bevarer retten til at kræve, at arbejdsforholdet ophæves ifølge de detaljerede regler i den pågældende bestemmelse?”

Som det fremgår, viste *Cour administrative* til både 1977-direktivet og direktivene fra 1998 og 2001. Eftersom saksforholdet skrev seg fra før gjennomføringsfristen for 1998-direktivet, var det formelt sett bare 1977-direktivet som var gjenstand for fortolkning, jfr. dommens avsnitt 28. EF-domstolens konklusjon er da også kun knyttet til 1977-direktivet, uten at det har spesiell betydning; reelt sett har fortolkningsstandpunktene også gyldighet for 2001-direktivet.

5.2 Generaladvokatens innstilling

Generaladvokat *Léger* gav sitt forslag til avgjørelse (innstilling, ”conclusions”) i saken 17. juni 2004. Han tok opp de to problemstillingene som lå i spørsmålet fra *Cour administrative* – om rett til å endre vilkår, og om direktivets art. 4 nr. 2. I generaladvokatens resonnement er det en direkte sammenheng mellom disse to problemstillingene.

Som utgangspunkt understreker generaladvokaten at direktivet *ikke* sikter til en full harmonisering av medlemsstatenes rett, men bare ”så langt som mulig” skal sikre at arbeidsavtaler eller arbeidsforhold med erververen videreføres uten endringer. Til dette legger han til at direktivet således sikter til å forhindre at arbeidstagere som berøres av en virksomhetsoverdragelse, ikke stilles i en mindre fordelaktig situasjon alene på grunn av overdragelsen (jfr. innstillingens avsnitt 33). Her viser generaladvokaten til *Mayeur*-saken fra 2000, og spesielt til

sin egen innstilling i den saken, som han bygger umiddelbart på. Fra sitt utgangspunkt trekker generaladvokaten så direkte den slutning at direktivet *ikke* kan fortolkes dithen at det forplikter statene til å endre sin nasjonale rett slik at en offentligrettslig enhet ("entité de droit public") skal kunne bibeholde privatrettslige arbeidsavtaler, i strid med gjeldende nasjonal rett (avsnitt 34).

Men i et slikt tilfelle, understreker generaladvokaten, må direktivets art. 4 nr. 2 ha anvendelse (avsnitt 35).¹⁰⁸ Også her tar han utgangspunkt i *Mayeur*, dels i sin egen innstilling i saken, og dels i EF-domstolens dom som han mener kan ekstrapoleres til ("est transposable à", 'kan overføres til') situasjonen i *Delahaye*-saken (avsnitt 45, jfr. også avsnitt 53). Her legger han til grunn den fortolkning av nasjonal rett som den foreleggende domstolen har bygget sine spørsmål på. Forholdet er da at lønnsreduksjonen for Delahaye følger av preseptoriske regler i nasjonal rett; staten var med andre ord pliktig til å fastsette lønnen slik det ble gjort (avsnitt 46).

En slik (plikt til) lønnsreduksjon må imidlertid anses som en "vesentlig endring i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstakeren" i den forstand det er tale om i direktivets art. 4 nr. 2 (avsnitt 47). Her tar generaladvokaten et videre utgangspunkt i EF-domstolens avgjørelse i *Merckx*. Der uttalte domstolen, blandt annet, at:

"A change in the level of remuneration awarded to an employee is a *substantial change* in working conditions within the meaning of that provision, even where the remuneration depends in particular on the turnover achieved", og "where the contract of employment or the employment relationship is terminated on account of a change in the level of remuneration awarded to the employee, Article 4(2) of the Directive *requires* the Member States to provide that the employer is to be regarded as having been responsible for the termination."¹⁰⁹

¹⁰⁸ For teksten i art. 4 nr. 2 og nærmere om bestemmelsen, se nedenfor i avsnitt 6.2 og 6.4.

¹⁰⁹ *Merckx* avsnitt 38 og 39; uthevelsene er mine. – I den danske oversettelsen av dommen heter det "selv om aflønningen bl.a. afhænger af den opnåede omsetning". Det er en annen og svakere formuleringen enn det engelske "in particular" (særlig, spesielt); det siste er imidlertid det som korresponderer best med den franske originalversjonens "notamment".

I innstillingen i *Delahaye* fremholder generaladvokaten ut fra dette som sin oppfatning at *enhver* reduksjon av lønn innebærer en ”vesentlig endring til skade” i denne forstand, og det er da uten betydning om det samtidig er tale om endringer som innebærer fordeler for arbeidstageren – at reguleringen etter overføringen også gir vedkommende mer fordelaktige posisjoner. I innstillingens avsnitt 52 heter det således:

”En effet, selon nous, dès lors que la réduction du montant de la rémunération constitue *par nature* une modification substantielle des conditions de travail, il importe peu de savoir si ladite réduction est susceptible d’être compensée, en tout ou en partie, par l’attribution de certains avantages⁽³⁰⁾”.
[Eftersom reduksjonen av vederlagets størrelse etter min oppfatning *efter sin natur* utgjør en vesentlig endring av arbeidsvilkårene, er det uten betydning (å vite) hvorvidt den nevnte reduksjon kan kompenseres, helt eller delvis, ved tildeling av visse fordeler.]¹¹⁰

Generaladvokaten sammenfattet etter dette sitt syn slik at

- direktivets art. 3 nr. 1 *ikke* er til hinder for at arbeidstagerens lønn reduseres i et tilfelle som dette, dvs. hvor staten overtar virksomhet fra et privatrettslig rettssubjekt og i samsvar med gjeldende nasjonal lovgivning om statsansattes rettsforhold reduserer lønnen som følge av overgangen;
- at en arbeidstager som utsettes for en slik endring, kan velge å si opp sitt arbeidsforhold av den grunn; *og*
- at staten for et slikt tilfelle plikter å sørge for at nasjonal rett er slik at arbeidsgiveren anses som ansvarlig for at arbeidsforholdet opphører.

(jfr. innstillingens avsnitt 53 og konklusjonsforslaget i avsnitt 57).

En slik fortolkning, mente han, ”gjenspeiler fellesskapslovgiverens ønske om å forene de ulike interessene som foreligger: den nye arbeidsgiverens interesser i å kunne gjennomføre de justeringer og tilpasninger som er nødvendige for at den overførte økonomiske en-

¹¹⁰ Oversettelsen til norsk er min. – *Noten* til generaladvokatens uttalelse viser til at samme prinsipp er lagt til grunn i EF-domstolens rettspraksis om lønns-sammenligning i likelønnsammenheng.

heten skal funksjonere, og at interessene til de arbeidstagerne som berøres av overføringen, blir vernet (bevart) så langt som mulig”.¹¹¹

5.3 Dommen

I en knappere form, som sedvanlig, sluttet EF-domstolen seg til generaladvokatens resonnementer og forslag, men med nyanseringer på et par punkter.

Domstolen minnet først om at en overføring av ”økonomisk aktivitet” fra et privatrettslig rettssubjekt til et offentligrettslig (et rettssubjekt regulert av ”public law”, ”droit public”) omfattes av direktivet. Med henvisning til en rekke tidligere dommer fremholdt domstolen så at direktivets formål bare er en *partiell* harmonisering av medlemsstatenes rett på det felt direktivet gjelder. Ved en overføring til et offentligrettslig rettssubjekt er direktivet *derfor ikke* til hinder for at nasjonal lovgivning påbyr oppsigelse av privatrettslige arbeidsavtaler; her viste domstolen til *Mayeur* avsnitt 56 (dette gjengis i avsnitt 6.2 nedenfor, s. 72-73). Men da måtte dette også gjelde tilsvarende for et tilfelle som det foreliggende, der nasjonal lovgivning om statsansattes rettsstilling medførte en reduksjon i lønn for overførte arbeidstagere (jfr. dommens avsnitt 32 og 33).

I dette følger domstolens resonnement helt det i generaladvokatens innstilling. Domstolen sluttet seg også til hans synspunkt om at direktivets art. 4 nr. 2 kan ha anvendelse, men her med en nyansert og mer reservert uttrykksmåte. Generaladvokaten fremholdt som nevnt at *enhver* reduksjon i lønn må anses som en ”vesentlig endring” i art. 4 nr. 2s forstand. Det må kunne sies at en slik utlegning nok kunne finne støtte i domstolens uttalelse i *Merckx*, der det – uten reservasjoner – heter at en endring i vederlagets nivå *er* en ”vesentlig endring i arbeidsvilkårene”.¹¹² I *Delahaye* tar domstolen et skritt tilbake – eller den presiserer sitt standpunkt, om man vil – ved å si at en lønnsreduksjon, *hvis* den er vesentlig, må anses som en ”vesentlig endring”

¹¹¹ Innstillingens avsnitt 55; oversettelsen til norsk er min.

¹¹² En ”change in the level of remuneration ... is a substantial change in working conditions within the meaning of” art. 4 nr. 2, *Merckx* avsnitt 38; jfr. ovenfor v. note 109.

i art. 4 nr. 2s forstand (avsnitt 33).¹¹³ Hvor mye som skal til for at en reduksjon er ”vesentlig”, etterlates åpent.

I tillegg tok domstolen – av eget tiltak, så å si – opp forholdet til ansiennitet. På overføringstidspunktet hadde Delahaye fem års ansettelsestid i den stillingen hun hadde, men ved innplasseringen i det statlige lønssystemet ble hun, som nevnt foran (i 5.1), ikke godskrevet tjenesteansiennitet. Uten å gå inn på faktum uttalte domstolen at det vil stride mot ”ånden” i direktivet (”l’esprit”, ”the spirit”) dersom den forutgående tjenestetid for en arbeidstager som overtas, ikke tas i betraktning der de nasjonale regler for statsansatte tar statsansattes tjenestetid i betraktning ved lønnsfastsettelsen (avsnitt 34).

Ut fra dette understreket domstolen i sin konklusjon at der nasjonale regler som vil innebære lønnsreduksjon, har anvendelse, påligger det den myndighet som anvender slike regler, så langt som mulig å fortolke og anvende dem under hensyn til direktivets formål og, spesielt, å ta arbeidstagerens tjenestetid i betraktning så langt nasjonale regler for statsansatte tar statsansattes tjenestetid i betraktning ved lønnsfastsettelsen.

Med disse nyanseringene sluttet domstolen seg til generaladvokatens konklusjonsforslag (jfr. dommens ”operative part” – ”op.part” – konklusjonsavsnittet).

6 Diskusjon og perspektiver

6.1 Innledende bemerkninger

Dommen i Delahaye er interessant fra flere synsvinkler. Dels fordi den bringer frem i lyset direktivets art. 4 nr. 2, en bestemmelse som – tross *Merckx* og *Mayeur* – med adskillig rett kan sies å ha hatt en ”skyggetilværelse” i den ellers særdeles omfattende litteratur og debatt om virksomhetsoverdragelsesdirektivet. Dels fordi dommen bringer frem forholdet mellom privat og offentlig virksomhet og rett i en annen relasjon enn den som har dominert diskusjonen, som har knyttet seg til direktivets anvendelsesområde. Og, ikke minst, fordi dommen

¹¹³ Der heter det: ”Such a reduction must, if it is substantial, be regarded as a substantial change ...”

etterlater spørsmål om rekkevidden og den egentlige virkningen av art. 4 nr 2 i de tilfeller bestemmelsen skal ha anvendelse.

I det følgende knytter jeg noen bemerkninger til disse spørsmålene i den rekkefølgen som er antydnet med dette.

6.2 *Direktivets art. 4 nr. 2 og gjennomføringen i norsk rett*

Direktivets art. 4 nr. 2 lyder slik i den engelske tekstversjonen:

“If the contract of employment or the employment relationship is terminated because the transfer involves a substantial change in working conditions to the detriment of the employee, the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the contract of employment or of the employment relationship.”

Bestemmelsen er uendret siden 1977-direktivet; det gjelder også den offisielle tekstuelle utformningen.

I de norske direktivoversettelsene lyder bestemmelsen slik:

”Dersom arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet [opp]heves fordi overdragelsen innebærer en vesentlig endring i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstakeren, skal arbeidsgiveren anses som ansvarlig for hevingen av arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet.”

Her har jeg satt en hakeparentes i uttrykket ”[opp]heves”. I oversettelsen av 1977-direktivet heter det ”oppheves”, i 1998-versjonen heter det ”opphører”, mens det så i oversettelsen av 2001-direktivet heter ”heves”. Med alminnelig norsk terminologi i tankene er det siste åpenbart uriktig; de to første uttrykkene er mer dekkende, med det i 1998-oversettelsen som det mest treffende. Slik det også (om enn noe tvilende) er lagt til grunn i forarbeidene til den norske gjennomføringsloven i 1992, omfatter direktivets uttrykk (”termination”, osv.) *opphør* av arbeidsforholdet, såvel i form av oppsigelse som ved heving (jfr. videre nedenfor her.)

Bestemmelsen i art. 4 nr. 2 var en del av Kommisjonens første forslag til et direktiv om overdragelse av virksomhet, fra 1974. I de ”forklarende bemerkninger” til forslaget fra heter det:

”If the worker does not wish to continue the employment relationship with the transferee because a merger or takeover has led to some essential change in his terms of employment, it seems only fair, as provided for in Article 3, that the worker should be treated as if his dismissal was due to

the action of his employer. The legal consequences involved, such as severance payment, compensation, etc., should again be prescribed by the laws, regulations and administrative provisions of the Member States. ...”¹¹⁴

Formuleringen av bestemmelsen i forslaget (da art. 4 nr. 3) inneholdt ikke uttrykket ”til skade” (”to the detriment of”). Det ble føyet inn etter at ECOSOC i sin uttalelse fremholdt at uten dette ville utformningen ikke samsvare med bestemmelsens formål.¹¹⁵ I Kommisjonens reviderte direktivforslag fra 1975 var bestemmelsen formulert slik:

”Where an employee severs an employment relationship because a transfer within the meaning of Article 1 has resulted in a fundamental and detrimental change in his working conditions, the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the employment relationship.” (COM(75) 429 final, direktivutkastets art. 6 nr. 2, s. 6.)

I tilknytning til dette (og den foreslåtte bestemmelsen om oppsigelse som ble til art. 4 nr. 1 første ledd) het det i utkastets art. 6 nr. 3:

“The legal requirements and consequences of dismissals prohibited under the terms of paragraph 1, and of severance of employment relationships in the circumstances referred to in paragraph 2, shall be governed by the laws, regulations and administrative provisions of the Member States. The same shall apply in respect of severance payments and compensation payable in the event of termination of an employment relationship” (*ibid.*).

I de forklarende bemerkninger til bestemmelsen ble det, likesom i 1974-forslaget, poengtert at direktivforslaget ikke fastsatte fellesskapsrettslige rettsvirkninger for slike oppsigelser som utkastets art. 6 (nr. 1 og 2) omhandlet, men overlot til nasjonal rett å regulere rettsvirkningene.¹¹⁶

På dette punkt innebærer ikke den vedtatte bestemmelsen i direktivets art. 4 nr. 2 noen endring. Men som vi ser, ble ordlyden noe endret. Dels ble den harmonisert med de formuleringsendringer som

¹¹⁴ COM(74) 351 Final/2, Explanatory Memorandum, s. 8.

¹¹⁵ Jfr. Opinion of the Economic and Social Committee 24 April 1975, O.J. C 255, 7. november 1975, s. 25-36 (28-29).

¹¹⁶ Jfr. COM(75) 429 Final, Explanatory Memorandum, s. 10.

ellers ble gjennomført.¹¹⁷ Dertil ble vilkåret for endringer til skade tonet ned, fra ”fundamental” til ”substantial”. Dette vilkåret er kort omtalt i Rådsnoten av 10. februar 1977.¹¹⁸

Noen ytterligere forarbeidsuttalelser om bestemmelsen finnes ikke, så langt jeg har kunnet se; men i Kommisjonens rapport til Rådet fra 1992 heter det:

”[Article 4] Paragraph 2 defines ”indirect dismissal”, i.e. the termination of the contract of employment by the employee, but on grounds such that the employer is regarded as responsible for the termination”, og “[t]he provisions of Article 3 (1) and (2) indicate that the Directive here refers only to “normal” changes in working conditions decided on and implemented by the employer; there is no need for more specific rules on this point, provided that the general provisions of the contract of employment incorporate the basic idea contained in Article 4 (2)”.¹¹⁹

I den *norske* gjennomføring av bestemmelsen, i aml. § 73 C nr. 2, heter det:¹²⁰

”Dersom arbeidsavtale eller arbeidsforhold opphører fordi innehaverskifte som nevnt i § 73 A medfører vesentlige endringer i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstaker, anses opphøret som en følge av arbeidsgivers forhold.”

Lovtekstformuleringen er i harmoni med bestemmelsen i direktivets art. 4 nr. 2. *Lovforarbeidene* er derimot mer problematiske. På den ene side påpekes det at direktivets bestemmelse (efter den engelske

¹¹⁷ Særlig endringen fra bruk av ”employment relationship” til den gjennomgående formuleringen “contract of employment or the employment relationship”.

¹¹⁸ Se Notens pkt. 11, Rådets erklæring ad art. 4 nr. 2; jfr. *Legnier* 1977, s. 479, *Vandamme* 1977, s. 38, og f.eks. *Svenning Andersen* 1986, s. 134. Med denne erklæringen ligger det for såvidt i bestemmelsen at den *ikke* har anvendelse der det er tale om endringer som rettmessig kunne vært gjennomført i arbeidsforholdet hos overdrageren.

¹¹⁹ SEC(92) 857 final, s. 53.

¹²⁰ Formuleringen er identisk i ny arbeidsmiljølovs § 16-4 annet ledd, og forarbeidene til denne bestemmelsen gir ingen andre eller nye holdepunkter for fortolkningen; jfr. for såvidt NOU 2004: 5, s. 357 og 567, og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340.

tekstversjon) omfatter både ”oppsigelse og avskjed”.¹²¹ På den annen side sies det at dersom et ”innehaverskifte” medfører ”vesentlige endringer”, ”skal dette anses som en uformell oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgivers side”.¹²² Disse formuleringene gir inntrykk av at en ”vesentlig endring” (et ”påbud” om en slik fra arbeidsgivers side) *i seg selv* må ”anses som en uformell oppsigelse eller avskjed” (*ibid.*; uthevet her). Det er åpenbart uriktig; det har hverken dekning i lovteksten eller direktivteksten, eller i EF-domstolens (sparsomme, og etterfølgende) rettspraksis om direktivets art. 4 nr. 2.

Direktivets bestemmelse her må forstås som et uttrykk for et rettsinstitutt som er vel kjent fra en rekke lands rettsordninger, uttrykkelig gjennom lovgivning eller i kraft av rettspraksis: Arbeidsgiveren kan, ved å påby endringer i arbeidsvilkår eller på annen måte, opptre slik at det berettiger arbeidstageren til å anse at det foreligger et (vesentlig) mislighold av arbeidsavtalen. Dersom arbeidstageren i et slikt tilfelle *selv* velger å bringe arbeidsforholdet til opphør (ved oppsigelse eller ved hevning), skal dette rettslig sett bedømmes som en opphørsmeddelelse gitt av arbeidsgiver.¹²³

En enkel liten sak fra den franske *Cour de cassation* kan illustrere: På tross av flere anmodninger fra arbeidstageren la arbeidsgiveren ikke ned forbud mot røking i det kontorlokalet blandt andre hun oppholdt seg i. Arbeidstageren, Mm. Lefebvre, bragte da selv sitt arbeidsforhold til opphør og gikk til søksmål mot arbeidsgiveren med krav basert på at det ikke forelå saklig oppsigelse (”licenciement sans cause réelle et sérieuse”). Ankeinstansen (*cour d’appel*) anså arbeidsgiveren ansvarlig. *Cour de cassation* stadfestet avgjørelsen. Arbeids-

¹²¹ Ot.prp. nr. 71 (1991-92), s. 23, jfr. også s. 34. På dette punkt korresponderer fortolkningen med den som følger også av den franske og den tyske tekstversjon av direktivet.

¹²² Ot.prp. nr. 71 (1991-92), s. 34, jfr. også s. 23.

¹²³ F.eks. i britisk rett ”constructive dismissal”, i svensk rett ”provocerad uppsägning”, og likeledes i fransk rett med basis i rettspraksis (jfr. SEC(92) 857 final, s. 58, og de to petitavsnittene nedenfor her). I dansk rett er bestemmelsen, som uttrykkelig krever at arbeidsforholdet ”ophæves”, karakterisert nettopp som en ”misligholdsbeføjelse”, jfr. *Klingsten* 2002, s. 262. Jfr. også *Svenning Andersen m.fl.* 2002, s. 231-232. – På hjemlig grunn ble den rettslige konstruksjonen, skjønt tilsynelatende uten videre referanser, argumentert, men uten å føre frem, i Rt. 1997.1506 (*Nordfjordeid/Stryn Apotek*).

giveren hadde en alminnelig plikt til å sørge for røkfrie lokaler, i hht. særskilt lovgivning. Etter omstendighetene måtte arbeidsgiveren da anses ansvarlig for opphøret som hadde virkning som en "licenciement sans cause réelle et sérieuse". Se *Cour de cassation* Arrêt n° 1698, 29. juni 2005 (Pourvoi n° M 03-44.412). Jfr. også *Radé (éd.)* 2004, s. 77 ff, spesielt s. 89.

Derimot er det *ikke* slik at arbeidsforholdet ved et (vesentlig) mislighold fra arbeidsgivers side *derved* er å "anse" som opphørt ved en "uformell oppsigelse eller avskjed" fra arbeidsgivers side. Poenget er at arbeidstageren *kan* velge *selv* å bringe arbeidsforholdet til opphør. Det fremgår såvel av direktivteksternes formuleringer¹²⁴ som av premissene i EF-domstolens avgjørelser i *Mayeur* og *Delahaye*.

I *Delahaye* bygges det uttrykkelig på at det er opp til arbeidstageren *om* hun, ved en (vesentlig) endring av arbeidsvilkårene, vil velge selv å gå til oppsigelse; jfr. dommens avsnitt 33 og konklusjonsavsnittet, sammenholdt med generaladvokatens innstilling avsnitt 54.

I *Mayeur* var den faktiske situasjonen en ganske annen, og dommen illustrerer at art. 4 nr. 2 også kan ha anvendelse ved oppsigelse fra arbeidsgivers side. Det kan synes paradoksalt, men har sammenheng med den bakenforliggende nasjonale rett. I saken var det anført at fordi erververen, Metz kommune, var et "offentligrettslig rettssubjekt", var det nødvendig – kommunen var *forpliktet* til – å bringe de privatrettslige arbeidsavtaler til opphør. Hverken domstolen eller generaladvokaten tok stilling til dette, men uttalte seg for det tilfelle at det faktisk var slik i nasjonal rett. Generaladvokat *Léger* fremholdt at i så fall måtte direktivets art. 4 nr. 2 ha anvendelse (innstillingens avsnitt 107-108, jfr. avsnitt 105-106), hvilket domstolen sluttet seg til. I dommens avsnitt 56 heter det således:

"As regards any obligation, prescribed by national law, to terminate contracts of employment governed by private law in the case of transfer of an activity to a legal person governed by public law, such an obligation constitutes, in accordance with Article 4(2) of Directive 77/187, a substantial change in working conditions to the detriment of the employee resulting directly from the transfer, with the result that termination of such contracts of employment must, in such circumstances, be regarded as resulting from the action of the employer."

I den danske oversettelse:

¹²⁴ Både i fransk, tysk og engelsk versjon er de utformet i kondisjonal form, *hvis* arbeidsforholdet bringes til opphør ("Si le contract de travail est résilié ..."; "Kommt es zu einer Beendigung ...", "If ... terminated ..."). Jfr. også uttalelsen i Kommisjonens rapport fra 1992 gjengitt ovenfor v. note 118.

”For så vidt angår spørsmålet om, hvorvidt der i henhold til national ret består en forpligtelse til at ophæve privatretlige arbeidskontrakter, såfremt aktiviteter overføres til en offentligretlig juridisk person, må det fastslås, at en sådan forpligtelse i henhold til artikkel 4, stk. 2, i direktiv 77/187 udgør en væsentlig ændring af arbejdsvilkårene til skade for arbeidstageren og er en umiddelbar følge af overførselen, således at arbeidsgiveren i så fald må anses for at være ansvarlig for ophævelsen af de pågældende arbeidskontrakter.”

Umiddelbart kan det være vanskelig å se hva betydningen av dette skal være – at en oppsigelse fra arbeidsgiver skal anses som en oppsigelse fra arbeidsgiver. Formodentlig må det underliggende poeng være at det av art. 4 nr. 2 må anses å følge at arbeidstageren i det minste må kunne kreve en eller annen (økonomisk) sanksjon, som for urettmessig oppsigelse ellers (i privat sektor) Det antydes forsåvidt i generaladvokatens bemerkning i en note – som dertil viser at også fransk rett har rettsinstituttet ”constructive” (eller ”indirect”) oppsigelse, slik saken fra *Cour de cassation* (s. 71-72 ovenfor) også illustrerer. Forholdet var at etter nasjonal rett, slik den ble forutsatt å være av den foreleggende domstol, kunne Mayeur *ikke* bygge et krav om erstatning for urettmessig oppsigelse fra arbeidsgiver direkte på *Code du travail* art L.122-12 jfr. art. L.122-9. I noten heter det at en slik oppsigelse i henhold til gjeldende nasjonal rett kan anses som en oppsigelse som skyldes arbeidsgiveren, og som gir rett til slik erstatning som gjelder for et slikt tilfelle:

”Ce licenciement pourrait être considéré, conformément au droit national en vigueur, comme un licenciement intervenu du fait de l'employeur ouvrant droit aux indemnités prévues à cet effet.” (Note 61, til avsnitt 108, i generaladvokat *Légers* innstilling i *Mayeur*.)

En tilsvarende fortolkning må, etter omstendighetene, også legges til grunn etter aml. § 73 C nr. 2.

Jfr. forsåvidt den rettskildemessige tilnærmingen i Rt. 1997.1965 – den jeg foran (s. 47) har kalt ”Eidesund-tilnærmingen”. – *Holo* 2003 hevder derimot at etter ”norsk rett må arbeidstakeren naturligvis kunne påberope seg bestemmelsen [i art. 4 nr. 2/aml. § 73 C nr. 2] uavhengig av om de endrede arbeidsvilkår har tvunget ham til å slutte” (s. 872), og at det ”først og fremst [er] ved de faktiske opphør på grunn av innføring av vesentlige endringer at behovet for en slik bestemmelse oppstår” (s. 873). En slik utlegning savner etter mitt skjønn helt grunnlag forsåvidt gjelder direktivets regel, uansett om de norske lovforarbeidene kan fortolkes i en slik retning. Det er likevel ikke grunn til å tolke lovens § 73 C nr. 2 på en slik måte. Det betyr selvsagt ikke at en ”vesentlig endring” av vilkår ikke kan bli rettslig sett å anse som en ”faktisk” oppsigelse eller avskjed. Det følger av rettspraksis at en slik rettslig bedømmelse av en ”endring uten opphør” kan være berettiget etter alminnelige stillingsvernregler. Det er derfor ikke

nødvendig å ty til § 73 C nr. 2 for å nå resultatet,¹²⁵ og da heller ikke grunn til å ty til ”kunstgrep” i fortolkningen av denne bestemmelsen.

I den nye arbeidsmiljøloven svarer § 16-4 annet ledd til 1977-lovens § 73 C nr. 2, bare med rent redaksjonelle endringer.¹²⁶ Jeg kommer tilbake til denne bestemmelsen og direktivets art. 4 nr. 2 i det avsluttende avsnitt 6.4 nedenfor.

6.3 Direktivets formål og rekkevidde

Først kan det imidlertid være grunn til å knytte noen bemerkninger til dette. Det er vel etablert at virksomhetsoverdragelsesdirektivet har som formål å *verne arbeidstagerne*. Oftest er det dette som understrekes, og undertiden betraktes EF-domstolens rettspraksis som uttrykk for en vidtgående anvendelse av dette formålshensynet. Domstolen har da også ofte nok understreket verneformålet. Med en formulering som har gått igjen i en lang rekke avgjørelser:

“... the Court has consistently held that the Directive is intended to safeguard the rights of workers in the event of a change of employer by making it possible for them to continue to work for the new employer on the same conditions as those agreed with the transferor” (her sitert fra *Europièces* avsnitt 37).

Verneformålet har likevel sine begrensninger. Ett er at direktivet er et ”minimumsdirektiv” og bare tilsikter delvis harmonisering av medlemsstatenes nasjonale rett. Også dette er vel kjent og etablert. Disse to elementene kom klart til uttrykk i fortalen til 1977-direktivet (annet og tredje avsnitt) og finnes tilsvarende igjen i fortalen til 2001-direktivet, hvor det nu heter:

”3. Det er nødvendig å fastsette bestemmelser om vern av arbeidstakere ved skifte av arbeidsgiver, særlig for å sikre at deres rettigheter blir ivaretatt.
4. Det er fortsatt ulikheter mellom medlemsstatene med hensyn til omfanget av arbeidstakernes vern på dette området, og disse ulikhetene bør minskes.”

¹²⁵ Jfr. forsåvidt tilsvarende *Larsen* 2004, s. 566.

¹²⁶ Jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340, og NOU 2004: 5, s. 567.

At direktivet bare tilsikter delvis harmonisering, er likeledes et poeng som er påpekt i rettspraksis ved en rekke anledninger, som f.eks. i *Daddy's Dance Hall* (avsnitt 16). Men oppmerksomheten har da i første rekke vært rettet mot det at en overført arbeidstager skal ha den samme rettsposisjon etter en overføring som han hadde før overføringen, slik det også var spørsmål om i den saken. I *Daddy's Dance Hall* viste imidlertid EF-domstolen til sin mer omfattende uttalelse i *Danmols* (1985), hvor det heter:

”It is clear from those provisions [direktivets art. 3 og 4] that Directive no 77/187 is intended to achieve only partial harmonization essentially by extending the protection guaranteed to workers independently by the laws of the individual Member States to cover the case where an undertaking is transferred. Its aim is therefore to ensure, *as far as possible*, that the contract of employment or the employment relationship continues unchanged with the transferee so that the employees affected by the transfer of the undertaking are not placed in a less favourable position solely as a result of the transfer. It is *not* however intended to establish a *uniform level* of protection throughout the Community *on the basis of common criteria*” (avsnitt 26; uthevelsene er mine).

Her ligger det en påpekning av en *begrensning*, og den kommer igjen – med ettertrykk – først i *Mayeur*, dernest i *Delahaye*. Det var nettopp denne uttalelsen generaladvokat *Léger* trakk frem i sin innstilling i *Mayeur* (avsnitt 106), og som han så igjen viste til i innstillingen i *Delahaye* (jfr. i 5.2 ovenfor). På dette punkt ble hans innstilling ikke reflektert direkte i dommen i *Mayeur*. Men i lys av domstolens uttalelse der om art. 4 nr. 2 kunne han nok si med stor rett at domstolen delte hans syn, slik han sa i innstillingen i *Delahaye* (avsnitt 38, jfr. avsnitt 33-37). I dommen i den saken fikk han også en eksplisitt tilslutning, forsåvidt som domstolen understreket det partielle harmoniseringsformål og begrensningen som fulgte av dette. Det var i realiteten det samme domstolen gjorde i *Mayeur*. Der la domstolen i sin uttalelse om art. 4 nr. 2 (avsnitt 56, jfr. i 6.2 ovenfor) til grunn at det *ikke* er i strid med direktivet at nasjonal rett krever at ved en overgang til et offentligrettslig rettssubjekt, må en ”privatrettslig” arbeidsavtale *sies opp* (fra arbeidsgiverside). Dette gjentas og bygges det videre på i *Delahaye*, der domstolen uttrykkelig sier at det samme

må gjelde når nasjonale regler ved en slik overføring innebærer en endring til arbeidstagerens ugunst (avsnitt 32 og 33).

Domstolen gav derimot ikke noe uttrykk for et slikt synspunkt som det generaladvokaten fremholdt i sin bemerkning om at en slik løsning forener motstående hensyn (jfr. avslutningsvis i 5.2 ovenfor). Hvor meget som kan legges i dét, kan foreløpig vanskelig bli gjenstand for mer enn spekulasjon. Generaladvokatens argument kan i utgangspunktet synes paradoksalt. Direktivets utgangspunkt er jo at en overført arbeidstager skal beholde de samme vilkår hos erververen som hun hadde hos overdrageren. En ikke uvanlig virkning av dette er nettopp at erververen kan måtte avfinne seg med å ha ulike vilkår for ulike grupper av arbeidstagere i egen virksomhet. Erververens interesse i å kunne harmonisere vilkårene slik at de er like for alle ansatte, er åpenbar. Det skorter ikke akkurat på argumentasjon om dette, i litteraturen og den rettspolitiske debatt. Effekten av direktivets regler er imidlertid at erververen har begrensede muligheter til å få gjennomført en slik harmonisering. Da blir hensynet til å ivareta den overførte enhets (økonomiske) funksjonsdyktighet i foretaksorganisasjonen ikke ivaretatt, sett fra erververens side. Det gjenstår å se hvilken vekt hensynet vil bli tillagt i andre sammenhenger.

Det er imidlertid klart at dommen i *Delahaye*, likesom den i *Mayeur*, ikke kan strekkes dithen at nasjonal rett generelt kan ha regler som innebærer at "rettigheter og forpliktelser i henhold til en arbeidsavtale eller et arbeidsforhold" skal være forskjellige hos erververen etter en overføring av virksomhet fra slik de var hos overdrageren. Det er nærmest selvsagt; det ville jo innebære at direktivet ble virkningsløst. Fellesnevneren for de to sakene er at det var tale om overføring *til* et "offentligrettslig rettssubjekt", og at rettigheter og plikter i arbeidsforhold i slik "offentlig tjeneste" som arbeidstageren ble overført til, var gjenstand for særskilt – "offentligrettslig" – regulering. Dommene må – i det minste enn så lenge – anses å ha en begrenset rekkevidde som tegnes nettopp gjennom *kombinasjonen* av disse faktorene.

En side ved dommene, og en mulig konfliktlinje, er da: Direktivet som sådant omfatter ikke "offentlig myndighetsutøvelse", derimot omfatter det annen "offentlig virksomhet" (jfr. i 4.1 ovenfor). Samtidig vil direktivet omfatte overføring *til* begge former for offent-

lig virksomhet. Arbeidstagere som overføres til offentlig *virksomhet* som i og for seg omfattes av direktivet, kan imidlertid falle utenfor dets beskyttelse fordi nasjonal rett ikke trekker grensen mellom ”offentlig tjeneste” som er særskilt regulert av ”offentligrettslige” regler, og annen arbeidsrettslig regulering etter skillelinjen myndighetsutøvende *contra* annen virksomhet, men etter andre kriterier.¹²⁷

En annen side av sakene er selvsagt at hvordan grensen skal trekkes for *hva* som i forhold til direktivets regler *kan* undergis særskilt ”offentligrettslig” regulering – ut over ”myndighetsutøvelse” – langt fra er klarlagt på noen entydig måte. Her ligger det åpent for fortsatt diskusjon og rettsutvikling.

Dommene har også en ”invers”. Foran har jeg flere steder pekt på at endringer av ”rettslig regime” ved en overføring kan medføre at uendret videreføring av vilkår rettslig sett ikke er gjennomførbar, og at det kan tenkes rettigheter som er ”ikke overførbare”. Det vil nettopp kunne være aktuelt ved overføring *fra* slik ”offentlig tjeneste” som er undergitt særskilt ”offentligrettslig” regulering. Også her ligger det grensedragnings spørsmål som både kan være vanskelige og kan bli gjenstand for videre utvikling i rettspraksis.

På hjemlig grunn kan man kanskje si at disse problemstillingene ikke egentlig er aktuelle, fordi arbeidsmiljølovens regler ikke unntar offentlig forvaltning eller myndighetsutøvelse fra sitt anvendelsesområde (jfr. i 4.1 ovenfor). Diskusjonen om ”ikke overførbare rettigheter” (jfr. i 2.3.4 ovenfor) illustrerer imidlertid at grensedragnings spørsmålene kan ha en betydning. Det vil de også ha dersom det i spesielle tilfeller skulle være spørsmål om gjøre unntak fra arbeidsmiljølovens regler ved restrukturering av offentlig virksomhet.

Det siste er ikke noen helt søkt problemstilling. Den sivile rettspleie på grunnplanet skal omorganiseres, i henhold til lov 26. juni 2004 nr. 53 om endringer i rettergangslovgivningen m.m. (organiseringen av den sivile rettspleie på grunnplanet).¹²⁸ I lovens II, Ikrafttredelses- og overgangsbestemmelser, er det i pkt. 2 – 5 gitt særskilte regler om rettsstillingen for ”personer” (arbeidstagere) som ut-

¹²⁷ Dette må ihvertfall kunne sies å ha vært situasjonen i *Mayeur*, og det kan ligge nær å vurdere forholdet i *Delahaye* på samme måte; dette er imidlertid spørsmål domstolen ikke gikk nærmere inn på.

¹²⁸ Loven skal tre i kraft pr. 1. januar 2006, jfr. res. 19. august 2005 nr. 901.

fører oppgaver som overføres mellom statlige virksomheter (pkt. 3), og for personer som ivaretar oppgaver som overføres fra en kommune til staten (pkt. 2). I den siste kategorien er det imidlertid gjort unntak for visse arbeidsforhold. Selv om oppgavene overføres til staten, vil disse arbeidstagerne således måtte ”bli igjen” i kommunene. Forholdet til arbeidsmiljølovens regler er ikke akkurat inngående drøftet. I proposisjonen heter det bare:

”Det kan være tvilsomt om arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse ved en slik lovbestemt omorganisering som foreslås i proposisjonen her. Så lenge omorganiseringen er omfattet av unntaket i artikkel 1 nr. 1 bokstav c i virksomhetsoverdragelsesdirektivet, jf. EØS-avtalen vedlegg XVIII nr. 32 d (direktiv 2001/23/EF), er det rom for i lovs form å fastsette bestemmelser som er tilpasset den aktuelle omorganiseringen. Det vil gi større sikkerhet og klarhet for de berørte arbeidstakerne enn å vurdere situasjonen ut fra de generelle reglene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven.”¹²⁹

Det kan se ut til at Justisdepartementet ikke har vært helt på det rene med *lovens* anvendelsesområde etter 2001 (jfr. i 4.1 ovenfor). Men det ser ut til at man har ment at overføringsspørsmål ved den omorganiseringen som forestår, uansett bør reguleres av en særlov og ikke av arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse. Begge deler illustreres forsåvidt av Justisdepartementet etterfølgende brev til ASD, om ”Omorganiseringen av den sivile rettspleien på grunnplanet – spørsmål om virksomhetsoverdragelse” (brev av 25. august 2005, ref. 2004011630), og ASDs svar på dette.

I forhold til *arbeidsmiljøloven* er det forsåvidt ikke problematisk at en slik særlov kan tre i stedet for arbeidsmiljølovens regler, som *lex specialis*. Men da må en anvendelse av både dens og arbeidsmiljølovens regler, alt ettersom det måtte anses hensiktsmessig, være utelukket, når særloven ikke inneholder bestemmelser om slike ”både-og”-løsninger. I forhold til direktivet vil særloven formodentlig heller ikke volde noe problem, ettersom det her er tale om virksomhet i justisforvaltningen. Det må antas, slik også Justisdepartementet har gjort, at dette omfattes av unntaket i direktivets art. 1 nr. 1 bokstav c annet punktum. Jfr. likeledes ASDs svar til Justisdepartementet, ASDs brev av 6. september 2005 (ref. 200503328-/KWK).

Dommene understreker samtidig at dersom det i slike tilfeller er tale om endringer til skade for arbeidstageren, må direktivets art. 4 nr. 2 tas i betraktning.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 43 (2003-2004), s. 53, jfr. s. 35 (pkt. 6.8).

6.4 Rettigheter, reservasjonsrett og sanksjoner

Men denne bestemmelsen har også en videre rekkevidde. I rettspraksis figurerer artikkel 4 nr. 2 først i *Merckx*. Der var både situasjonen og måten bestemmelsen ble trukket frem på, spesiell. Som den undertiden gjør, reformulerte EF-domstolen det spørsmålet som var stillet, og gav så svar også på et spørsmål som *ikke* var stillet av den foreleggende rett. Det var som del av dette svaret artikkel 4 nr. 2 ble trukket frem.

Saken gjaldt to ansatte i Anfo Motors, som var bilforhandler for Ford i Bruxelles-området. Ford tildelte så forhandlerskapet til Novarobel, som tilbød seg å overta 14 av Anfos 64 ansatte. Anfo ville så innstille sin virksomhet. Merckx og Neuhuys var selgere og blandt de 14 som fikk tilbud om overføring til Novarobel. De ville få fortsette med uendrede kontraktsvilkår. Hvilken lønn de fikk, var i meget stor grad et resultat av oppnådd salgskommisjon. De to mente at omsetningen hos Novarobel ikke ville bli like god som hos Anfo, og derfor avsto de å bli overført. I stedet saksøkte de Anfo for kontraktsbrudd, rettsstridig oppsigelse, m.v. Situasjonen var da at de to arbeidstagerne argumenterte for en snever forståelse av hva som er "overføring av virksomhet", for å begrunne at de ikke ville overføres til Novarobel, mens det var arbeidsgiversiden som argumenterte for en mer omfattende forståelse av hva som er overføring.

Den belgiske domstolen som forela saken, stilte bare et spørsmål om hvorvidt det kunne anses å foreligge en "overføring av virksomhet". EF-domstolen "reformulerte" dette ved å *supplere* det med et spørsmål om direktivets art. 3 nr. 1 er til hinder for at en arbeidstager kan nekte å bli overført. Dette spørsmålet var det nødvendig å stille, sa EF-domstolen, i betraktning av sakens fakta og for å gi et svar som ville være til nytte for den foreleggende rett ("in order to provide a helpful response to the national court"; jfr. dommens avsnitt 14 og 15).

EF-domstolen kom til at direktivet hadde anvendelse i saken, men besvarte så sitt eget tilleggsspørsmål med at art. 3 nr. 1 ikke er til hinder for at en arbeidstager motsetter seg å bli overført. Domstolen gjentok så et av elementene fra *Katsikas* – at det i slike tilfeller er opp til nasjonal rett å regulere hvordan det skal stille seg med arbeidsforholdet i relasjon til overdrageren. Men i *Merckx* føyet domstolen til at hvis arbeidsforholdet bringes til opphør på grunn av en endring i nivået på det vederlag arbeidstageren får, krever direktivets artikkel 4 nr. 2 at arbeidsgiveren anses ansvarlig for opphøret.

I dommens avsnitt 39 og konklusjonens pkt. 2 heter det: "However, where the contract of employment or the employment relationship is terminated on account of a change in the level of remuneration awarded to the employee, Article 4(2) of the Directive requires the Member States to provide that the employer is to be

regarded as having been responsible for the termination.” Jfr. dommens avsnitt 33-38.

Dommen i *Merckx* gir således en påbygning til den “reservasjonsretten” som ble fastslått i *Katsikas*, og med det også en *begrensning* i den frihet til nasjonal regulering av rettsvirkningene av å reservere seg mot overføring som domstolen der gav uttrykk for.¹³⁰ Denne sammenhengen og begrensningen poengteres så igjen i *Europièces*, en sak med visse likhetstrekk med *Merckx*, hvor domstolen på samme måte reformulerer og supplerer spørsmålsstillingen og så gjentar resonnementet og konklusjonen fra *Merckx* (jfr. *Europièces* avsnitt 26 og 37-44). En forskjell til *Merckx* er imidlertid at domstolen i *Europièces* ikke uttalte seg på samme måte om *at* det var tale om en ”vesentlig endring”, men fremholdt at den nasjonale domstol måtte undersøke *grunnene* til at arbeidstageren motsatte seg de vilkår han ble tilbudt og om disse innebar en ”vesentlig endring”.

Jfr. *Europièces* avsnitt 43: ”..., it is for the national court to examine the reasons why the employee refused the contract of employment offered to him and to determine whether that contract involved a substantial change in working conditions to his detriment.”

Denne begrensningen kan betraktes som et naturlig element i verne-reglene. Når en arbeidstager kan avslå å bli overført, må man, dersom arbeidstageren skal ha et rimelig vern – men uten at konsekvensene blir for tyngende for arbeidsgiveren – også ta i betraktning grunnene til at arbeidstageren reserverer seg.¹³¹

Et neste spørsmål er selvsagt hvor meget som skal til for at det skal anses å foreligge en slik ”vesentlig endring” som krever anvendelse av art. 4 nr. 2. Som nevnt (i 5.3 ovenfor) har EF-domstolen i *Delahaye* formulert seg mer reservert i forhold til lønnsendringer enn den gjorde i *Merckx*. Dommen i *Merckx* viser imidlertid at art. 4 nr. 2 kan få anvendelse selv om det ikke er tale om noe kontraktsbrudd eller

¹³⁰ Det følger av domstolens resonnement i *Merckx* (og likeledes i *Europièces*) at begrensningen – anvendelse av artikkel 4 nr. 2 – også omfatter ”Danmols-tilfeller” hvor arbeidstageren på forhånd velger å si opp arbeidsforholdet. Jfr. *Merckx* avsnitt 33 flg.

¹³¹ Jfr. forsåvidt *Davies* 1996, s. 253.

er grunn til å anta at det vil komme til et kontraktsbrudd fra erververens side. Bestemmelsen kan også ha anvendelse dersom arbeidstagerens nektelse av å bli overført likevel er rimelig ut fra de faktiske negative virkninger en overføring vil ha for arbeidsforholdet.¹³² Hvordan grensene så nærmere skal trekkes, er én problemstilling for videre diskusjon og rettspraksis.

Det er imidlertid flere.

Med de endringer som formodentlig kommer med den nye arbeidsmiljøloven, er det spesielt grunn til å peke nettopp på forholdet til "reservasjonsretten". Slik den nye lovens § 16-3 er utformet, innebærer den at hvis arbeidstageren motsetter seg overføring, har det virkning som en "egen oppsigelse" (jfr. foran, s. 11). Dette kan likevel ikke gjelde fullt ut. Dersom det er tale om en "vesentlig endring", må det opphør av arbeidsforholdet som utløses av at arbeidstageren reserverer seg, likevel kunne irtetteføres som et opphør arbeidsgiver er ansvarlig for etter lovens § 16-4 annet ledd.¹³³

Et videre spørsmål er hvilke rettsfølger arbeidsgivers ansvar skal medføre. I de uttalelsene i direktivforarbeidene som er gjengitt ovenfor (i avsnitt 6.2, s. 68-69), henvises dette rettsfølgespørsmålet til nasjonal rett, og det som er omtalt i uttalelsene, er økonomiske følger. Det må også være slike som kan være aktuelle. Når utgangspunktet og grunnlaget for at regelen kommer til anvendelse, er *at* arbeidsforholdet er opphørt, kan det ikke bli spørsmål om ugyldighet eller gjeninnsettelse som sanksjon. Med denne reservasjonen må de alminnelige EF-rettslige prinsipper om "effektiv rettslig håndhevelse" være et annet utgangspunkt.¹³⁴ Da står man ikke helt fritt i nasjonal rett til å regulere rettsvirkningene ved denne spesielle formen for opphør, men må se hen til de rettsvirkninger som ellers gjelder ved rettsstridig

¹³² Jfr. likeledes Davies 1996, s. 254. Dommen i *Delahaye kan* også sees som en, om enn særegen, applikasjon av et slikt synspunkt.

¹³³ Problemstillingen er ikke drøftet i lovforarbeidene (jfr. forsåvidt Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 340, og NOU 2004: 5, s. 567). Ut fra det bakenforliggende rettskildemateriale kan løsningen likevel ikke være tvilsom. Forholdet mellom reservasjons- og valgrett og direktivets art. 4 nr. 2/aml. § 73 C nr. 2 er heller ikke drøftet av Holo 2003 (jfr. s. 822-839 og 872-873).

¹³⁴ Se alment om dette f.eks. *Malmberg m.fl.* 2003, særlig s. 43 ff.

opphør på arbeidsgivers initiativ ("likhetsprinsippet"), såvel som til prinsippet om "effektive sanksjoner". Følger man tankegangen fra *Martin* videre (jfr. om denne s. 20-21 ovenfor), kunne det kanskje hevdes at arbeidstageren må ha krav på å bli stillet økonomisk som om endringen ikke hadde funnet sted. Som generell regel vil det imidlertid være for vidtgående. En økonomisk differansevurdering kan kompliseres ikke bare ved at én viktig endring står fast, nemlig at arbeidsforholdet er opphørt, men også av hvilke (andre) endringer det er tale om, hvilket rettslig grunnlag de bygger på, og av hvem det er som er den arbeidsgiver som skal anses som ansvarlig.

På det siste punkt – *hvem* er den ansvarlige arbeidsgiver – gir ikke direktivets art. 4 nr. 2 noe entydig svar. Når arbeidstageren er ansatt hos overdrageren og nekter å gå over til erververen, kan det ligge nær å anse overdrageren som ansvarlig,¹³⁵ som den som ved å overføre sin virksomhet vil påføre arbeidstageren en "vesentlig endring" til dennes skade. På den annen side kan det hevdes at det som vil endres, er arbeidsvilkårene etter overdragelsen. Forsåvidt er det erververens forhold som er avgjørende, og derfor må det være erververen som er ansvarlig.¹³⁶ Etter omstendighetene kan begge løsninger være mulige. Heller ikke rettspraksis gir så langt noe sikkert svar på spørsmålet.

Som *Delahaye* viser, kan en "vesentlig endring" også inntre *etter* at arbeidstageren faktisk har gått over til erververen. I slike tilfeller kan det neppe være tvilsomt at det må være erververen som hefter etter regelen i direktivets art. 4 nr. 2. Men saken kan også illustrere hvordan en økonomisk erstatningsfastsettelse da kan bli komplisert. Hvis det er slik at noen rettigheter faller bort fordi de er slike som er "ikke overførbare", skal det da kompenseres for dem – slik f.eks. dommen i *Martin* på sitt felt kan tas til inntekt for (jfr. her i 2.3.4

¹³⁵ Slik *Davies* (1996, s. 254) forutsetter.

¹³⁶ Slik *Svenning Andersen m.fl.* 2002 tar som utgangspunkt, jfr. s. 235. *Klingsten* 2002 (s. 261-264) er ikke tydelig om spørsmålet; hun bruker termen "arbejdsgiveren" uten nærmere presisering. Ut fra sin fortolkning av aml. § 73 C nr. 2 (se s. 242-243 ovenfor) ser *Holo* 2003 (s. 873) ut til å forutsette at det vil være erververen som er den ansvarlige arbeidsgiver, men han drøfter ikke problemstillingen i teksten her.

ovenfor)? Og hvis en endring følger av preseptorisk nasjonal rett som ikke er i strid med direktivet, skal erververen likevel kunne pålegges å betale erstatning som om disse reglene ikke gjaldt? I *Delahaye* var forholdet at arbeidstageren måtte tåle en betydelig lønnsnedgang som følge av regler staten var både berettiget og forpliktet til å gjøre gjeldende for hennes ansettelsesforhold. Om hun hadde sagt opp sin stilling da hun fikk beskjed om lønnsinnplasseringen – eller etter avgjørelsen i EF-domstolen – skulle hun da ha krav på å få erstattet ”tapt lønn” i den forløpte tid, skjønt hun ikke ”lovlig” kunne lønnes på samme nivå som hun hadde før overføringen? Og ville hun også kunne kreve erstatning for fremtidstap? Heller ikke slike spørsmål gir EF-domstolens avgjørelse i saken eller rettspraksis forøvrig svar på.

I det hele: Fortsatt er det en rekke problemstillinger om rettsvirkningene av virksomhetsoverdragelse som kan by på utfordringer, både på EU/EØS-nivå og på hjemlig grunn, også med den nye arbeidsmiljøloven.

Referanser

a) Litteratur m.v.

- Ahlberg, Kerstin; Niklas Bruun 1996 *Kollektivavtal i EU : Om allmän-
giltiga avtal och social dumping*. Skriftserien nr 52.
Stockholm: Juristförlaget 1996.
- Bergh, Espen 2004 "Pensjonsrettigheter ved virksomhetsoverdragelse –
hvilke forpliktelser påhviler ny arbeidsgiver?",
Arbeidsrett 2004, 200-209.
- Bjørnaraa, Torgeir; Espen Gaard og Anette Selmer 2000 *Norsk tjeneste-
mannsrett : Kommentarer til tjenestemannsloven med
forskrifter mv*. Oslo: Tano Aschehoug 2000.
- Colneric, Ninon 2005 "Funktionsweise und Entscheidungsfindung des
Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften", *Arbeit
und Recht* 2005, 281-285.
- Davies, Paul 1996 "Opting out of Transfers : Cases C-171 and C-172/94,
*Albert Mercxk and Patrick Neuhuys v Ford Motors
Belgium SA* [1996] IRLR 467 (ECJ)", (1996) 25
Industrial Law Journal 247-254.
- Evju, Stein 1992 Virksomhetsoverdragelse under et EØS/EF-regime. II.
Rettsvirkninger. Foredrag. Norsk Arbeidsrettslig
Forening, Møteserien. 5. mai 1992. (Upublisert manu-
skript; publisert disposisjon, 3 s.)
- Evju, Stein 1994 Rettighetsovergang og endringer ved overføring av
virksomhet. Foredrag. Norsk Arbeidsrettslig Forening,
Møteserien. 6. desember 1994. (Upublisert manuskript.)
- Evju, Stein 1997a Overføring av virksomhet – rettsvirkningsspørsmål.
Foredrag. Etterutdanningsrådet for dommere. Kurs i
arbeidsrettslige spørsmål. 21. januar 1997. (Upublisert
manuskript; publisert disposisjon, 15 s.)
- Evju, Stein 1997b Overføring av virksomhet – rettsvirkningsspørsmål.
Foredrag. Juristenes Utdanningssenter. Det årlige
arbeidsrettskurset. 8. februar, 11. og 14. mars 1997.
(Upublisert manuskript; publisert disposisjon, 16 s.)
- Evju, Stein 2001a "Supreme Court. Rt. 2000 p. 2058 [annotated]", 20
International Labour Law Reports (2001), 151-156.
- Evju, Stein 2001b "Endring av tjenestepensjon m.v.", i: T. Bråthen og O.
Gjems-Onstad (red.), *Moderne forretningsjuss*. Oslo:
Gyldendal Akademisk 2001, 41-63.

- Fougner, Jan 1999 *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo: Tano Aschehoug 1999.
- Hammerich, Peter; Klaus Henrik Wiese-Hansen 2004 ”Individuelle pensjonsrettigheter i virksomhetsoverdragelser – arbeidsmiljøloven § 73 B nr. 1 og 3”, *Arbeidsrett* 2004, 90-108.
- Hasselbalch, Ole 1997 *Ansættelsesretten*. 2. udg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997.
- Hasselbalch, Ole 2005 *Ansættelsesretten*. 3. udg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002. Elektronisk oppdatert utgave pr. 20. august 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, 519-584.
- Holo, Lars 2003 [Kommentarer til kap. 12 A] i: J. Fougner, L. Holo, O. Friberg, *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave*, 8. utg. Oslo: Universitetsforlaget 2003, 738-885.
- Hunt, Jo 1999 ”Success at last? The amendment of the Acquired Rights Directive”, (1999) 24 *European Law Review* 215-230.
- Jakhelln, Henning 1996 *Oversikt over arbeidsretten*. 2. utg. [U.s.:] NKS-forlaget 1996.
- Jakhelln, Henning 2004 *Oversikt over arbeidsretten*. 3. utg. [Oslo:] Damm 2004.
- Klingsten, Mette 2002 *Ansættelsesretlige aspekter af virksomheds-overdragelse*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002.
- Larsen, Per Arne 1999 *Arbeidsmiljøloven : kommentarer – praksis – veiledning*. Oslo: Ad Notam Gyldendal – Tiden Norsk Forlag 1999.
- Larsen, Per Arne 2004 *Arbeidsmiljøloven : kommentarer – praksis – veiledning*. 3. rev. utg. Oslo: Gyldendal Akademisk 2004.
- Legnier, M. F. G. M. 1977 ”Transferts d’entreprises et protection des travailleurs dans le cadre communautaire“, *Revue du Marché Commun* 1977, 473-482.
- 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.

- Mathiassen, Jørgen 2000 *Forvaltningspersonellet : Tjenestemænd og overenskomstansatte*. 2. udg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2000.
- Meyer, Holger 2004 *Der Tatbestand des Betriebsübergangs nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts*. Frankfurt am Main o.a.st.: Peter Lang 2004.
- Mulder, Bernhard Johann 2004 *Anställningen vid verksamhetsövergång*. Lund: Juristförlaget 2004.
- Næss, Mona 2005 "Arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelser over landegrensene", *Arbeidsrett* 2005, 112-131.
- Onnée-Abbruciati, Marie-Laure; Christine Fernandes, Martin Hutsebaut (eds.) 2000 *Social Protection of Civil Servants in Europe*. Report 68. Brussels: European Trade Union Institute 2000.
- Preis, Ulrich 2005 [Kommentare zu BGB § 613a] i: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*. 5. Aufl. (T. Dieterich et al., Hrsg.) München: C. H. Beck 2005, 1561-1610.
- Radé, Christophe (éd.) 2004 *Code du Travail*. 66^e éd. Paris: Éditions Dalloz 2004.
- Ray, Jean-Emmanuel 2004 *Droit du travail : Droit vivant*. 13^e éd. Paris: Éditions Liaisons 2004.
- Rebhahn, Robert 2001 "Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2001, 763-774.
- Rebhahn, Robert 2002 "Rechtsvergleichendes zur Tarifbindung ohne Verbandsmitgliedschaft", *Recht der Arbeit* 2002, 214-218.
- Rebhahn, Robert 2003-04 "Collective Labour Law in Europe in a Comparative Perspective. Collective Agreements, Settlement of Disputes and Workers' Participation (Part I)" og "... (Part II)", (2003) 19 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 271-295 og (2004) 20 *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. [Artiklene er en revidert versjon av Rebhahn 2001 og 2002.]

- Rivero, Jean; Jean Waline 2004 *Droit administratif*. 20^e éd. Paris: Éditions Dalloz 2004.
- Salon, Serge; Jean-Charles Savignac 2005 *Code de la fonction publique*. 4^e éd. Paris: Éditions Dalloz 2005.
- Schaub, Günter; Ulrich Koch, Rüdiger Linck 2005 *Arbeitsrechts-Handbuch : Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*. 11. Aufl. München: C. H. Beck 2005.
- Schiefer, Bernd "Fortgeltung kollektivrechtlicher Regelungen beim Betriebsübergang gem. § 613a BGB", *Der Betrieb* 2005, 2134-2136.
- Sejersted, Fredrik; Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad *EØS-rett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget 2004.
- Stokke, Torgeir Aarvaag; Stein Evju, Hans Otto Frøland 2003 *Det kollektive arbeidslivet*. Oslo: Universitetsforlaget 2003.
- Stueland, Einar 1995 Overdragelse av virksomhet. "Paper" til Nordisk Juristmøte [møte av advokater/jurister i de nordiske faglige landsorganisasjoner], Oslo, 25.8.95. Oslo, 25. august 1995. 6 s.
- Svenning Andersen, Lars 1986 *Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1986.
- Svenning Andersen, Lars 1996 *Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse med kommentarer*. 3. udg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996.
- Svenning Andersen, Lars; Jacob Sand, Rasmus Skovsgaard Haugaard 2002 *Lov om Lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Med kommentarer*. 4. udg. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002.
- Vandamme, F. 1977 „Concentrations d'entreprises et protection des travailleurs“, *Cahiers de droit européen* 1977, 25-48.
- Waas, Bernd 1996 "Begriff des Unternehmensübergangs i.S. der Richtlinie 77/187/EWG", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1996, 212-216.

b) *EF-dokumenter og offentlige publikasjoner m.v.*

De **EF-dokumenter** det er vist til, finnes for de fleste vedkommende på EF-kommisjonens nettsted for Labour Law Documentation, http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/documentation_en.htm. Tekstforslag, vedtatte tekster, uttalelser fra EF-parlamentet og ECOSOC finnes dertil i EF-tidende (O.J., Official Journal). Et unntak gjelder det reviderte direktivforslag fra 1975, COM(75) 429 final, som hverken er publisert i O.J. eller finnes på Labour Law Documentation. Det samme gjelder Rådsnoten av 10. februar 1977, som imidlertid finnes (bl.a.) som Bilag 2 i den danske utvalgsrapport fra 1979 (se for en referanse til denne rapporten *Svenning Andersen* 1986, s. 159).

Innst. O. nr. 91 (2000-2001) *Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.)* [2001].

Innst. O. nr. 100 (2004-2005) *Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)* [2005].

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 2004: 5 *Arbeidslivslovutvalget : Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*

Ot.forh. Forhandlinger i Odelstinget.

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. 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. 101 (2001-2002) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (overtidsarbeid, stillingsvern for toppledere)* [2002].
- Ot.prp. nr. 43 (2003-2004) *Om lov om endringer i rettergangslovgivningen m.m. (organiseringen av den sivile rettspleie på grunnplanet)* [2004].
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)* [2005].
- Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) *Om lov om statens embets- og tjenestemenn* [2005].
- Prop. 1994/95:102 Regeringens proposisjon 1994/95:102. *Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar. Stockholm 1994.*
- SOU 1994:83 *Statens offentliga utredningar 1994:83. Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar : EU och den svenska arbetsrätten. Delbetänkande av 1992 års arbetsrättskommitté. Stockholm 1994.*

c) *Rettspraksis*

1. Avgjørelser av EF-domstolen

- Abels* Sak 135/83 *H. B. M. Abels v the Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*, [1985] EFD 469.
- Abler* Sak C-340/01 *Carlito Abler a.o. v Sodexho MM Catering GmbH*, dom 20. november 2003, [2003] EFD I-0000.
- Beckmann* Sak C-164/00 *Katia Beckmann v Dynamco Whichloe Macfarlane Ltd*, [2002] EFD I-4893.
- Berg and Busschers* Forenede saker 144/87 og 145/87 *Harry Berg and Johannes T.M. Busschers v Ivo Martin Besselsen*, [1988] EFD 2559.
- Bork* Sak 101/87 *P. Bork International A/S, in liquidation v Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v Junckers Industrier A/S*, [1988] EFD 3057.
- Celtec* Sak C-478/03 *Celtec Ltd v John Astley a.O.*, dom 26. mai 2005, [2005] EFD I-0000.

- Collino* Sak C-343/98 *Renato Collino and Luisella Chiappero v Telecom Italia SpA*, [2000] EFD I-6659.
- Daddy's Dance Hall* Sak 324/86 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall A/S*, [1988] EFD 739.
- Danmols* Sak 105/84 *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v A/S Danmols Inventar, in liquidation*, [1985] EFD 2639.
- Delahaye* Sak C-425/02 *Johanna Maria Delahaye, gift Boor, mot Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative [Luxembourg]*, dom 14. november 2004, [2004] EFD I-0000.
- Europièces* Sak C-399/96 *Europièces SA v Wilfried Sanders and Automotive Industries Holding Company SA*, [1998] EFD I-6965.
- Henke* Sak C-298/94 *Annette Henke v Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken*, [1996] EFD I-4989.
- Katsikas* Forenede saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 *Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, [1992] EFD I-6577.
- Kommisjonen mot Belgia* Sak 237/84 *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, [1986] EFD 1247.
- Martin* Sak C-4/01 *Serene Martin a.o. v South Bank University*, dom 6. november 2003, [2003] EFD I-0000.
- Mayeur* Sak C-175/99 *Didier Mayeur v Association Promotion de l'information mess-ine (APIM)*, [2000] EFD I-7755.
- Merckx* Forenede saker C-171/94 og C-172/94 *Albert Merckx and Patrick Neuhuys v Ford Motors Company Belgium SA*, [1996] EFD I-1253.
- Redmond Stichting* Sak C-29/91 *Dr. Sophie Redmond Stichting v Hendrikus Bartol a.o.*, [1992] EFD I-3189.
- Rohrbach* Sak C-297/03 *Sozialhilfverband Rohrbach v Arbeitskammer Österreich, Österreichischer Gewerkschaftsbund*, dom 26. mai 2005, [2005] EFD I-0000.
- Rotsart* Sak C-305/94 *Claude Rotsart de Hertaing v J. Benoidt SA, in liquidation, and I.G.C. Housing Service SA*, [1996] EFD I-5927.
- Sanders* se *Europièces*.
- Tellerup* se *Daddy's Dance Hall*.

Temco Sak C-51/00 *Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen a.o.*, [2002] EFD I-969.

2. Avgjørelser av EFTA-domstolen

Eidesund Sak E-2/95 *Eilert Eidesund mot Stavanger Catering A/S*, [1995-1996] EFTA Court Report 1.

Langeland Sak E-3/95 *Torgeir Langeland og Norske Fabricom AS*, [1995-1996] EFTA Court Report 36.

Rasmussen Sak E-2/04 *Reidar Rasmussen, Jan Rossavik og Johan Kældman, og Total E&P Norge AS, v styrets formann*, [2004] EFTA Court Report 57.

Viggósdóttir Sak E-3/01 *Alda Viggósdóttir and Íslandspóstur hf. (Iceland Post Ltd)*, [2002] EFTA Court Report 202.

3. Norske dommer

Rt. 1997.1506 (*Nordfjordeid/Stryn Apotek*)

Rt. 1997.1965 (*Eidesund*)

