

**EFFEKTIV HÅNDHEVELSE AV ARBEIDSRETTSLIGE
REGLER
EU-rettslige krav og norske løsninger**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 226
Leveringsfrist: 16. januar 2012

Til sammen 37205 ord

12.01.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Rettskilder	4
1.3	Videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>EU-RETTENS KRAV TIL EFFEKTIV HÅNDHEVELSE</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	EU-domstolens holdning til nasjonal håndhevelse av EU-retten	8
2.2.1	Gjennombruddet med Rewe/Comet-dommene i 1976	9
2.2.2	Praksis frem til midten av 1980-tallet – minimumskrav til håndhevelsen av EU-retten	12
2.2.3	Praksis frem til 1993 – EU-domstolen oppstiller strengere krav til håndhevelsen av EU-retten	14
2.2.4	Praksis fra 1993 – «the hasty retreat»	22
2.2.5	Praksis fra 1995 og frem til i dag – en konkret tilnærming til spørsmål om effektiv håndhevelse	26
2.3	Prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse	34
2.4	Nærmere om ekvivalensprinsippet	34
2.5	Nærmere om effektivitetsprinsippet	38
2.6	Proporsjonalitetsprinsippets stilling i spørsmål om effektiv håndhevelse	45
2.7	Utviklingen av autonome EU-rettsmidler	46
2.7.1	Rett til midlertidig forføyning	48
2.7.2	Rett til tilbakebetaling av ulovlig pålagte avgifter	50
2.7.3	Rett til erstatning	51
2.8	EU-lovgivers svar på EU-domstolens praksis	53
2.8.1	EU-lovgivers holdning til spørsmål om effektiv håndhevelse	53
2.8.2	Nærmere om direktivenes håndhevelsesbestemmelser	56

3	<u>DIREKTIVENE OG DERES GJENNOMFØRING I NORSK RETT</u>	63
3.1	Innledning	63
3.1.1	Bakgrunn og tema	63
3.1.2	Problemstilling og videre fremstilling	64
3.2	Masseoppsigelsesdirektivet	65
3.2.1	Direktivets regler	65
3.2.2	De norske gjennomføringsreglene	67
3.3	Direktivet om virksomhetsoverdragelse	72
3.3.1	Direktivets regler	72
3.3.2	De norske gjennomføringsreglene	75
3.4	Direktivet om informasjon og konsultasjon	85
3.4.1	Direktivets regler	85
3.4.2	De norske gjennomføringsreglene	87
3.5	Følgene av rettigheter ut over direktivenes krav	90
4	<u>RETTSVIRKNINGER OG HÅNDHEVELSE</u>	92
4.1	Innledning	92
4.2	Rettsvirkninger ved brudd på de norske gjennomføringsbestemmelsene	92
4.2.1	Straffansvar: fengsel, bøter eller fradømmelse av retten til å drive virksomhet	93
4.2.2	Usaklig oppsigelse	95
4.2.3	Ugyldighet som sanksjon?	99
4.2.4	Rett til midlertidig forføyning?	104
4.2.5	Rett til erstatning?	107
4.2.6	Oppsummering og konklusjon	107
4.3	Håndhevelsesorganene	110
4.3.1	Arbeidstilsynet	110
4.3.2	Bedriftsdemokratinemnda	113
4.3.3	Domstolene	115
4.3.4	Oppsummering og konklusjon	118

5 **AVSLUTTENDE BEMERKNINGER** **120**

6 **KILDER** **122**

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Problemet med hvordan EU-retten skulle sikres en effektiv *håndhevelse* ble ofret lite – om i det hele tatt noe – oppmerksomhet da Romatraktaten ble inngått i 1957.¹ Traktaten inneholdt kun noen få, generelle bestemmelser om virkningene av eventuelle traktatbrudd, og det var tydelig viktigere å sikre at *EU-institusjonene* holdt seg innenfor traktatens rammer enn at *medlemsstatene* oppfylte sine forpliktelser. Dersom en medlemsstat opptrådte i strid med traktatens bestemmelser, ble det innledet forhandlinger mellom denne og Kommissjonen.² Bare dersom det ikke forelå noen utsikter til å komme frem til en minnelig løsning, ble saken overført til EU-domstolen.³ Domstolsprøving var altså siste utvei, og frem til 1993 var domstolens kompetanse begrenset til å konstatere hvorvidt det forelå et traktatbrudd eller ikke.⁴ Til sammenligning var full domstolsprøving, med annullasjon som mulig sanksjon, den valgte metode dersom det dreide seg om mulig traktatbrudd begått av EU-institusjonene.⁵ Medlemsstatene var åpenbart mer bekymret for muligheten for å måtte implementere uønskede EU-rettsakter, enn over hvilken destabiliserende effekt deres egen ikke-oppfyllelse av traktatbestemmelser kunne ha.⁶

¹ Her vil begrepene EU og EU-retten brukes konsekvent, slik at det også omfatter det som tidligere het EF og Fellesskapsretten etter Romatraktaten/EF-traktaten av 1957, som i hovedsak er videreført i Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) ved Lisboatraktaten av 2009.

² Romatraktaten art. 169-171 (nå videreført i TFEU art. 258-260).

³ Her brukes konsekvent navnet EU-domstolen, også om dens virksomhet før Lisboatraktaten av 2009, da den het EF-domstolen.

⁴ Først ved Maastrichttraktaten av 1993 ble EU-domstolen gitt kompetanse til å pålegge den aktuelle medlemsstat bot for traktatbruddet, jf. art. 171 (nå videreført i TFEU art. 260).

⁵ Romatraktaten art. 173-174 (nå videreført i TFEU art. 263-264).

⁶ Craufurd Smith 1999 s. 291.

Fra 1957 og frem til i dag har det skjedd få forandringer i traktatbestemmelsene som dreier seg om håndhevelse av EU-retten. Etter Treaty on European Union (TEU) art. 4 nr. 3 (tidligere Romtraktatens art. 5) er medlemsstatene pålagt en generell plikt til lojalt å etterleve EU-retten.⁷ Bestemmelsen pålegger medlemsstatene å gjøre alt som er nødvendig for å oppfylle forpliktelsene etter EU-retten, og å avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av traktatens mål i fare. Med hjemmel i denne bestemmelsen har EU-domstolen lagt til grunn at det gjelder et prinsipp om *prosessrettslig autonomi* for medlemsstatene. Prinsippet innebærer at når det ikke finnes EU-rettslige bestemmelser på området, er det de nasjonale prosessregler og prosedyrer som kommer til anvendelse ved håndhevelsen av EU-retten i nasjonale domstoler. Sagt med domstolens egne ord:

«... ifølge fast retspraksis er det i medfør af det i traktatens artikel 5 angivne princip om samarbejde *medlemsstaternes domstole* [sic],⁸ der skal sikre borgerne den rettsbeskyttelse, som følger af fællesskabsrettens direkte virkning. Når der ikke er udstedt fællesskabsbestemmelser på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne»⁹ (min utheving).

Problemet med dette er at medlemsstatenes ulike ordninger for håndhevelse av EU-retten medfører ulik anvendelse av EU-retten. Dette utgjør en trussel både for EU-

⁷ Bestemmelsen er tatt inn i EØS-avtalens art. 3.

⁸ Nå TEU art. 4 nr. 3 som er nevnt rett ovenfor.

⁹ Sak C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie mot État belge* [Belgia], [1995] EFD I-4599, avsnitt 12. Lignende formuleringer finnes også i en rekke andre dommer, se f.eks. sak 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG, Cologne, og Rewe-Zentral AG, Cologne, mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, Saarbrücken* [Tyskland], [1976] EFD 1989, avsnitt 5, sak 45/76 *Comet BV, Sassenheim, mot Produktschap voor Siergewassen* [Nederland], [1976] EFD 2043, avsnitt 13, sak C-208/90 *Theresa Emmott mot Minister for Social Welfare* [Irland], [1991] EFD I-4269, avsnitt 16, sak C-177/10 *Francisco Javier Rosado Santana mot Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía* [Spania], [2011] EFD I-0000, avsnitt 87.

rettens homogenitet og for dens effektivitet. Individenes rettsstilling avhenger av hvordan nasjonale myndigheter sikrer deres rettigheter; det holder ikke at rettighetene gitt av EU er implementert i det nasjonale rettssystemet, dersom ikke *håndhevelsen* av rettighetene også er sikret på en effektiv og betryggende måte.

Prinsippet om prosessrettslig autonomi gjelder imidlertid ikke uten begrensninger.¹⁰ Gjennom rettspraksis har det utviklet seg visse krav til den nasjonale håndhevelsen av EU-retten. Etter hvert har også EU-lovgiver viet mer oppmerksomhet til spørsmålet om nasjonal håndhevelse. Dette bringer meg over til oppgavens første hovedproblemstilling: Hvilke krav gjelder for medlemsstatenes håndhevelse av rettigheter som tilkommer borgerne etter EU-retten?

Når jeg har undersøkt hvilke krav EU-retten stiller til nasjonal håndhevelse av EU-rettigheter, vil det være interessant å undersøke mer konkret hva disse kravene innebærer for medlemsstatene. Jeg vil derfor ta utgangspunkt i noen utvalgte EU-rettigheter og undersøke den norske gjennomføringen av disse. Jeg har valgt å ta for meg arbeidstakers rettigheter etter masseoppsigelsesdirektivet,¹¹ direktivet om virksomhetsoverdragelser¹² og direktivet om informasjon og konsultasjon.¹³ Hensikten er å besvare oppgavens andre hovedproblemstilling: Oppfyller den norske håndhevelsen av disse rettighetene EU-rettens krav til effektiv håndhevelse?

¹⁰ Slik også Dougan 2004 s. 20 og Malmberg 2003 s. 27.

¹¹ Rådskdirektiv 98/59/EF av 20. juli 1998 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser.

¹² Rådskdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter.

¹³ Parlaments- og rådskdirektiv 2002/12/EF av 11. mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap.

1.2 Rettskilder

Gjennom EØS-avtalen¹⁴ har Norge overtatt en stor del av EU-retten og forpliktet seg til både å gjennomføre den i norsk rett og å håndheve den lojalt på samme måte som EU-statene gjør.¹⁵ Etter EØS-avtalens art. 6 skal avtalens bestemmelser og direktiver gitt i henhold til avtalen tolkes i lys av rettspraksis avsagt av EU-domstolen før inngåelsen av avtalen. Det innebærer at norske domstoler og andre myndigheter som håndhever EØS-retten, skal tolke bestemmelsene i samsvar med EU-domstolens praksis. Selv om avgjørelser avsagt *etter* 2. mai 1992 ikke omfattes av EØS-avtalens art. 6, er det klart at også disse er relevante tolkningsmomenter. Høyesterett har i en rekke dommer konstatert at det skal tas hensyn til EU-domstolens avgjørelser ved tolkningen av bestemmelser som har sitt opphav i EU-retten.¹⁶ Skjæringstidspunktet ved undertegning av EØS-avtalen har derfor liten betydning for den praktiske rettsanvendelsen.¹⁷

Selv om Norge ikke er medlem i EU, vil altså EU-domstolens praksis angående krav til effektiv håndhevelse ha betydning for den delen av EU-retten som er tatt med i EØS-avtalen. Når Norge har forpliktet seg til å gjennomføre disse bestemmelsene, er vi også forpliktet til å etterleve kravene som EU-retten oppstiller for håndhevelsen av bestemmelsene. Videre vil EU-domstolens praksis angående masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon som jeg behandler i kapittel 3 og 4, og som er gjort til norsk rett ved implementering i arbeidsmiljøloven (aml.),¹⁸ være relevant ved tolkningen av hva direktivene krever.

¹⁴ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Både EØS-avtalen og direktiver gitt i henhold til denne avtalen er gjort til norsk rett, jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

¹⁵ Sejersted m.fl. 2004 s. 21.

¹⁶ Se f.eks. Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I), Rt. 2010 s. 202 (Kystlink), avsnitt 56, og Rt. 2011 s. 609 (SAS), avsnitt 72.

¹⁷ Sejersted m.fl. 2004 s. 203.

¹⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

1.3 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg gjennom en undersøkelse av EU-rettspraksis gi en generell redegjørelse for EU-rettens krav til effektiv håndhevelse. Denne redegjørelsen vil ikke være knyttet til noe særskilt rettsområde, men som fremstillingen vil vise, er det særlig på arbeidsrettens område EU-domstolen har tatt stilling til håndhevelsesspørsmålet. Avslutningsvis i kapittel 2 vil jeg undersøke hvilken virkning EU-domstolens praksis har hatt på EU-lovgivningen om nasjonal håndhevelse av EU-retten. Der vil jeg også gå nærmere inn på hva masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon krever av håndhevelsen. I kapittel 3 vil jeg så gå nærmere inn på disse direktivenes bestemmelser og den norske gjennomføringen av reglene. Hensikten er å undersøke om den norske gjennomføringen er i samsvar med direktivenes materielle krav. Det er en forutsetning for at den norske gjennomføringen av direktivene også skal oppfylle EU-rettens krav til effektiv håndhevelse. I kapittel 4 vil jeg gå nærmere inn på selve håndhevelsen av de norske bestemmelsene som gjennomfører direktivene. Jeg behandler først hvilke rettsvirkninger som inntreffer ved brudd på reglene, og deretter hvilke organer som har myndighet til å håndheve reglene. Grunnen til at jeg har valgt å ta for meg nettopp masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon, er at dette er lite behandlet i teorien fra før. I forbindelse med EU-rettens krav til håndhevelse har det særlig vært fokusert på EU-rettigheter om diskrimineringsvern.¹⁹ Arbeidstakeres rett til informasjon og drøftelser i de situasjonene som direktivene omfatter, har i norsk teori blitt viet mindre oppmerksomhet. Dette er rettigheter av stor betydning for arbeidstakere, noe som også fremgår av at de er tatt inn i EUs charter om grunnleggende rettigheter, jf. art. 27.²⁰ Det er derfor interessant å undersøke hvorvidt rettighetene er sikret en effektiv håndhevelse i norsk rett. I kapittel 5 vil jeg gi noen avsluttende bemerkninger.

¹⁹ Se f.eks. Kirkøyen 2003 om diskriminering av kjønn og Eidsvaag 2009 om diskriminering av funksjonshemmede.

²⁰ Charter of Fundamental Rights of the European Union, O.J. C 83, 30.3.2010.

2 EU-rettens krav til effektiv håndhevelse

2.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapitlet er hvordan utfordringen med å sikre en effektiv håndhevelse av EU-retten ved nasjonale domstoler har blitt møtt på EU-nivå. Lovgiver har i stor grad forholdt seg passiv til dette temaet. Det finnes ingen egen EU-prosesslov, og mange mener at det er lite sannsynlig at det noensinne vil komme en.²¹ Riktignok er det i en del direktiver gitt egne håndhevelsesbestemmelser som gjelder for direktivets særskilte rettsområde.²² Det karakteristiske for direktivene er likevel at de er bindende for medlemsstatene «med hensyn til det tilsigtede mål», men overlater til nasjonale myndigheter å bestemme form og midler for gjennomføringen, jf. TFEU art. 288. Direktivene gir altså regler for opptreden, men ingen konkrete regler for rettsmidler eller prosedyrer dersom reglene brytes.

Dermed er det EU-domstolen som har blitt tvunget til å ta stilling til problemet med nasjonal håndhevelse av EU-retten. Som nevnt i avsnitt 1.1 har domstolen lagt til grunn at det gjelder et prinsipp om prosessrettslig autonomi for medlemsstatene. Domstolen var imidlertid tidlig ute med å forankre enkelte grunnleggende prinsipper for å sikre at EU-retten ble gitt effektiv virkning. Allerede i 1963 kom den revolusjonerende avgjørelsen *Van Gend en Loos*, hvor EU-domstolen etablerte prinsippet om direkte

²¹ Fitzpatrick 2003 s. 43.

²² F.eks. rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (likebehandlingsdirektivet) art. 6 (nå endret ved direktiv 2002/73/EF) og rådsdirektiv av 10. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere (likelønnsdirektivet) art. 2, 4 og 6.

effekt.²³ Prinsippet innebærer at den enkelte borger kan utlede rettigheter direkte fra EU-traktatene og kreve disse rettighetene etterlevd i nasjonale domstoler. Like etter kom nok en oppsiktsvekkende avgjørelse: *Costa mot Enel*.²⁴ I denne dommen ble prinsippet om EU-rettens forrang fastslått. Prinsippet innebærer at EU-retten ved motstrid går foran nasjonal rett. Senere gikk EU-domstolen enda et skritt videre i *Simmenthal*.²⁵ Der var spørsmålet om også nasjonale kompetanseregler må vike dersom de er til hinder for at den nasjonale domstol gir EU-retten forrang i saken den har til avgjørelse. EU-domstolen svarte bekreftende på dette spørsmålet og uttalte at enhver nasjonal bestemmelse som medfører at den aktuelle nasjonale domstol ikke har den nødvendige kompetanse til å utelukke nasjonale bestemmelser som utgjør en hindring for EU-rettens fulle virkning, er i strid med EU-retten.²⁶ Dommen innebærer altså at enhver nasjonal dommer, uten å måtte henvisе saken til en høyere instans, har kompetanse til å sette til side en nasjonal regel som er i strid med EU-retten.

Gjennom disse dommene ble altså nasjonale domstoler gjort til avgjørende samarbeidspartnere i oppgaven om å sikre en effektiv håndhevelse av EU-retten. Dommene er imidlertid tause når det gjelder *hvordan* EU-retten nærmere skal håndheves ved nasjonale domstoler. Dette er kanskje ikke så merkelig, ettersom det ikke er noen enkel oppgave å løse problemet med medlemsstatenes ulike prosessregler og rettsmidler. Et lands prosessrett reflekterer ofte forholdet mellom stat og borger, eller mellom private borgere. Slike forfatningsmessige konstellasjoner er gjerne knyttet sammen med det enkelte lands særegne politikk, kultur og sosiale forhold. Det er derfor naturlig, og helt legitimt, at det er betydelige forskjeller mellom de ulike lands prosessrett og rettsmidler. Utfordringen er å finne balansen mellom å sikre

²³ Sak 26/62 *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen* [Nederland], [1963] EFD 1.

²⁴ Sak 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* [Italia], [1964] EFD 585.

²⁵ Sak 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal S.p.A.* [Italia], [1978] EFD 629.

²⁶ *Ibid.*, avsnitt 22.

effektiviteten av og homogeniteten i EU-retten og å respektere medlemsstatenes valg av organisering av rettsvesenet.²⁷

Valg av rettsmidler har imidlertid ikke vært fullstendig overlatt til statene. EU-domstolen har gjennom sin rettspraksis stilt visse krav til nasjonal håndhevelse av EU-retten. Spørsmålene som skal behandles i det følgende, er hvilke krav dette er og hva de konkret innebærer for medlemsstatenes håndhevelse av EU-retten.

For å besvare disse spørsmålene vil jeg først gi en kronologisk redegjørelse for den sentrale rettspraksisen om nasjonal håndhevelse av EU-retten. Det vil si avgjørelser hvor EU-domstolen uttrykkelig tar stilling til spørsmål om nasjonal håndhevelse. Dette vil vise når og hvordan kravene til håndhevelse på det nasjonale plan oppstod og hvordan de har utviklet seg videre. Hensikten er å få en oversikt over rettstilstanden på området. Deretter vil jeg gå nærmere inn på de ulike kravene for å finne ut hva de konkret innebærer for medlemsstatene.

2.2 EU-domstolens holdning til nasjonal håndhevelse av EU-retten

Da EU-samarbeidet ble inngått i 1957, var spørsmålet om hvordan EU-retten skulle sikres en effektiv håndhevelse, i hovedsak et uberørt tema. Medlemsstatene var mer bekymret for å måtte oppgi sin suverenitet på slike vidtgående områder som Romatraktaten gjaldt, enn for at deres egen håndhevelse av EU-retten ikke skulle være effektiv nok. På dette tidspunktet ville det nok derfor vært utenkelig å få innført traktatbestemmelser om krav til håndhevelsen av EU-retten ved de nasjonale domstoler. Også EU-domstolen var til å begynne med svært forsiktig med å granske effektiviteten ved nasjonale domstolers håndhevelse av EU-retten, og virket villig til å akseptere nesten en hvilken som helst nasjonal prosessordning.²⁸ I *Russo* fastslo EU-domstolen at det var nasjonale regler som avgjorde hvorvidt det var mulig å kreve erstatning av en

²⁷ Dougan 2011 s. 411.

²⁸ Craufurd Smith 1999 s. 294.

medlemsstat for dens brudd på EU-retten.²⁹ I *Roquette Frères* konstaterte retten at medlemsstatene sto fritt til å anvende sine egne regler angående betaling av renter i saker om tilbakebetaling av ulovlige avgifter.³⁰

Med *Rewe*- og *Comet*-dommene i 1976 kom det et skifte i EU-domstolens tilnærming til spørsmålet om nasjonal håndhevelse.³¹ I disse avgjørelsene foretok domstolen for første gang en viss vurdering av hvorvidt de nasjonale prosessreglene sørget for tilstrekkelig beskyttelse av EU-rettighetene.

2.2.1 Gjennombruddet med *Rewe/Comet*-dommene i 1976

De to dommene ble avsagt samme dag, og saksforholdet var i hovedsak det samme. Begge sakene gjaldt avvisning av krav på grunn av oversittelse av søksmålsfrist. Kravene bygget i begge tilfeller på innbetaling av avgifter i forbindelse med import/eksport av varer. Disse avgiftene hadde tilsvarende effekt som tollavgifter og var derfor ulovlige etter EU-retten, noe som var ubestridt fra begge parter side. I *Rewe* krevde de to *Rewe*-selskapene at avgjørelsen om pålegg av avgiftene skulle annulleres, og videre tilbakebetaling av de innbetalte beløpene med renter. I *Comet* krevde *Comet BV* motregning for feilaktig innbetalte beløp mot andre beløp som selskapet skyldte. Begge sakene ble avvist av de nasjonale myndigheter fordi fristen for å gå til søksmål var utløpt etter nasjonale prosessregler. Sakene ble anket til neste instans, som henviste dem videre til EU-domstolen for prejudisiell avgjørelse. Spørsmålet som EU-domstolen måtte ta stilling til, var hvorvidt saksøkerne likevel hadde rett til å få sakene sine realitetsbehandlet, selv om de nasjonale søksmålsfrister var utløpt.

²⁹ Sak 60/75 *Carmine Antonio Russo v Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)* [Italia], [1976] EFD 45.

³⁰ Sak 26/74 *Société Roquette frères mot Commission of the European Communities* [Frankrike], [1976] EFD 677.

³¹ Sak 33/76 *Rewe* og sak 45/76 *Comet*.

EU-domstolens konklusjon og begrunnelse er i hovedsak lik i begge avgjørelsene. Retten startet med å understreke at det var de nasjonale domstoler som var betrodd oppgaven med å sikre borgernes rettsvern etter EU-retten:

«...it is the national courts which are entrusted with ensuring the legal protection which citizens derive from the direct effect of the provisions of Community law.»³²

Så langt holdt retten seg altså til den opprinnelige arbeidsfordelingen: EU-domstolens oppgave var å fastslå hvilke EU-rettslige bestemmelser som har direkte effekt, deretter var det de nasjonale domstolers oppgave å anvende disse bestemmelsene i samsvar med sine egne prosessregler og prosedyrer.³³

Etter ytterligere presiseringer om at det i mangel av EU-rettslige regler var medlemsstatenes oppgave å sørge for regler og prosedyrer til beskyttelse av individenes EU-rettigheter, tok retten imidlertid en ny og uventet retning. Den oppstilte en begrensning i statenes valgfrihet av prosessregler; Reglene som kom til anvendelse på søksmål basert på EU-retten, måtte ikke være *mindre gunstige* enn de reglene som kom til anvendelse på tilsvarende søksmål med grunnlag i nasjonal rett:

«Consequently, in the absence of any relevant Community rules, it is for the national legal order of each Member State to designate the competent courts and to lay down the procedural rules for proceedings designed to ensure the protection of the rights which individuals acquire through the direct effect of Community law, provided that *such rules are not less favourable than those governing the same right of action on an internal matter*»³⁴ (min utheving).

Retten gikk deretter enda et skritt videre. Selv om borgernes rettigheter etter EU-retten måtte utøves i samsvar med de nasjonale prosessreglene, gjaldt ikke dette uten unntak.

³² Sak 33/76 *Rewe*, avsnitt 5, sml. den tilsvarende uttalelsen i sak 45/76 *Comet*, avsnitt 12.

³³ Craufurd Smith 1999 s. 294.

³⁴ Sak 45/76 *Comet*, avsnitt 13, sml. den likelydende uttalelsen i sak 33/76 *Rewe*, avsnitt 5.

De nasjonale prosessreglene og prosedyrene måtte nemlig ikke gjøre det *i praksis umulig* for borgerne å utøve sine EU-rettigheter:

«15 ... the rights conferred by Community law must be exercised before the national courts in accordance with the rules of procedure laid down by national law.

16 The position would be different only if those rules and time-limits made it *impossible in practice* to exercise the rights which the national courts have a duty to protect»³⁵ (min utheving).

Til tross for disse nye begrensningene i medlemsstatenes prosessrettslige autonomi konkluderte retten med at de nasjonale søksmålsfristene i de aktuelle sakene kunne opprettholdes, og dermed at saksøkernes tilbakebetalingskrav kunne avvises. Fristene på kun 30 dager ble ansett som «reasonable»,³⁶ som altså ikke gjorde det «impossible in practice» å utøve sine EU-rettigheter for nasjonale domstoler. Kanskje enda mer overraskende var EU-domstolens uttrykkelige erkjennelse av at å basere seg på nasjonale prosessregler kunne medføre variasjoner i håndhevelsen av EU-retten mellom medlemsstatene,³⁷ noe som igjen kunne føre til ulikheter mellom borgerne.³⁸ Dette var imidlertid et problem som domstolen overlot til lovgiver å løse;³⁹ prinsippene om direkte effekt og EU-rettens forrang garanterte ikke absolutt beskyttelse av EU-rettighetene, bare beskyttelse innenfor et gitt (nasjonalt) rettsystem.⁴⁰

Det er likevel viktig å understreke de banebrytende elementene ved *Rewe/Comet*. Selv om rettens konklusjon fulgte den samme linjen som tidligere, med nesten ubegrenset aksept for nasjonale prosessordninger, er det ingen tvil om at disse dommene innebar et gjennombrudd når det gjaldt nasjonal håndhevelse av EU-retten. Før disse dommene

³⁵ Sak 45/76 *Comet*, avsnitt 15 og 16, sml. den likelydende uttalelsen i sak 33/76 *Rewe*, avsnitt 5.

³⁶ Sak 45/76 *Comet*, avsnitt 17, sak 33/76 *Rewe*, avsnitt 5.

³⁷ Sak 45/76 *Comet*, avsnitt 14-15.

³⁸ Craufurd Smith 1999 s. 294.

³⁹ Sak 33/76 *Rewe*, avsnitt 5, sak 45/76 *Comet*, avsnitt 14.

⁴⁰ Craufurd Smith 1999 s. 294.

fantas det overhodet ingen krav til hvordan de nasjonale domstoler skulle håndheve EU-retten. For aller første gang ble medlemsstatene pålagt begrensninger i sin frihet til å håndheve EU-retten slik de ønsket: For det første kan reglene som kommer til anvendelse på søksmål basert på EU-retten, ikke være *mindre gunstige* enn de reglene som kommer til anvendelse på tilsvarende søksmål med grunnlag i nasjonal rett. For det andre kan disse reglene ikke gjøre det *i praksis umulig* å utøve EU-rettigheter. Disse kravene har senere fått navnene *ekvivalensprinsippet* (også kalt prinsippet om ikke-diskriminering) og *effektivitetsprinsippet*.⁴¹

Metoden som anvendes i *Rewe/Comet*, har siden konsekvent blitt brukt i saker om nasjonal håndhevelse av EU-retten. Der det ikke finnes EU-rettslige regler som sier noe om hvordan håndhevelsen for de nasjonale domstoler skal skje (noe det nesten aldri gjør), skal nasjonale domstoler håndheve EU-retten i samsvar med eksisterende nasjonale rettsmidler og prosessregler, men slik at ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet overholdes.⁴² Hva som nærmere ligger i disse prinsippene i dag, kan imidlertid være noe uklart. Som den videre fremstillingen vil vise, har EU-domstolen ikke fulgt noen klar og konsekvent linje i sin rettsskapende virksomhet på området. På bakgrunn av rettspraksis vil jeg likevel forsøke å trekke noen konklusjoner om hvordan prinsippene skal forstås og anvendes i dag.

2.2.2 Praksis frem til midten av 1980-tallet – minimumskrav til håndhevelsen av EU-retten

I den første tiden etter domsavsigelsene syntes gjennombruddet med *Rewe/Comet* å ha begrenset rekkevidde. Selv om avgjørelsene skapte nye virkemidler for å granske nasjonale rettsmidler, forble inngripen fra EU-nivå et uklart og sjelden praktisert unntak.⁴³ Håndhevelse av EU-retten i medlemsstatene ble fortsatt som den klare hovedregel overlatt til nasjonale myndigheter, uten nevneverdig innblanding fra EU-

⁴¹ Dougan 2004 s. 20, 24 og 26, Ward 1995 s. 206, Tridimas 2000 s. 37.

⁴² Dougan 2011 s. 411.

⁴³ Ibid., s. 412.

domstolen. Dette kan illustreres med *Butter Buying Cruises*,⁴⁴ hvor retten i et obiter dictum konstaterte at Romatraktaten ikke hadde til hensikt å skape nye rettsmidler som ikke allerede eksisterte i medlemsstatene:

«... although the Treaty has made it possible in a number of instances for private persons to bring a direct action, where appropriate, before the Court of Justice, *it was not intended to create new remedies* in the national courts to ensure the observance of Community law other than those already laid down by national law»⁴⁵ (min utheving).

Her ble det altså kort avvist at EU-retten skulle kunne gi grunnlag for noen andre rettsmidler enn dem som medlemsstatene selv hadde inntatt i sin nasjonale lovgivning. I litteraturen ble dommen tolket slik at det gjaldt et «ingen nye rettsmidler-prinsipp», selv om resultatet av dette i mange tilfeller ble at EU-rettighetene ikke lot seg håndheve, og at individenes rettsstilling varierte sterkt fra land til land.⁴⁶

Det kan være mange grunner til at EU-domstolen valgte å være såpass tilbakeholden med å granske nasjonale rettsmidler til beskyttelse av EU-rettigheter. I denne perioden var de revolusjonerende prinsippene om EU-rettens forrang og direkte effekt fortsatt forholdsvis nye, og mange medlemsstater var motvillige til å akseptere denne inngripen i nasjonal suverenitet. For å sikre at prinsippene ble etterlevd, var det helt avgjørende at nasjonale domstoler samarbeidet. EU-domstolen kan derfor ha ansett det som best å ikke utfordre nasjonale domstolars myndighet enda mer, ved å også pålegge krav til selve håndhevelsen.⁴⁷ I tillegg kan EU-domstolen ha basert seg på at det som var godt nok for medlemsstatene, også måtte være godt nok for EU. Derfor kunne man gå ut fra at håndhevelsen av EU-retten var sikret så lenge ekvivalensprinsippet ble respektert,

⁴⁴ Sak 158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH og Rewe-Markt Steffen, Kiel, mot Hauptzollamt, Kiel* [Tyskland], [1981] EFD 1805.

⁴⁵ Ibid., avsnitt 44.

⁴⁶ Ward 1995 s. 207, Craufurd Smith 1999 s. 295-296.

⁴⁷ Se f.eks. Dougan 2011 s. 412, Fitzpatrick 2003 s. 46, Craufurd Smith 1999 s. 298.

men med effektivitetsprinsippet som «sikkerhetsventil» der nasjonale rettsmidler likevel viste seg å være mangelfulle.⁴⁸

Allerede i denne perioden var det likevel tegn til at EU-domstolen ville innta en mer aktiv rolle i håndhevelsen av EU-retten. Til illustrasjon kan det pekes på den banebrytende *Simmenthal*-dommen⁴⁹ (nevnt i avsnitt 2.1), hvor retten konstaterte at enhver nasjonal dommer ikke bare må sørge for håndhevelsen av nasjonal rett, men også for håndhevelsen av EU-retten. Enhver dommer må derfor, på eget initiativ og uten å henvise saken til en høyere instans, sette til side en nasjonal regel som er i strid med EU-retten. Dette var nødvendig for å grunnfeste prinsippet om EU-rettens forrang, men hadde også betydelige konsekvenser for den prosessuelle gjennomføringen av saker, og ikke minst for fordelingen av kompetanse internt i mange medlemsstater.⁵⁰

2.2.3 Praksis frem til 1993 – EU-domstolen oppstiller strengere krav til håndhevelsen av EU-retten

Fra midten av 1980-tallet skjedde det en drastisk endring i EU-domstolens tilnærming til nasjonal håndhevelse av EU-retten. Fra å godta nesten enhver nasjonal prosessregel gikk domstolen nå over til å foreta en inngående kontroll med medlemsstatenes håndhevelse av EU-retten. Dette skjedde hovedsakelig gjennom en ny formulering og anvendelse av effektivitetsprinsippet.⁵¹ I *Rewe/Comet* var vilkåret for anvendelse av nasjonale prosessregler på EU-retten at de ikke gjorde utøvelsen av EU-rettighetene *i praksis umulig*. I *San Giorgio* ble denne formuleringen endret til et krav om at nasjonale prosessregler ikke måtte gjøre utøvelsen av EU-rettigheter i praksis umulig *eller uforholdsmessig vanskelig*.⁵² Med denne siste tilføyelsen ble terskelen for å gi prinsippet anvendelse betydelig lavere. I samsvar med dette ble det i denne perioden

⁴⁸ Dougan 2011 s. 412.

⁴⁹ Sak 106/77 *Simmenthal*.

⁵⁰ Dougan 2011 s. 413.

⁵¹ *Ibid.*, Craufurd Smith 1999 s. 300.

⁵² Sak 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot SpA San Giorgio, Milano* [Italia], [1983] EFD 3595, avsnitt 14.

avsagt en rekke dommer hvor den minimalistiske tilnærmingen i *Rewe/Comet*-dommene ble erstattet med langt strengere krav til håndhevelsen av EU-retten.

Saken som markerte en milepæl i denne utviklingen, er *Colson*-dommen.⁵³ Avgjørelsen gjaldt tolkning av bestemmelser i likebehandlingsdirektivet av 1976.⁵⁴ To kvinners jobbsøknader ble avslått hovedsakelig på grunn av deres kjønn. Den tyske domstolen konstaterte at det forelå forskjellsbehandling, men at den eneste sanksjonen overfor forskjellsbehandling i forbindelse med ansettelse var erstatning for den negative kontraktsinteressen. Den nasjonale retten fastslo derfor at de to kvinnene bare kunne få erstattet de utgiftene de hadde hatt til selve jobbsøkingen, noe som utgjorde 7,20 tyske mark. Et av spørsmålene som ble forelagt EU-domstolen, var hvorvidt det av direktivet måtte utledes krav til bestemte sanksjonsformer. Til dette uttalte retten:

«Selv om en fullstendig gjennomførelse af direktivet ikke ... stiller krav om en bestemt sanktionsform i tilfælde af overtrædelse af forbudet mod forskelsbehandling, indebærer den ikke desto mindre, at sanktionen skal være egnet til, at domstolene kan sikre en *faktisk og effektiv* beskyttelse. Sanktionen skal endvidere have en reelt *afskrækkende virkning* over for arbejdsgiveren. Heraf følger, at når medlemsstaten har valgt at sanktionere overtrædelsen af forbudet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal denne i hvert fall stå i et *rimeligt forhold* til det opståede tab»⁵⁵ (min utheving).

Vi ser her at retten etter sin velkjente bekreftelse om at det er opp til medlemsstatene å velge hvordan de vil gjennomføre direktiver, tok en helt ny og uventet retning. Selv om statene selv kunne velge sanksjonsform, måtte den valgte sanksjon være *faktisk, effektiv, avskrækkende* og *proporsjonal*. Denne formuleringen innebar langt strengere krav til medlemsstatenes beskyttelse av EU-rettigheter enn den minimalistiske

⁵³ Sak 14/83 *Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* [Tyskland], [1984] EFD 1891.

⁵⁴ Rådskdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

⁵⁵ Sak 14/83 *Colson*, avsnitt 23.

tilnærmingen i *Rewe/Comet*. Det var ikke lenger tilstrekkelig at de nasjonale rettsmidlene ikke gjorde det umulig eller overdrevent vanskelig å utøve ens EU-rettigheter, rettsmidlene måtte sikre en reell (faktisk), effektiv og proporsjonal beskyttelse. For sanksjoners vedkommende innebar det i tillegg at de måtte ha en *avskrekkende* virkning.

Colson-avgjørelsen markerte en viktig endring i effektivitetsprinsippet. Tidligere hadde prinsippet kun gitt EU-rettigheter på det nasjonale plan en minimumsbeskyttelse, ettersom alle nasjonale prosessregler måtte godtas så lenge de ikke gjorde utøvelsen av EU-rettigheter i praksis umulig. Og terskelen her hadde vært svært høy, noe konklusjonene i *Rewe/Comet* selv viser. Nå viste domstolen derimot vilje til å sørge for en langt sterkere beskyttelse av EU-rettighetene, ved å kreve at nasjonale rettsmidler måtte være reelle, effektive, avskrekkende og proporsjonale.

En annen viktig avgjørelse som fortsatte utviklingen fra *Colson*-dommen i retning av sterkere beskyttelse av EU-rettighetene ved nasjonale domstoler, er *Johnston*-dommen.⁵⁶ Også denne avgjørelsen gjaldt likebehandlingsdirektivet av 1976. Johnston ble nektet fortsatt ansettelse i politiet, fordi politisjefen hadde avgjort at alle medlemmer av politistyrken skulle være bevæpnet, men samtidig at kvinnelige medlemmer ikke hadde lov til å bære våpen. Det sentrale problemet for EU-domstolen var at innenriksministeren forsøkte å frata den nasjonale domstolen dens kompetanse til å dømme i saken ved å utstede en erklæring om at saken gjaldt den nasjonale sikkerhet. Problemet for EU-domstolen var derfor om en slik erklæring kunne forhindre Johnstons rett til tilgang til domstolene. Domstolen kunne ha avgjort saken på bakgrunn av *Rewe/Comet*-formelen, ved å si at erklæringen gjorde det umulig for Johnston å få etterlevd sine rettigheter etter likebehandlingsdirektivet, og derfor var i strid med effektivitetsprinsippet. I stedet valgte domstolen å vise til EMK art. 6 og 13 om rett til adgang til domstolene, og på denne måten inkorporere den fundamentale retten til effektiv rettslig beskyttelse i EU-retten. Ved denne avgjørelsen ble altså prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse tatt inn blant de generelle prinsippene som danner

⁵⁶ Sak 222/84 *Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [Nord-Irland], [1986] EFD 1651.

fundamentet for all tolkning og anvendelse av EU-retten.⁵⁷ Avgjørelsen representerte et stort skritt i retning av sterkere beskyttelse av håndhevelsen av EU-retten.

I *Marshall II* ble kravene til reelle, effektive og avskrekkende og sanksjoner fra *Colson*-dommen nærmere konkretisert når det gjaldt oppsigelse i strid med likebehandlingsprinsippet.⁵⁸ Marshall hadde blitt sagt opp fra sin stilling utelukkende fordi hun hadde nådd den alder hvor hun kunne motta pensjon fra staten. Denne aldersgrensen var ulik for menn og kvinner. Marshall hevdet derfor at oppsigelsen var i strid med både nasjonale regler om kjønnsdiskriminering og likebehandlingsdirektivet, noe hun også fikk medhold i av den nasjonale domstol. Problemet var imidlertid at nasjonale regler begrenset erstatningssummen til et visst maksimumsbeløp. Dette var EU-domstolen langt fra villig til å godta. Domstolen konstaterte at erstatning for tap på grunn av ulovlig forskjellsbehandling måtte svare til det *reelle* og *fulle* tap for skadelidte.⁵⁹ Et *på forhånd* fastsatt maksimumsbeløp for erstatningen var *per definisjon* i strid med likebehandlingsdirektivet art. 6.⁶⁰ Videre oppstilte domstolen oppsiktsvekkende nok krav til bestemte sanksjonsformer. Til tross for at domstolen i *Colson* hadde uttalt at likebehandlingsdirektivet art. 6 ikke foreskrev en bestemt sanksjon, fant domstolen nå at dersom kravene til reelle, effektive og avskrekkende sanksjoner skulle overholdes, måtte det tas hensyn til den enkelte saks særskilte omstendigheter. Når det gjaldt oppsigelse i strid med likebehandlingsprinsippet, fastslo domstolen at det kun var to muligheter for gjenopprettelse: Gjenansettelse eller økonomisk erstatning:

«Sådanne krav [om at sanksjonen må være faktisk, effektiv og avskrekkende] medfører nødvendigvis, at de særlige omstændigheder i forbindelse med hver enkelt overtrædelse af princippet om ligebehandling skal tages i betragtning. I tilfælde af en afskedigelse ... kunne ligebehandlingen ikke genoprettes uden enten at genansætte den person, der har

⁵⁷ Fitzpatrick 2003 s. 52.

⁵⁸ Sak C-271/91 *M. H. Marshall mot Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* [Storbritannia], [1993] EFD I-4367.

⁵⁹ *Ibid.*, avsnitt 26.

⁶⁰ *Ibid.*, avsnitt 30.

været utsat for forskjellsbehandling, i sin tidligere stilling, eller at tilkende en økonomisk erstatning for det påførte tab.»⁶¹

I *Marshall II* ble det også fastslått at skadelidte måtte tilkjennes renter i tiden fra den ulovlige forskjellsbehandlingen fant sted og til utbetaling faktisk skjedde. Dette til tross for at EU-domstolen i *Roquette Frères* hadde uttalt at det var opp til statene å avgjøre spørsmål om renter (se avsnitt 2.2).

Marshall II har særlig hatt betydning for krav til medlemsstatenes sanksjoner ved brudd på EU-retten, og da spesielt sanksjoner for brudd på likebehandlingsprinsippet. Det er likevel viktig å se den i sammenheng med nasjonal håndhevelse av EU-retten generelt. I en og samme dom konstaterte domstolen at oppsigelse i strid med likebehandlingsprinsippet må sanksjoneres med enten gjenansettelse eller erstatning, erstatningen må tilsvare det fulle tap, og renter må tilkjennes. Alt dette var nye og konkrete krav, som domstolen anså som nødvendige for å sikre en effektiv beskyttelse av den enkeltes rett til likebehandling. Domstolen viste altså stor vilje til å granske de nasjonale prosessreglene og sette dem til side der de ikke sikret god nok beskyttelse og derfor ikke var i samsvar med effektivitetsprinsippet.

Nok et uttrykk for EU-domstolens nye vilje til å sikre en effektiv beskyttelse av EU-retten fikk vi med *Emmott*-dommen.⁶² Saken gjaldt forskjellsbehandling mellom menn og kvinner ved utbetaling av sosiale ytelser. En dom fra EU-domstolen konkluderte med at likebehandlingsdirektivet ikke var blitt gjennomført på korrekt vis i den aktuelle medlemsstat. Rett etter denne domsavsigelsen tok Emmott kontakt med velferdsministeren for å få utbetalt ytelsene hun hadde krav på. Velferdsministeren svarte imidlertid at saken om korrekt implementering fortsatt ikke var avgjort i High Court, og at Emmotts sak ville bli behandlet så snart avgjørelse forelå der. Da saken endelig ble tatt opp til behandling, ble den imidlertid avvist som for sent fremsatt. Spørsmålet som EU-domstolen måtte ta stilling til, var hvorvidt en medlemsstat som ikke hadde gjennomført et EU-direktiv på korrekt måte, kunne avvise et søksmål fra en

⁶¹ Ibid., avsnitt 25.

⁶² Sak C-208/90 *Theresa Emmott mot Minister for Social Welfare* [Irland], [1991] EFD I-4269.

borger som anla sak for å sikre sine rettigheter etter direktivet, med den begrunnelse at nasjonale søksmålsfrister var utløpt. Ettersom det i dette tilfelle var velferdsministeren som hadde informert Emmott om at hennes søksmål ikke kunne bli behandlet før det forelå en avgjørelse fra High Court, kunne retten ha argumentert med at det i praksis hadde vært umulig for Emmott å hevde sine rettigheter innenfor søksmålsfristen, og at det derfor var i strid med effektivitetsprinsippet å avvise hennes søksmål. EU-domstolen valgte imidlertid en helt annen innfallsvinkel. Den fastslo at så lenge direktivet ikke var korrekt gjennomført i nasjonal rett, var borgerne avskåret fra å skaffe seg fullt kjennskap til sine rettigheter. Kun når direktivet var korrekt gjennomført, kunne man kreve at borgerne gjorde sine rettigheter gjeldende:

«21 Så lenge direktivet ikke er korrekt gjennomført i national ret, er borgerne ikke blevet sat i stand til at skaffe sig fuldt kendskab til deres rettigheder. Denne uvished for borgerne består fortsat, selv efter en dom, hvorved Domstolen har fastslået, at den pågældende medlemsstat ikke har oppfylt sine forpligtelser i henhold til direktivet, og selv hvis Domstolen har anerkendt, at den ene eller den anden bestemmelse i direktivet er tilstrækkelig præcis og ubetinget til, at den kan påberåbes for en national domstol. 22 Kun en korrekt gennemførelse af direktivet bringer denne uvished til ophør, og først på tidspunktet for denne gennemførelse skabes der den retssikkerhed, der er nødvendig for at kunne kreve af borgerne, at de gør deres rettigheder gældende.»⁶³

Det kunne altså ikke begynne å løpe noen søksmålsfrist før tidspunktet for korrekt gjennomføring av direktivet, selv om fristen i seg selv var i samsvar med ekvivalens- og effektivitetsprinsippene etter *Rewe/Comet*-formelen. Retten konkluderte derfor med at det ikke var adgang for en medlemsstat til å avvise et søksmål fordi søksmålsfristene var utløpt, så lenge direktivet som søksmålet baserte seg på, ikke var korrekt gjennomført i nasjonal rett.

Man kan kanskje si at *Emmott* la en ny dimensjon til effektivitetsprinsippet. En reell og effektiv beskyttelse av EU-rettigheter forutsatte en korrekt implementering av de aktuelle direktiver. Først når dette var i orden, var det aktuelt å undersøke hvorvidt de

⁶³ Ibid., avsnitt 21 og 22.

nasjonale prosessreglene i seg selv var i samsvar med ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.

Kravene til effektive, avskrekkende og proporsjonale sanksjoner gjaldt ikke bare i saker om kjønnsdiskriminering. I *Greek maize* hadde Hellas unnlatt å innlede straffeforfølgning mot personer som hadde unndratt inntekter på mais fra EU.⁶⁴ Domstolen uttalte at medlemsstatene var forpliktet til å sanksjonere brudd på EU-retten på samme måte som brudd på nasjonal rett av samme art og grovhet. Selv om medlemsstatene selv kunne velge sanksjonsform, måtte disse i hvert fall være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha en avskrekkende virkning.⁶⁵ Andre eksempler på saker om annet enn kjønnsdiskriminering hvor domstolen oppstilte krav om effektive, avskrekkende og proporsjonale sanksjoner er *Hansen*⁶⁶, *Vandevenne*⁶⁷ og i de to sakene *Kommisjonen mot Storbritannia*.⁶⁸

En oppsummering av rettspraksis fra denne perioden kan kort og forenklet sammenfattes slik: Anvendelse av effektivitetsprinsippet utviklet seg fra en enkel undersøkelse av hvorvidt nasjonale regler gjorde utøvelsen av EU-rettigheter i praksis umulig, til en inngående gransking av hvorvidt de nasjonale reglene i det konkrete tilfellet sikret en effektiv og god beskyttelse.

Det er flere årsaker til dette skiftet i EU-domstolens holdning til nasjonal håndhevelse av EU-rettigheter. For det første hadde prinsippene om EU-rettens direkte effekt og forrang på dette tidspunktet fått feste seg. Prinsippene var godtatt av medlemsstatene,

⁶⁴ Sak 68/88 *Kommisjonen for De Europæiske Fællesskaber mot Den Høllenske Republik* [1989] EFD 2965.

⁶⁵ *Ibid.*, avsnitt 24.

⁶⁶ Sak C-326/88 *Anklagemyndigheden mot Hansen & Søn I/S* [Danmark], [1990] EFD I-2911.

⁶⁷ Sak C-7/90 *Straffesak mot Paul Vandevenne m.fl.* [Belgia], [1991] EFD I-4371.

⁶⁸ Sak C-382/92 *Kommisjonen for De Europæiske Fællesskaber mot Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland* [1994] EFD I-2435 og sak C-383/92 *Kommisjonen for De Europæiske Fællesskaber mot Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland* [1994] EFD I-2479.

og tilliten til EU-domstolen var derfor større. For det andre ble det etter hvert klart for EU-domstolen at det ikke var nok å basere seg på at etterlevelsen av EU-retten var sikret så lenge ekvivalensprinsippet ble fulgt. Praksis hadde tydelig vist at nasjonal rett ofte ikke ga tilstrekkelig god beskyttelse. For det tredje ble EU-domstolen mer og mer bevisst problemet med nasjonal håndhevelse og risikoen denne utgjorde for en effektiv og uniform anvendelse av EU-retten. For det fjerde var det flere og flere vanlige borgere som anla saker for EU-domstolen, ikke bare store selskaper slik som tidligere. Dette kan også ha bidratt til økt tilbøyelighet til å styrke den rettslige beskyttelsen av EU-rettigheter. Endelig kan EU-domstolen ha ansett det nødvendig å innta en mer aktiv rolle på håndhevelsesrettens område fordi lovgiver ikke foretok seg noe, til tross for at dette ble etterspurt av mange.⁶⁹

EU-domstolens økende inngripen i medlemsstatenes håndhevelse av EU-retten ble imidlertid også møtt med sterk kritikk. Blant annet ble det understreket at EU-domstolens virksomhet utgjorde en risiko for den rettslige forutsigbarheten. Herunder ble det særlig fremhevet at det var vanskelig for advokater og andre rettshjelpere å gi råd til sine klienter når ingen på forhånd kunne si hvorvidt de nasjonale prosessreglene ville bli satt til side eller ei. I tillegg ble EU-domstolens praksis kritisert på et mer prinsipielt plan. Mange mente at EU-domstolen i realiteten drev med lovgivning, noe som burde overlates til de kompetente myndigheter. Videre fremhevet mange det problematiske ved at domstolen kun forbød diskriminering av EU-retten, mens diskriminering den andre veien, ved at rettigheter med grunnlag i nasjonal rett er mindre beskyttet enn EU-rettigheter, var tillatelig. Endelig ble EU-domstolens praksis kritisert for å skape dobbeltmoral, ved at medlemsstatene ble tvunget til å sørge for mer effektiv beskyttelse av EU-rettighetene enn EU-institusjonene måtte gjøre selv.⁷⁰

EU-domstolen var ikke døvt for denne kritikken, og den senere rettspraksisen tyder nærmest på at domstolen gjennomgikk en plutselig selvtillitskrise.⁷¹

⁶⁹ Dougan 2011 s. 414-415.

⁷⁰ Ibid., s. 415-417.

⁷¹ Ibid., s. 417.

2.2.4 Praksis fra 1993 – «the hasty retreat»

Fra 1993 skjedde det nok en gang et brått skifte i EU-domstolens holdning til problemet med nasjonal håndhevelse av EU-retten. Domstolen hadde så vidt rukket å skape rammene rundt det som mange oppfattet som et mer omfattende regime om effektiv håndhevelse, før den igjen vendte tilbake til sin minimalistiske tilnærming fra *Rewe/Comet*-dommene. Det kunne nærmest virke som om domstolen angret på en del av sine grensesprengende avgjørelser fra 1980- og det tidlige 1990-tallet, ettersom deres rekkevidde ble sterkt begrenset gjennom en rekke nye avgjørelser. Denne perioden ble av Ward beskrivende kalt «a hasty retreat».⁷²

I *Emmott* hadde domstolen avgjort at selv rimelige søksmålsfrister i nasjonal rett måtte settes til side i tilfeller hvor tvisten dreide seg om at en medlemsstat ikke hadde gjennomført et EU-direktiv på korrekt måte.⁷³ I *Steenhorst-Neerings* måtte domstolen igjen ta stilling til virkningen av at en medlemsstat ikke hadde gjennomført et direktiv på korrekt måte.⁷⁴ Fristen for å gjennomføre det aktuelle direktivet gikk ut 23. desember 1984.⁷⁵ Steenhorst-Neerings søkte 17. mai 1988 om å få utbetalt sosiale ytelser i tråd med sine rettigheter etter direktivet. En nasjonal bestemmelse fastslo imidlertid at ytelsen tidligst kunne tre i kraft ett år før søknaden ble innsendt, slik at etterbetaling bare kunne kreves fra 17. mai 1987, og ikke fra det tidspunkt hvor fristen for å gjennomføre direktivet gikk ut. Dette til tross for at direktivet ennå ikke var korrekt gjennomført på det tidspunktet Steenhorst-Neerings søkte om ytelsene. Spørsmålet EU-domstolen måtte avgjøre, var om denne nasjonale regelen skulle opprettholdes, eller om saksøker hadde krav på etterbetaling fra tidspunktet da fristen for å gjennomføre direktivet gikk ut. Det var naturlig å forvente at EU-domstolen ville følge sin avgjørelse i *Emmott* om at de frister som gjelder for borgernes adgang til å gjøre sine rettigheter

⁷² Ward 1995 s. 211.

⁷³ Sak C-208/90 *Emmott*.

⁷⁴ Sak C-338/91 *H. Steenhorst-Neerings mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen* [Nederland], [1993] EFD I-5475.

⁷⁵ Rådskdirektiv 79/7/EØF av 19. desember 1978 om gradvis gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i trygdespørsmål.

gjeldende, først begynner å løpe når direktivet er korrekt gjennomført. Selv om *Emmott* gjaldt oversittelse av søksmålsfrist, og *Steenhorst-Neerings* gjaldt en nasjonal regel som begrenset perioden for når det med tilbakevirkende kraft kunne kreves ytelser etter en EU-rettlighet, var det i begge sakene spørsmål om hvorvidt medlemsstatene kunne avvise eller begrense saksøkernes krav så lenge medlemsstatene ikke hadde gjennomført direktivene på korrekt måte. I *Emmott* hadde domstolen fastslått at medlemsstatene ikke kunne kreve at borgerne gjorde sine rettigheter gjeldende før direktivet var korrekt gjennomført. Etter *Emmott*-dommen var det derfor naturlig å anta at heller ikke *Steenhorst-Neerings*' krav om tilbakebetaling kunne begrenses av nasjonale frister, ettersom direktivet ikke var blitt korrekt gjennomført på det tidspunktet hun søkte om ytelsene. Denne løsningen var blitt anført av både Kommisjonen og Generaladvokat Darmon, men EU-domstolen valgte nok en gang en uventet retning.

Allerede innledningsvis viste domstolen en overraskende tilbaketrukket holdning, ved å fremheve at det i tråd med fast praksis var opp til medlemsstatene å bestemme hvordan rettighetene i direktivet skulle utøves. De eneste begrensningene som gjaldt, var at de nasjonale reglene ikke måtte være mindre gunstige enn de som gjaldt for tilsvarende nasjonale søksmål og ikke gjøre det i praksis umulig å utøve ens rettigheter. Domstolen konstaterte deretter kort at den aktuelle nasjonale regelen oppfylte begge disse betingelsene.⁷⁶ Domstolen gikk her altså tilbake til den minimalistiske formuleringen og anvendelsen av effektivitetsprinsippet fra *Rewe/Comet*.

Domstolen understreket videre at situasjonen i *Emmott* var helt ulik den i *Steenhorst-Neerings*. I *Emmott* var det de aktuelle forvaltningsmyndigheter selv som hadde forhindret at saken ble brakt inn for domstolene tidligere. Videre var det i *Emmott* snakk om en søksmålsfrist som gjorde det fullstendig umulig for saksøker å påberope seg sine rettigheter, mens det i denne saken kun var snakk om å begrense kravets tilbakevirkende kraft.⁷⁷ Endelig hadde det i *Emmott* blitt ansett som viktigere å sikre borgernes rettigheter etter direktivet som ikke hadde blitt korrekt gjennomført, enn å ivareta hensynet til rettslig forutsigbarhet. Dette kunne imidlertid ikke gjelde i den

⁷⁶ Sak C-338/91 *Steenhorst-Neerings*, avsnitt 15 og 16.

⁷⁷ *Ibid.*, avsnitt 20 og 21.

aktuelle sak. En bestemmelse som begrenset betaling av ytelser med tilbakevirkende kraft, var tvert imot i samsvar med god forvaltningsskikk. En slik regel sikret at søker oppfylte betingelsene for ytelsen, noe som kunne være vanskelig å fastslå mer enn ett år tilbake i tid. Regelen var også nødvendig for å bevare den økonomiske likevekt i en ordning hvor det ene årets ytelser i prinsippet skulle dekkes av det samme årets innbetalte bidrag.⁷⁸ Konklusjonen ble dermed at den nasjonale regelen kunne opprettholdes. Dette altså til tross for at direktivet ikke hadde vært korrekt gjennomført i den perioden som den nasjonale regelen utelukket tilbakebetaling.

I *Johnson* måtte EU-domstolen nok en gang ta stilling til rekkevidden av *Emmott*-dommen.⁷⁹ I likhet med *Steenhorst-Neerings* gjaldt *Johnson* lovligheten av en nasjonal regel som begrenset perioden for når det kunne kreves etterbetaling av ytelser som borgerne hadde krav på etter EU-retten, selv om direktivet ikke var korrekt gjennomført innen fristen. *Johnson* viste til *Emmott*-dommen og hevdet at samme prinsipp måtte legges til grunn i dette tilfellet. Videre viste hun til *Steenhorst-Neerings* og anførte at hennes sak skilte seg vesentlig fra den. I hennes tilfelle var det ikke noen vanskeligheter med å fastslå at hun hele tiden hadde oppfylt de nødvendige betingelser for å ha rett til ytelsen. I tillegg var det i hennes tilfelle snakk om bidragsuavhengige ytelser, slik at hensynet til å sikre den økonomiske likevekten ikke gjorde seg gjeldende. Retten la imidlertid ikke noen vekt på disse argumentene.⁸⁰ Igjen åpnet domstolen med å fremheve at det i tråd med fast praksis var opp til medlemsstatene å bestemme hvordan rettighetene i direktivet skulle utøves, og at de eneste begrensningene som gjaldt var at de nasjonale reglene ikke måtte være mindre gunstige enn de som gjaldt for tilsvarende nasjonale søksmål, og ikke gjøre det i praksis umulig å utøve ens rettigheter. Den nasjonale regelen om begrenset tilbakebetaling var ikke i strid med disse vilkårene. Det avgjørende var at det var snakk om en nasjonal regel identisk med den i *Steenhorst-*

⁷⁸ Ibid., avsnitt 22 og 23.

⁷⁹ Sak C-410/92 *Elsie Rita Johnson mot Chief Adjudication Officer* [Storbritannia], [1994] EFD I-5483.

⁸⁰ Ibid., avsnitt 32 og 33.

Neerings, og at en anvendelse av slike regler ikke gjorde det umulig å påberope seg rettigheter i henhold til direktivet.⁸¹

Gjennom *Steenhorst-Neerings* og *Johnson* ble det altså klart at EU-domstolen ikke hadde til hensikt å anvende noe generelt prinsipp om at nasjonale preklusive frister må settes til side i forhold til EU-rettighetsbaserte søksmål selv om EU-reglene ikke er korrekt gjennomført i nasjonal rett. Tvert imot har det gjennom den senere praksis bare blitt tydeligere og tydeligere at resultatet i *Emmott*, enda så generelt konklusjonen var utformet, var et utslag av de særlige omstendighetene som forelå i saken.⁸² Det som gjenstår av *Emmott* er dermed kun et prinsipp om at der den ene part villeder den andre part angående denne sistes EU-rettigheter, og dermed er skyld i at denne oversitter søksmålsfristene, må de nasjonale domstoler unntaksvis sette til side de nasjonale regler om søksmålsfrister og tillate søksmålet.⁸³

På lignende vis ble også flere av de andre revolusjonerende avgjørelsene fra EU-domstolens rettsskapende periode (fra ca 1985 til 1993) sterkt innskrenket gjennom nyere dommer.⁸⁴ Man kunne derfor spørre seg om domstolens dristige utvikling mot et mer omfattende regime om effektiv håndhevelse var avsluttet. Den etterfølgende rettspraksisen har imidlertid vist at dette ikke var tilfelle.

⁸¹ Ibid., avsnitt 34 og 35.

⁸² Se sak C-188/95 *Fantask A/S e.a. mot Industriministeriet (Erhvervministeriet)* [Danmark], [1997] EFD I-6783, sak C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) mot Ministero delle Finanze* [Italia], [1998] EFD I-4951, sak C-260/96 *Ministero delle Finanze mot Spac SpA*. [Italia], [1998] EFD I-4997 og forente saker C-279/96, C-280/96 og C-281/96 *Ansaldo Energia SpA mot Amministrazione delle Finanze dello Stato, Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Marine Insurance Consultants Srl og GMB Srl m.fl. mot Amministrazione delle Finanze dello Stato* [Italia], [1998] EFD I-5025.

⁸³ Dougan 2011 s. 417.

⁸⁴ Et eksempel er rettspraksis om medlemsstatenes erstatningsansvar for tap påført individer på grunn av tilsidesettelse av EU-retten, se avsnitt 2.7.3.

2.2.5 Praksis fra 1995 og frem til i dag – en konkret tilnærming til spørsmål om effektiv håndhevelse

Fra midten av 1990-tallet viste EU-domstolen tegn til å ville gjenoppta en mer aktiv rolle i medlemsstatenes håndhevelse av EU-retten, men denne gangen på en langt mer forsiktig måte enn før 1993. Et eksempel er *Draehmpaehl* fra 1997.⁸⁵ Saken gjaldt en mann som var forbigått ved ansettelse på grunn av ulovlig forskjellsbehandling. Bedriften han søkte ansettelse hos, hadde i sin stillingsannonse uttrykkelig etterlyst en kvinnelig assistent. *Draehmpaehl* mente at han var den best kvalifiserte til stillingen, og krevde derfor erstatning. EU-domstolen måtte ta stilling til hvorvidt diverse nasjonale regler om erstatningsansvar var i strid med likebehandlingsdirektivet.⁸⁶

EU-domstolen konstaterte først at en nasjonal bestemmelse som gjorde erstatningsansvar betinget av culpa måtte settes til side. Videre måtte domstolen ta stilling til hvorvidt likebehandlingsdirektivet var til hinder for nasjonale regler som satte et tak på tre måneders lønn for erstatning for forskjellsbehandling mellom menn og kvinner, når det ikke gjaldt noe tilsvarende tak for annen erstatning etter nasjonale regler. Domstolen startet med å vise til *Colson*-saken og understreket at sanksjonen måtte være reell, effektiv og avskrekkende. Videre måtte erstatningen stå i rimelig forhold til skaden. Deretter viste retten til ekvivalensprinsippet og konstaterte at nasjonale regler som satte tak for EU-rettslige erstatningssøksmål, men ikke for nasjonalrettslige søksmål, var i strid med dette prinsippet. De nasjonale erstatningsreglene ble imidlertid vurdert ulikt i forhold til situasjonen hvor arbeidssøkeren *ville ha fått* stillingen dersom det ikke hadde skjedd noen forskjellsbehandling, og situasjonen der han uansett *ikke* ville fått stillingen. Poenget var at selv om det var på det rene at det hadde skjedd en forskjellsbehandling, gjaldt det strengere krav til sanksjoner der saksøker kunne bevise at han ville ha fått stillingen. Hvis arbeidsgiver kunne bevise at søkeren ikke ville ha fått stillingen, fordi personen

⁸⁵ Sak C-180/95 *Niels Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG* [Tyskland], [1997] EFD I-2195.

⁸⁶ Rådskonklusjon 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

som ble ansatt var bedre kvalifisert og forskjellsbehandlingen derfor ikke hadde hatt betydning for resultatet, var det greit at erstatningen var begrenset til tre måneders lønn. Slike søkere hadde kun lidt et tap i form av å ikke bli tatt med i betraktning i ansettelsesprosessen, og erstatning på tre måneders lønn sto i rimelig forhold til slik skade. Hvis derimot søkeren ville fått stillingen om det ikke hadde skjedd noen forskjellsbehandling, kunne det ikke gjelde et slikt tak, og nasjonale regler måtte da settes til side.

Til sist måtte domstolen bedømme nasjonale regler som begrenset erstatningen til et tak på seks måneders lønn for hva flere sammen kunne kreve i en erstatningssak.

Domstolen fant at dette åpenbart var i strid med direktivet:

«Endvidere bemærkes, at det er åbenbart, at en bestemmelse som [den aktuelle nasjonale bestemmelse], hvorefter der er fastsat et loft på seks måneders løn for, hvad der i alt kan kræves i godtgørelse af samtlige ansøgere, som er blevet udsat for forskelsbehandling på grundlag af køn i forbindelse med en ansættelse, når flere ansøgere gør krav på godtgørelse, kan føre til, at der tilkendes mindre beløb i godtgørelse, og afholde krænkede ansøgere fra at gøre deres rettigheder gældende. En sådan virkning er ikke udtryk for en faktisk og effektiv beskyttelse og har ingen reelt afskrækkende virkning over for arbejdsgiveren, således som det kræves efter direktivet.»⁸⁷

I tillegg gjaldt det ikke noe slikt tak i andre sivil- og arbeidsrettslige bestemmelser, slik at regelen også var i strid med ekvivalensprinsippet. Denne bestemmelsen måtte derfor settes til side.

I *Draehmpaehl* ser vi altså ikke noe til den minimalistiske anvendelsen av ekvivalens- og effektivitetsprinsippene fra *Rewe/Comet*. I stedet gikk EU-domstolen helt konkret til verks og vurderte de nasjonale reglene i forhold til kravene om effektivitet, avskrekkende virkning og ekvivalens. De nasjonale reglene ble satt til side kun der de i det konkrete tilfellet ikke sikret god nok beskyttelse. Selv om det kan spørres om

⁸⁷ Sak C-180/95 *Draehmpaehl*, avsnitt 40.

regelen om et tak på tre måneders lønn i forhold til søkere som ikke ville fått stillingen, var i samsvar med ekvivalensprinsippet, ble den opprettholdt fordi erstatningen likevel ble ansett å sikre god nok beskyttelse i slike tilfeller. Dette kan tyde på at domstolen anla en mer konkret og fleksibel anvendelse av prinsippene.

Også i *Levez* viste domstolen vilje til å foreta en mer nyansert gransking av de nasjonale bestemmelsene.⁸⁸ Saken gjaldt brudd på likelønnsdirektivet.⁸⁹ En kvinne hadde overtatt en ny stilling, og skulle utføre akkurat de samme oppgaver som sin mannlige forgjenger. Lønnen hennes ble imidlertid satt lavere enn det hennes forgjenger hadde hatt. Hennes arbeidsgiver hadde uriktig meddelt henne at hennes lønn var den samme som forgjengerens. Først flere år senere, da arbeidsforholdet var opphørt, oppdaget Levez at hun hadde blitt forskjellsbehandlet. Hun gikk til sak og vant frem. En nasjonal bestemmelse begrenset imidlertid etterbetalingen av lønn eller erstatning til et tidsrom på to år tilbake i tid, noe som medførte at hun ikke ble tilkjent etterbetaling fra ansettelsestidspunktet.

EU-domstolen uttalte at en regel om begrenser retten til etterbetaling av lønn til et tidsrom på to år forut for søksmålet, ikke i seg selv var i strid med likebehandlingsdirektivet. Det som imidlertid var avgjørende i denne saken, var at Levez' egen arbeidsgiver var skyld i at hun ikke hadde gått til sak tidligere, ettersom han forsettlig hadde gitt henne uriktig informasjon om at hennes lønn var den samme som hennes forgjengers. Den nasjonale bestemmelsen kunne derfor ikke komme til anvendelse under slike omstendigheter:

⁸⁸ Sak C-326/96 *B.S. Levez mod T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.* [Storbritannia], [1998] EFD I-7835.

⁸⁹ Rådsdirektiv 75/117/EØF av 10. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere.

«Anvendelsen af den nævnte bestemmelse gør det nemlig i praksis umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at få etterbetalt løn i forbindelse med forskelsbehandling på grundlag af køn.»⁹⁰

Domstolens konklusjon var altså at under de konkrete omstendigheter ville regelen være i strid med effektivitetsprinsippet, og den måtte derfor settes til side.

Deretter tok domstolen stilling til hvorvidt ekvivalensprinsippet var til hinder for anvendelsen av den omstridte nasjonale bestemmelsen også i tilfeller hvor det fantes et annet mulig rettsmiddel, men hvor dette andre rettsmiddelet innebar anvendelse av prosessuelle regler som var mindre gunstige enn tilsvarende søksmål basert på nasjonal rett. I det aktuelle tilfellet kunne Levez ha gått til sak for en annen domstol og ved denne krevd erstatning for sitt fulle tap uten at begrensingen på to år hadde kommet til anvendelse. Domstolen uttalte at det «i prinsippet» var opp til de nasjonale domstoler å etterprøve hvorvidt ekvivalensprinsippet ble overholdt,⁹¹ men dette forhindret ikke at EU-domstolen kunne gi noen retningslinjer for tolkingen av ekvivalensprinsippet. En betingelse for at ekvivalensprinsippet skulle være overholdt var at den omtvistede nasjonale regelen fikk anvendelse både på søksmål om tilsidesettelse av EU-retten og på søksmål om tilsidesettelse av nasjonal rett, hvor søksmålgjenstanden og søksmålsgrunlaget var det samme. For å finne ut hva som var tilsvarende søksmål, måtte den nasjonale domstol undersøke formålet med og de vesentlige momentene ved et nasjonalrettslig søksmål, i forhold til det EU-rettslige søksmålet. Dessuten måtte det tas hensyn til den omstridte nasjonale bestemmelsens stilling i den samlede prosedyren, herunder dens forløp og særlige kjennetegn, for de ulike nasjonale rettsinstanser.

I det konkrete tilfellet bemerket domstolen at det andre alternative rettsmiddelet tilgjengelig for Levez, nemlig å anlegge saken for en annen domstol, ikke var like gunstig ettersom omkostningene ved denne domstolen var større og behandlingstiden lengre. Den nasjonale bestemmelsen om toårsbegrensning på etterbetaling av lønn og

⁹⁰ Sak C-326/96 *Levez*, avsnitt 32.

⁹¹ *Ibid.*, avsnitt 39.

erstatning var derfor i strid med ekvivalensprinsippet selv om det fantes et annet mulig rettsmiddel.

Nok en gang ser vi altså hvordan domstolen gikk helt konkret til verks i bedømmelsen av hvorvidt effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet var overholdt.

I *Preston*-dommen måtte EU-domstolen nok en gang ta stilling til effektivitets- og ekvivalensprinsippenes rekkevidde.⁹² Saken gjaldt lovligheten av nasjonale søksmåls- og foreldelsesfrister i forbindelse med rett til pensjonsytelser. Retten kom til at en nasjonal prosessregel som fastsatte en frist på seks måneder til å fremme krav om medlemskap i en ervervstilknyttet pensjonsordning etter at ansettelsesforholdet var opphørt, ikke var i strid med effektivitetsprinsippet. Det som derimot var i strid med effektivitetsprinsippet, var at den samme prosessregelen i tillegg utelukket at ansettelsesperioder som lå lenger enn to år tilbake i tid forut for kravet om medlemskap i pensjonsordningen ble tatt i betraktning. Retten fant at denne to-års-regelen måtte vurderes atskilt i forhold til 6-månedersfristen, og kom til at denne var i strid med effektivitetsprinsippet idet den gjorde det i praksis umulig for borgerne å hevde sine krav etter EU-retten. Selv om prosessregelen ikke fullstendig avskar saksøkernes adgang til medlemskap i pensjonsordningen, forhindret den at deres samlede ansettelsesperioder ble tatt med i beregningen av pensjonsytelser de hadde til gode, og dette var altså i strid med EU-retten.⁹³ I forhold til ansatte som hadde hatt et varig ansettelsesforhold, men hvor ansettelsen bygget på en rekke kontrakter av begrenset varighet som avløste hverandre, kom domstolen også til at en prosessregel som bestemte at krav om medlemskap i pensjonsordningen måtte fremmes innen seks måneder etter ansettelsesforholdets opphør, gjorde det urimelig vanskelig for disse (tidligere) ansatte å utøve sine rettigheter etter EU-retten. Også denne regelen var derfor i strid med effektivitetsprinsippet.⁹⁴

⁹² Sak C-78/98 *Shirley Preston m.fl. mot Wolverhampton Healthcare NHS Trust m.fl. og Dorothy Fletcher m.fl. mot Midland Bank plc* [Storbritannia], [2000] EFD I-3201.

⁹³ *Ibid.*, avsnitt 41-43.

⁹⁴ *Ibid.*, avsnitt 68.

Domstolen måtte deretter gi noen retningslinjer for hvordan man kunne fastslå at ekvivalensprinsippet var overholdt. Det første spørsmålet som måtte oppklares var hvilke kriterier som gjaldt etter EU-retten for å fastslå hvorvidt det forelå et tilsvarende søksmål i henhold til nasjonal rett. Retten viste til sine uttalelser i *Levez* og gjentok at det måtte foretas en konkret vurdering av formålet og momentene ved søksmålet basert på nasjonal rett som ble hevdet å være tilsvarende det EU-rettslige søksmålet. Søksmålene måtte ligne hverandre når det gjaldt søksmålsgjensstanden, søksmålsgrunnlaget og de vesentligste momenter.⁹⁵ Det andre spørsmålet som måtte besvares, var hvordan man kunne avgjøre hvorvidt noen prosessregler var mindre gunstige enn andre. Igjen viste domstolen til *Levez*, og den fremhevet at dersom en borger som påberopte seg en EU-rettighet, pådro seg større omkostninger og lengre forsinkelser enn et søksmål basert på en nasjonal rettighet, var dette i strid med ekvivalensprinsippet. Generelt måtte den nasjonale prosessregelen som kom til anvendelse på EU-søksmålet, bedømmes i forhold til prosedyren under ett. De ulike aspekter ved prosessreglene kunne ikke undersøkes hver for seg, men måtte ses i en større sammenheng. Dessuten måtte undersøkelsen være objektiv:

«Desuden kan en sådan undersøgelse ikke foretages subjektivt under hensyn til de faktiske omstændigheder, men skal tilsigte en objektiv og abstrakt sammenligning mellem de omhandlede procesregler.»⁹⁶

Denne konkrete anvendelsen av effektivitets- og ekvivalensprinsippene som vi har sett i de tre foregående dommene, har senere blitt fulgt i en rekke avgjørelser, se f.eks. *Manfredi*,⁹⁷ *Visciano*⁹⁸ og *Pontin*.⁹⁹

⁹⁵ Ibid., avsnitt 56 og 57.

⁹⁶ Ibid., avsnitt 62.

⁹⁷ Forente saker C-295/04 – C-298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito mot Fondiaria Sai SpA* (C-296/04), *Nicolò Tricarico* (C-297/04) og *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) mot *Assitalia SpA* [Italia], [2006] EFD I-6619.

⁹⁸ Sak C-69/08 *Raffaello Visciano mod Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* [Italia], [2009] EFD I-6741.

Etter dagens rettspraksis skal altså effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet anvendes på følgende måte: I bedømmelsen av hvorvidt effektivitetsprinsippet er overholdt, må den nasjonale prosessregelen vurderes i sammenheng med de konkrete omstendighetene. Videre må regelen vurderes i forhold til dens stilling i den samlede prosedyren, herunder prosedyrens forløp og særlige kjennetegn ved de ulike rettsinstanser. Det skal tas hensyn til de prinsipper som ligger til grunn for den nasjonale prosessordningen, bl.a. kontradiksjonsprinsippet, rettssikkerhetsprinsippet og prinsippet om en hensiktsmessig saksbehandling.¹⁰⁰ Når det gjelder overholdelse av ekvivalensprinsippet, må det foretas en todelt vurdering. For det første må det avgjøres hva som er tilsvarende søksmål. Herunder er det avgjørende hvorvidt det EU-rettslige søksmålet og det nasjonalrettslige søksmålet som hevdes å være av tilsvarende art, har samme formål og vesentligste momenter. Domstolen har ikke gitt noen nærmere forklaring på hva som ligger i begrepet «vesentligste momenter». Det som er klart er at søksmålene må ligne hverandre ut fra søksmålgjenstanden og søksmålsgrunnlaget. For det andre må det avgjøres hva som er mindre gunstige prosessregler. Denne siste vurderingen må være objektiv og basert på den nasjonale prosessregelens rolle sett i sammenheng med hele prosedyren.

Nyere praksis viser altså at domstolen ikke har til hensikt å avslutte sitt engasjement for å sikre en effektiv håndhevelse av EU-retten. Den har imidlertid blitt mer forsiktig med å formulere vide, abstrakte prinsipper med uviss rekkevidde, slik den gjorde i tiden før 1993. I stedet virker det som at EU-domstolen har forsøkt å finne frem til en litt mer balansert tilnærming, som både ivaretar hensynet til en effektiv og uniform anvendelse av EU-retten og samtidig respekterer medlemsstatenes valg av organisering av rettsvesenet. Dougan sammenligner EU-domstolens tilnærming til spørsmål om effektiv håndhevelse i nasjonal rett med en form for «objektiv vurdering», liknende den man foretar i andre EU-rettslige sammenhenger, f.eks. i forhold til fri bevegelighet for arbeidstakere eller likebehandling. Etter en slik tilnærming må nasjonale prosessregler

⁹⁹ Sak C-63/08 *Virginie Pontin mot T-Comalux SA* [Luxembourg], [2009] EFD I-10467.

¹⁰⁰ Se f.eks. sak C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS mot Belgia* [1995] EFD I-4599 og sak C-38/08 *Pontin*.

som innebærer restriksjoner på EU-rettigheter analyseres i forhold til deres formål i det nasjonale rettsystemet, og det må være en hensiktsmessig balanse mellom omfanget av den restriktive effekten til de nasjonale prosessreglene og full effekt av EU-rettighetene.¹⁰¹

Domstolens nye tilnærming til problemet med nasjonal håndhevelse av EU-retten har for det meste blitt positivt mottatt. Generelt sett er det større oppslutning om å finne en balanse mellom EUs interesser og medlemsstatenes kompetanse, fremfor enten å fullstendig overse problemet med effektiv og uniform håndhevelse eller å overkjøre statenes innvendinger om rettslig forutsigbarhet og indre sammenheng i rettssystemet.¹⁰² Men metoden har også blitt møtt med kritikk. Noen mener at den ikke er tilstrekkelig til å sikre en effektiv håndhevelse av EU-retten. Herunder har det særlig blitt fremhevet at domstolen bør definere klarere statenes «skjønnsmargin» i deres balanse mellom formålet med den nasjonale regelen og dens restriktive effekt på EU-retten.¹⁰³ Van Gerven har foreslått at det kanskje kan være hensiktsmessig å gå bort fra minimumstesten «i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig», og i stedet basere vurderingen av hvorvidt den nasjonale regelen skal settes til side ut fra proporsjonalitetsprinsippet.¹⁰⁴

I det følgende skal jeg behandle de grunnleggende prinsippene som gjelder for nasjonal håndhevelse av EU-retten. Jeg nevner først det overordnede prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse. Deretter vil jeg foreta en grundigere behandling av ekvivalens- og effektivitetsprinsippene for å undersøke hva de innebærer for håndhevelsen av EU-retten ved nasjonale domstoler i dag, herunder hvilke begrensninger de konkret legger på statenes frihet til å håndheve EU-retten etter egne regler og prosedyrer. Til slutt vil jeg se nærmere på proporsjonalitetsprinsippets rolle i saker om nasjonal håndhevelse av EU-retten.

¹⁰¹ Dougan 2011 s. 419.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid., s. 420.

¹⁰⁴ van Gerven 2000 s. 534.

2.3 Prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse

Prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse hører til de alminnelige EU-rettslige prinsipper og har sitt utspring i EMK art. 6 og 13.¹⁰⁵ Det er også bekreftet i EUs charter om grunnleggende rettigheter art. 47. Prinsippet ble først inkorporert i EU-retten ved *Johnston*-dommen (se avsnitt 2.2.3).¹⁰⁶ Kjernen i prinsippet er at den enkelte skal ha rett og mulighet til å gå til sak for domstolene og oppnå effektiv og rettferdig behandling. Medlemsstatene er således forpliktet til å sørge for tilgjengelig og effektiv domstolsbehandling for sine borgere. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser fastslått prinsippets stilling i saker om effektiv håndhevelse av EU-retten i nasjonale domstoler:

«Selv om det i prinsippet således skal bestemmes efter national ret, hvorvidt en person har søgsmålskompetence og retlig interesse, kræver fællesskabsretten ikke desto mindre foruden overholdelsen af principperne om ækvivalens og effektivitet, at den nationale lovgivning ikke gør indgreb i retten til en effektiv domstolsbeskyttelse».¹⁰⁷

Adgang til domstolene er en nødvendig forutsetning for utøvelsen av alle rettigheter. Uten adgang til domstolene kan man naturligvis ikke oppnå en effektiv håndhevelse.

2.4 Nærmere om ekvivalensprinsippet

Kjernen i dette prinsippet er som vi har sett at reglene som kommer til anvendelse på søksmål basert på EU-retten ikke kan være *mindre gunstige* enn de reglene som kommer til anvendelse på tilsvarende søksmål med grunnlag i nasjonal rett. Det første spørsmålet som melder seg, er hvordan man avgjør hva som er «tilsvarende søksmål». I

¹⁰⁵ Sak C-12/08 *Mono Car Styling SA mot Dervis Odemis m.fl.* [Belgia], [2009] EFD I-6653, avsnitt 47.

¹⁰⁶ Sak 222/84 *Johnston*.

¹⁰⁷ Sak C-12/08 *Mono Car Styling*, avsnitt 49. Tilsvarende uttalelser er gitt i forente saker C-87/90 – C-89/90 A. *Verholen m.fl. mot Sociale Verzekeringsbank* [Nederland], [1991] EFD I-3757, avsnitt 24, sak C-13/01 *Safalero Srl mod Prefetto di Genova* [Italia], [2003] EFD I-8679, avsnitt 50 og sak C-432/05 *Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern* [Sverige], [2007] EFD I- 2271, avsnitt 42.

prinsippet er det opp til de nasjonale domstoler å fastslå hvorvidt de nasjonale prosessreglene og sanksjonene er i samsvar med ekvivalensprinsippet, ettersom det kun er disse som har direkte kjennskap til de nasjonale reglene.¹⁰⁸ Dermed er det først og fremst opp til de nasjonale domstoler å avgjøre hvilke søksmål under nasjonal rett som kan anses som sammenlignbare med det aktuelle EU-rettslige søksmålet. EU-domstolen har imidlertid gitt visse retningslinjer. For det første må man undersøke hva som er formålet og de vesentligste momenter ved søksmål under nasjonal rett som kan tenkes å være tilsvarende det EU-rettslige søksmålet.

«For at kunne fastslå, om ækvivalensprinsippet er overholdt i det foreliggende tilfælde, må den nationale ret, som er den eneste, der har direkte kendskab til de processuelle regler for sagsanlæg på det arbejdsretlige område, undersøge såvel formålet med som de væsentligste momenter ved søgsmålet paa grundlag af national ret, som høvdes at være tilsvarende søgsmål ... »¹⁰⁹

Ettersom domstolen ikke har gitt noen nærmere forklaring på hva som ligger i begrepet «vesentligste momenter», vil dette være overlatt til medlemsstatene å avgjøre. Videre må søksmålene ligne hverandre ut fra søksmålsgjenstanden og søksmålsgrunnlaget.

«Det er en betingelse for, at ækvivalensprinsippet er overholdt, at den omtvistede regel finder anvendelse uden forskel på søgsmål, der vedrører tilsidesættelse af fællesskabsretten, og søgsmål, der vedrører tilsidesættelse af national ret, og hvor sagsgenstanden og søgsmålsgrunnlaget er de samme ... »¹¹⁰

Det neste spørsmålet som må avgjøres, er hvorvidt EU-søksmålet forskjellsbehandles i forhold til sammenlignbare nasjonalrettslige søksmål. Denne vurderingen må være basert på den omtvistede nasjonale prosessregelens rolle sett i sammenheng med den samlede prosedyren, herunder dens forløp og særlige kjennetegn, for de ulike rettsinstanser.

¹⁰⁸ Sak C-326/96 *Levez*, avsnitt 39 og 43, sak C-78/98 *Preston*, avsnitt 49.

¹⁰⁹ Sak C-326/96 *Levez*, avsnitt 43.

¹¹⁰ *Ibid.*, avsnitt 41.

«Desuden skal hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmaal om, hvorvidt en national processuel bestemmelse er mindre gunstig end dem, der gælder for tilsvarende søgsmaal på grundlag af national ret, bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale retsinstanter.»¹¹¹

Dette kan innebære at prosessregler som tilsynelatende er like gunstige, likevel innebærer en ulovlig forskjellsbehandling av EU-rettslige søksmål. Det var tilfellet i f.eks. *Levez*, hvor de to sammenlignbare søksmålene kunne behandles etter like gunstige regler for erstatning, men for hver sin domstol, og hvor saksanlegg for den ene domstolen (som gjaldt for EU-søksmålet) var mer tungvint og kostbart enn for den andre domstolen. Videre må bedømmelsen av de omtvistede prosessreglene være objektiv, uten å ta hensyn til de særlige omstendighetene ved den konkrete sak.¹¹²

Dougan mener at ekvivalensprinsippet i det vesentlige kan anses som et uttrykk for det generelle likebehandlingsprinsippet, og at rettspraksis angående ekvivalensprinsippet best kan tolkes i lys av de samme momenter som gjelder for *enhver* vurdering av om det foreligger diskriminering: For det første må det fastslås at to subjekter er sammenlignbare, deretter må man kunne konstatere at det ene subjektet behandles mindre gunstig enn det andre, og endelig må man avgjøre om denne forskjellsbehandlingen likevel er objektivt begrunnet.¹¹³

Ekvivalensprinsippet har, i motsetning til effektivitetsprinsippet, hatt en stabil utvikling uten de store endringene. I rettspraksis ble det viet ordentlig oppmerksomhet først etter 1997. Fordi det fra 1976 og frem til midten av 1990-tallet har skjedd flere endringer i anvendelsen av effektivitetsprinsippet, har det også vært mindre akademisk interesse for ekvivalensprinsippet. Tridimas er imidlertid en av dem som har foretatt grundigere undersøkelser av prinsippet. Han mener blant annet at det bør aksepteres at ekvivalensprinsippet ikke bare forbyr direkte diskriminering, men også indirekte

¹¹¹ Ibid., avsnitt 44.

¹¹² Sak C-78/98 *Preston*, avsnitt 62.

¹¹³ Dougan 2011 s. 422.

diskriminering.¹¹⁴ Dette innebærer at der hvor en prosessregel kommer til anvendelse på visse kategorier av krav hvorav de fleste er basert på EU-rett, og en gunstigere prosessregel kommer til anvendelse på visse andre kategorier av krav hvorav de fleste er basert på nasjonal rett, kan den første prosessregelen være i strid med ekvivalensprinsippet med mindre forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet.¹¹⁵

Ekvivalensprinsippet krever ikke at medlemsstatene utvider de gunstigste nasjonale prosessreglene til alle EU-rettslige søksmål. Dette ble første gang fastslått i *Edis*, som gjaldt krav om tilbakebetaling av avgifter som var i strid med EU-retten.¹¹⁶ Etter en nasjonal regel kunne urettmessige avgifter kun kreves tilbakebetalt innen en frist på tre år fra betalingsdagen. Denne fristen var en unntakelse fra den alminnelige ordning. Det gjaldt en gunstigere frist for søksmål om tilbakebetalingskrav mellom private. *Edis* kunne imidlertid ikke kreve at denne gunstigere fristen kom til anvendelse på søksmålet, ettersom treårsfristen kom til anvendelse også på en rekke andre tilbakebetalingskrav, uavhengig av om kravet var forankret i nasjonal rett eller EU-rett.

Tridimas mener likevel at ekvivalensprinsippet på noen måter kan være mer byrdefullt for medlemsstatene enn effektivitetsprinsippet. Sammen kan de to prinsippene tvinge de nasjonale domstoler til å gjennomgå nasjonale prosessregler på nytt, noe som kan avsløre uoverensstemmelser i nasjonal rett.¹¹⁷ Også Dougan fremhever ekvivalensprinsippets doble funksjon: Prinsippet tjener ikke bare til å integrere EU-rettigheter i nasjonal rett på likestilt nivå som nasjonale rettsregler, men også til å stille spørsmål ved den indre sammenhengen mellom valg av nasjonale rettsmidler. Ofte kan et søksmål basert på EU-rett sammenlignes med flere forskjellige nasjonalrettslige søksmål. Disse ulike nasjonalrettslige søksmålene kan igjen håndheves på ulike måter, ved at det er ulike prosessregler og sanksjoner som kommer til anvendelse. Kanskje har noen av søksmålene sterkere beskyttelse enn andre, uten at det er noen åpenbar

¹¹⁴ Tridimas 2000 s. 39. Se også Dougan 2004 s. 25.

¹¹⁵ Tridimas 2000 s. 39.

¹¹⁶ Sak C-231/96 *Edis*.

¹¹⁷ Tridimas 2001 s. 321.

begrunnelse for dette. Slike «feil» i det nasjonale rettssystemet vil da kunne avdekkes ved anvendelsen av ekvivalensprinsippet.¹¹⁸

I *Paquay*-dommen åpnet EU-domstolen dessuten for enda en side ved ekvivalensprinsippet: I tillegg til at medlemsstatene må garantere lik behandling av EU-rettslige og nasjonalrettslige søksmål, må de også sikre likestilt beskyttelse av EU-rettigheter som er av lik art og betydning.¹¹⁹ Saken gjaldt oppsigelse i strid med både likebehandlingsdirektivet¹²⁰ og graviditetsdirektivet.¹²¹ Dersom de nasjonale myndigheter hadde valgt en bestemt økonomisk erstatning som sanksjon for å imøtekomme kravene etter det ene direktivet, måtte tilsvarende erstatning kunne oppnås for brudd på det andre direktivet. Direktivene ga borgerne rettigheter av lignende art og betydning, og måtte derfor ha samme beskyttelse for de nasjonale domstoler.

2.5 Nærmere om effektivitetsprinsippet

Kjernen i dette prinsippet er at nasjonale prosessregler og sanksjoner som kommer til anvendelse på søksmål basert på EU-retten, ikke må gjøre utøvelsen av EU-rettigheter *i praksis umulig* eller *uforholdsmessig vanskelig*. Som vi har sett har dette prinsippet gjennomgått store endringer fra det ble formulert for første gang i *Rewe/Comet*-dommene i 1976. Opprinnelig ble prinsippet anvendt som en minimumsstandard. I *Colson*-dommen i 1984 ble imidlertid prinsippet både formulert og anvendt på en helt annen måte: Nasjonale sanksjoner for overtredelse av EU-rettigheter måtte være egnet til å gi en *reell* og *effektiv* rettslig beskyttelse, og sanksjonen måtte i tillegg ha en

¹¹⁸ Dougan 2011 s. 423.

¹¹⁹ Sak C-460/06 *Nadine Paquay mot Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* [Belgia], [2007] EFD I-8511.

¹²⁰ Rådskdirektiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår.

¹²¹ Rådskdirektiv 79/7/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (tiende særdirktiv i henhold til artikkel 16 nr. 1 i direktiv 89/391/EØF).

avskrekkende virkning. Sanksjonen måtte også være *proporsjonal* i forhold til overtredelsen.

Men som vi har sett, har EU-domstolens anvendelse av effektivitetsprinsippet ikke vært konsekvent. I noen dommer har domstolen vist til sin formulering fra *Colson* og krevd at rettsmidlene må være tilstrekkelige til å sikre en effektiv håndhevelse.¹²² I andre dommer har domstolen derimot anvendt minimumsformuleringen fra *Rewe/Comet* og kun krevd at de nasjonale prosessreglene ikke umuliggjør håndhevelsen av EU-rettighetene.¹²³ Flere forfattere har forsøkt å forklare disse forskjellene. Craufurd Smith drøfter betydningen av skillet mellom «procedural rules» og «substantive rules».¹²⁴ Hun peker på at det særlig er i forbindelse med prosessregler («procedural rules») at domstolen anvender «praktisk umulig-testen», mens «effektivitetstesten» blir anvendt i vurderinger av hvorvidt en spesifikk rettsvirkning («remedy») er i samsvar med den påførte skaden. Problemet med en slik forklaring er at det ikke er noe klart skille mellom prosessuelle og materielle regler, og rettspraksis har heller ikke vært konsekvent i forhold til et slikt skille.¹²⁵ Craufurd Smith går derfor videre og undersøker betydningen av den konkrete rettigheten som skal håndheves. Det er imidlertid heller ikke klare holdepunkter i rettspraksis til å fastslå at den mer inngripende «effektivitetstesten» bare kommer til anvendelse på særlige rettigheter.¹²⁶ Prechal viser tvert imot til at kravene til effektive, avskrekkende og proporsjonale rettsmidler gjelder uavhengig av hvorvidt den aktuelle EU-rettigheten er hjemlet i traktat, direktiv eller rettspraksis.¹²⁷

¹²² Se f.eks. sak C-271/91 *Marshall II*, sak C-180/95 *Dreahmpaehl* og sak C-460/06 *Paquay*.

¹²³ Se f.eks. sak C-338/91 *Steenhorst-Neerings*, sak C-410/92 *Johnson*, sak C-326/96 *Levez* og sak C-78/98 *Preston*.

¹²⁴ Craufurd Smith 1999 s. 310.

¹²⁵ *Ibid.*, s. 310-311.

¹²⁶ *Ibid.*, s. 312.

¹²⁷ Prechal 1997 s. 5.

Etter van Gervens oppfatning må man skille mellom «procedural rules» og «remedial rules». Han mener at anvendelsen av «praktisk umulig-testen» må begrenses til *prosessregler*. For regler om *rettsvirkninger* («remedial rules») må derimot den mer krevende «effektivitetstesten» komme til anvendelse.¹²⁸ Han skiller videre mellom «constitutive» og «executive» vilkår for rettsmidler, og hevder EU-retten krever at førstnevnte fullt ut reguleres på EU-nivå, mens sistnevnte avgjøres av medlemsstatene, kun begrenset av ekvivalensprinsippet og (minimumsversjonen av) effektivitetsprinsippet.¹²⁹ EU-domstolens rettspraksis er imidlertid heller ikke konsekvent for disse skillene. Van Gerven argumenterer for at «effektivitetstesten» må anvendes i alle tilfeller hvor det er nasjonale prosessregler eller rettsvirkninger som skal vurderes. «Praktisk umulig-testen» er ikke tilstrekkelig for å sikre en god nok rettslig beskyttelse av EU-rettigheter.¹³⁰ «Effektivitetstesten» innebærer at man må finne frem til en hensiktsmessig balanse mellom EUs interesse i å sikre en uniform og effektiv anvendelse av EU-rettigheter i alle medlemsstatene, og medlemsstatenes interesse i å oppnå formålet med den nasjonale prosessregelen. For å finne denne balansen må ulike momenter tas med i betraktning. På den ene siden må det tas hensyn til EU-rettighetens karakter, hvor alvorlig bruddet på denne rettigheten er og hva slags skade som er påført individet. På den andre siden må det tas hensyn til karakteren av og formålet til den nasjonale prosessregelen som er under gransking, i lys av fundamentale rettssikkerhetsprinsipper som retten til forsvar, hensynet til rettslig forutsigbarhet og hensynet til hensiktsmessig saksbehandling.¹³¹ Denne anvendelsen av effektivitetsprinsippet er i realiteten en form for proporsjonalitetsvurdering, og van Gerven mener at dette er fordelaktig fordi en slik vurdering er velkjent for medlemsstatene.¹³² Etter van Gervens oppfatning bør en slik balansert vurdering alltid skje innenfor rammene av den mer inngripende «effektivitetstesten», altså at de nasjonale prosessreglene må sikre en reell og effektiv rettslig beskyttelse. Dette er fordi

¹²⁸ van Gerven 2000 s 504. Han bruker begrepene «adekvanstest» og «minimumstest», s. 528.

¹²⁹ Ibid., s. 527.

¹³⁰ Ibid., s. 529.

¹³¹ Ibid., s. 531.

¹³² Ibid., s. 534.

minimumstesten kun krever at dommeren avgjør hvorvidt de nasjonale rettsmidlene gjør det umulig, eller nesten umulig, å håndheve EU-retten. «Effektivitetstesten» krever derimot at dommeren tar alle sider ved de nasjonale rettsmidlene i betraktning, noe som innebærer at dommeren kan undersøke hvorvidt *kvaliteten* på beskyttelsen er god nok, og at borgerne i en medlemsstat ikke kommer mye dårligere ut enn borgerne i andre medlemsstater.¹³³

Van Gervens løsning har gode argumenter for seg. Dersom man legger til grunn at det ved anvendelse av effektivitetsprinsippet for alle typer prosessregler og regler om rettsvirkninger må foretas en proporsjonalitetsvurdering, hvor målet er å finne frem til en adekvat beskyttelse, trenger man ikke å forsøke å forstå EU-domstolens ulike anvendelser av effektivitetsprinsippet. Dette ville også sørget for en mer effektiv rettslig beskyttelse av EU-rettigheter.

Nyere direktiver synes imidlertid ikke å støtte en slik løsning. I mange håndhevelsesbestemmelser er det et uttrykkelig krav om at *sanksjonene* må være effektive, avskrekkende og proporsjonale.¹³⁴ Håndhevelsesbestemmelsene er tatt inn i en rekke direktiver som regulerer alle typer rettsområder. Disse kravene må derfor gjelde uavhengig av hvilket rettsområde det er snakk om. Lovgivningen tyder altså på at det for sanksjoner gjelder et generelt krav om at de skal være effektive, avskrekkende og proporsjonale. Bestemmelsene sier imidlertid ikke noe om at kravene til effektivitet,

¹³³ Ibid., s. 533-534.

¹³⁴ Se f.eks. direktiv 2002/12/EF om informasjon og konsultasjon art. 8 nr. 2, rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv art. 17, parlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (omarbeiding) art. 25, parlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten av klagebehandlingen ved tildeling av offentlige kontrakter art. 2e nr. 2 og parlamentets- og rådsdirektiv 2009/52/EF af 18. juni 2009 om minimumsstandarder for sanksjoner og foranstaltninger over for arbeidsgivere, der beskæftiger tredjelandssstatsborgere med ulovligt ophold art. 5 nr. 1.

avskrekkende virkning og proporsjonalitet gjelder for prosessreglene generelt. For andre prosessregler enn de som angår rettsvirkninger av brudd på EU-rettigheter, må det altså være nok at de ikke gjør håndhevelsen av EU-retten i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig.

Betydningen av dette skillet er etter min oppfatning likevel ikke så stor. EU-domstolen har gitt anvisning på at det i vurderingen av om prosessregler gjør håndhevelsen av EU-retten i praksis umulig, må foretas en balansert og hensynsorientert vurdering av de nasjonale prosessreglene. I *Peterbroeck*¹³⁵ ble det uttalt at den omtvistede nasjonale prosessregelen måtte vurderes i sammenheng med dens rolle i den samlede prosedyren og prosessregelens særlige kjennetegn. Videre måtte det tas hensyn til de grunnleggende prinsipper i den nasjonale rettsorden:

«[I] hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at anvende fællesskabsretten, bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale retsinstanser. Under denne synsvinkel skal der i givet fald tages hensyn til de principper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. kontradiktionsprincippet, retssikkerhedsprincippet og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling.»¹³⁶

Effektiviteten ved en slik vurdering har videre blitt styrket ved at domstolen i en rekke saker har understreket at prosessregler som begrenser håndhevelsen av EU-retten ikke kan opprettholdes bare fordi medlemsstatene viser til generelle prinsipper om rettslig forutsigbarhet, hensynet til hensiktsmessig saksbehandling, retten til forsvar eller lignende. Det må foretas en nærmere undersøkelse av hvordan disse hensynene gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at regler som begrenser muligheten til

¹³⁵ Sak C-312/93 *Peterbroeck*.

¹³⁶ *Ibid.*, avsnitt 14. Lignende uttalelser finnes i forente saker C-430/93 og C-431/93 *Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mod Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [Nederland], [1995] EFD I- 4705, avsnitt 19 og sak C-177/10 *Santana*, avsnitt 92.

å håndheve EU-retten *i prinsippet* kan ha gode grunner for seg, men likevel være i strid med effektivitetsprinsippet i den konkrete sak.¹³⁷ Et eksempel på dette er *Santana-dommen*.¹³⁸ Santana var i perioden 1989-2005 midlertidig ansatt som tjenestemann i Junta de Andalucia. I 2005 ble han fast ansatt. I desember 2007 ble det offentliggjort at det ville bli gjennomført utvelgelsesprøve med sikte på forfremmelse. For å kunne ta disse prøvene måtte man oppfylle en rekke betingelser. Saksøker fikk adgang til prøven, og var opprinnelig ført opp på listen over personer som hadde bestått prøven. Beslutningen om å gi ham adgang til prøven ble deretter annullert 25. mars 2009, blant annet fordi han ikke oppfylte kravene til ansiennitet idet det ikke ble tatt hensyn til hans erfaring fra tiden som midlertidig ansatt. Santana gikk så til sak og hevdet at beslutningen var i strid med direktiv 99/70/EF som har til formål å forhindre diskriminering av arbeidstakere med tidsbegrenset ansettelse.¹³⁹ Etter spanske regler måtte søksmål ha vært anlagt senest innen to måneder etter offentliggjøringen av meddelelsen om utvelgelsesprøver. Spørsmålet var om denne søksmålsfristen var i strid med EU-retten. Domstolen uttalte at søksmålsfristen måtte vurderes i forhold til hvorvidt den gjorde utøvelsen av EU-retten i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig, og at det måtte foretas en balansert vurdering av regelens rolle og de generelle prinsippene for det nasjonale rettssystemet. Videre uttalte retten at rimelige søksmålsfrister er i samsvar med EU-retten, og at det tilkommer medlemsstatene å fastsette slike frister i forhold til beslutningens betydning for de berørte, kompleksiteten av de prosedyrer og lovgivning som får anvendelse og andre offentlige og private interesser. Retten fant at den omstridte fristen på to måneder ikke gjorde det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene etter rammeavtalen. Domstolen viste imidlertid til at saksøker i den konkrete saken allerede hadde fått adgang til utvelgelsesprøven og hadde bestått denne. Under slike omstendigheter kunne det ikke utelukkes at fristen på to måneder fra meddelelsen om utvelgelsesprøven gjorde det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene etter

¹³⁷ Dougan 2004 s. 32.

¹³⁸ Sak 177/10 *Santana*.

¹³⁹ Rådskdirektiv 99/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrenset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP.

rammeavtalen. Under de konkrete omstendighetene kunne fristen først begynne å løpe fra det tidspunkt det ble truffet avgjørelse om å annullere saksøkers adgang til utvelgelsesprøvene.

På bakgrunn av rettspraksis og direktivenes håndhevelsesbestemmelser må det etter min oppfatning kunne konkluderes med at effektivitetsprinsippet anvendes noe forskjellig for prosessregler og regler om rettsvirkninger. Prosessregler må ikke gjøre utøvelsen av EU-rettigheter i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig. Regler om rettsvirkninger må overholde kravene til effektivitet, avskrekkende virkning og proporsjonalitet. For de sistnevnte regler vil man lettere kunne sikre at kvaliteten på beskyttelsen faktisk er *effektiv*, ikke bare at reglene ikke forhindrer utøvelsen av EU-retten. Etter min oppfatning vil forskjellen likevel ikke være så stor i det konkrete tilfelle. EU-domstolens rettspraksis gir anvisning på at prosessregler i sin alminnelighet må vurderes i sammenheng med deres rolle i den samlede prosedyre, deres særlige kjennetegn og grunnleggende prinsipper i den nasjonale rettsorden. Selv om prosessregler som begrenser håndhevelsen av EU-retten, i prinsippet lar seg forsvare på grunn av grunnleggende hensyn som retten til forsvar, rettsikkerhet og rettslig forutsigbarhet, kan de måtte settes til side i det enkelte tilfelle. En slik anvendelse av effektivitetsprinsippet gir derfor mulighet for å sikre effektiv beskyttelse av EU-retten i det konkrete tilfellet. Problemet som gjenstår med en slik anvendelse av effektivitetsprinsippet, som i realiteten er en form for proporsjonalitetsvurdering, er hvordan de ulike hensynene skal veies mot hverandre. EU-domstolen har ikke bidratt til noen oppklaring her, og det kan derfor hevdes at det er vanskelig å forutsi hva som vil bli resultatet i det konkrete tilfellet.¹⁴⁰

I begge de nevnte anvendelser av effektivitetsprinsippet står proporsjonalitetsvurderinger sentralt. I neste avsnitt vil jeg derfor gå nærmere inn på hva som ligger i kravet til proporsjonalitet.

¹⁴⁰ Craufurd Smith 1999 s. 316.

2.6 Proporsjonalitetsprinsippets stilling i spørsmål om effektiv håndhevelse

Proporsjonalitetsprinsippet er et av de grunnleggende prinsippene i EU-retten. Det går ut på at det skal være forholdsmessighet mellom de mål man ønsker å oppnå med en rettsakt, og de virkemidler som tas i bruk. Prinsippet opptrer i en rekke ulike sammenhenger. Når det gjelder proporsjonalitetsvurderingen ved spørsmål om *prosessregler* er i samsvar med effektivitetsprinsippet, har domstolen angitt hvilke momenter som skal vurderes. Det er prosessregelens rolle i den samlede prosedyre, prosedyrens særlige kjennetegn og de grunnleggende prinsipper i den nasjonale rettsorden. Prosessregelens begrensende virkning på den effektive håndhevelsen av EU-retten må veies opp mot medlemsstatenes formål med regelen. Proporsjonalitetsvurderingen i forhold til prosessregler vil altså være begrenset til de momentene domstolen har pekt ut.

Når det gjelder regler om *rettsvirkninger*, har domstolen derimot oppstilt et generelt krav om at disse må være proporsjonale. I denne sammenhengen må det derfor antas at det skal foretas en alminnelig proporsjonalitetsvurdering som tar hensyn til alle tenkelige relevante momenter. Vurderingen må blant annet ta hensyn til EU-rettighetens karakter, hvor alvorlig bruddet på denne rettigheten er og hva slags skade som er påført individet.

Proporsjonalitetsvurderinger er særlig relevante i forhold til sanksjoner. I *Colson*-saken uttalte retten at sanksjonen måtte være effektiv og avskrekkende, og der den valgte sanksjonsformen var erstatning, måtte denne «i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tap».¹⁴¹ Det var tydelig at kravene til sanksjonen ble sett i sammenheng med overtredelsen av forbudet mot likebehandling, som er et fundamentalt prinsipp, og som derfor krever sterk beskyttelse. I *Watson*-dommen¹⁴² tok retten stilling til et system for straff for utlendinger som hadde unnlatt å oppfylle en forpliktelse til å melde seg til politiet om sitt bosted i Italia. Retten uttalte at selv om det var adgang til å ilegge sanksjoner for unnlatt oppfyllelse av forpliktelsen til å melde seg, var det «ikke

¹⁴¹ Sak 14/83 *Colson*, avsnitt 23.

¹⁴² Sak 118/75 *Lynne Watson og Alessandro Belmann* [Italia], [1976] EFD 1185.

berettiget at knytte en bøde- eller fængselsstraf hertil, idet denne staar i et *saadant misforhold* til lovovertrædelsens grovhed, at den kommer til at utgøre en hindring for den frie bevægelighed for personer»¹⁴³ (min utheving).

Disse to dommene viser samtidig to ulike sider ved proporsjonalitetsprinsippet. Det kan påberopes som et skjold mot for strenge sanksjoner, som i *Watson*-saken, eller det kan anføres som begrunnelse for at det må ilegges strengere sanksjoner, som i *Colson*-saken. Slik kan proporsjonalitetsprinsippet føre til at de nasjonale sanksjonssystemer – og håndhevelsesprosessen generelt – styrkes like mye som de begrenses.¹⁴⁴

Det er altså klart at proporsjonalitetsvurderinger har en plass i spørsmål om effektiv håndhevelse av EU-retten. Etter min oppfatning er det imidlertid ikke noe behov for å gjøre proporsjonalitetsprinsippet til et tredje fundamentalt prinsipp i håndhevelsessaker. Dette ville bare skape like mange spørsmål som det besvarer. Skal proporsjonalitet kun vurderes i forhold til kriteriet om at sanksjonen må ha en *avskrekkende* virkning, slik at jo grovere brudd, desto mer effektive må de tilgjengelige nasjonale rettsmidlene være? Eller skal man fokusere på hvilken EU-rettighet det er snakk om, slik at dersom det er en grunnleggende rettighet som er brutt, må granskingen av de nasjonale rettsmidler være strengere og mer inngående enn dersom det er en «ordinær» EU-rettighet som er overtrådt?¹⁴⁵ Etter min oppfatning er det tilstrekkelig å konstatere at proporsjonalitetsvurderinger skal foretas ved anvendelsen av effektivitetsprinsippet på de to ulike måtene som er angitt ovenfor, for henholdsvis prosessregler og regler om rettsvirkninger.

2.7 Utviklingen av autonome EU-rettsmidler

Da EU-domstolen var på høyden i sin rettsskapende virksomhet på dette området (fra midten av 1980-tallet og frem til 1993), avsa den en del oppsiktsvekkende dommer som

¹⁴³ Ibid., avsnitt 21.

¹⁴⁴ Fitzpatrick 2003 s. 51.

¹⁴⁵ Ibid., s. 50-51.

ga opphav til det man kan kalle autonome EU-rettsmidler.¹⁴⁶ Det dreier seg om visse former for rettsmidler der det rettslige grunnlaget ifølge EU-domstolen kommer fra traktatene selv. Disse rettsmidlene ble ansett for å være naturlige og nødvendige konsekvenser av EU-traktatenes bestemmelser. Deres eksistens var derfor ikke gjenstand for den alminnelige *Rewe/Comet*-formelen. Når det gjelder vilkårene for disse rettsmidlene, har de på noen områder blitt utformet av EU-domstolen selv, mens de på andre områder igjen har blitt overlatt til medlemsstatene etter den vanlige *Rewe/Comet*-formelen.

Rettsmidlene det er snakk om, er rett til midlertidig forføyning for beskyttelse av antatte EU-rettigheter, rett til gjennervervelse av ulovlige avgifter og rett til erstatning fra medlemsstater. Da domstolen i tiden etter 1993 tok et skritt tilbake i sin rettskapende virksomhet, og samtidig begrenset rekkevidden av en del av sine tidligere oppsiktsvekkende dommer, ble disse rettsmidlene likevel værende i stor grad i sin opprinnelige form. Grunnen var muligens at de ble ansett for å være så fundamentale i systemet med nasjonal håndhevelse av EU-retten at det ikke var mulig med fullstendig retrett her.¹⁴⁷ Den videre utviklingen av dem har bare delvis fulgt den historiske fremstillingen som er gjengitt ovenfor i avsnitt 2.2. Utviklingen har i stor grad vært særegen for hvert av rettsmidlene.

Fordi rettspraksis om disse rettsmidlene ikke har fulgt den vanlige formelen om at nasjonale prosessregler og rettsmidler kommer til anvendelse på EU-søksmål kun begrenset av ekvivalens- og effektivitetsprinsippene, faller de litt på siden av den foregående fremstillingen hvor siktemålet har vært å undersøke hvilke krav som gjelder for medlemsstatenes håndhevelse av EU-retten. Det er imidlertid viktig å nevne disse autonome rettsmidlene fordi de er av stor betydning for å sikre en effektiv håndhevelse av EU-retten. Man kan si at de representerer uavhengige manifestasjoner av effektivitetsprinsippet i en videre betydning¹⁴⁸ (enn den som stammer fra *Rewe/Comet*-modellen). I det følgende vil jeg derfor behandle hvert av rettsmidlene noe nærmere.

¹⁴⁶ Dougan 2011 s. 426.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid., s. 427.

2.7.1 Rett til midlertidig forføyning

I *Factortame*-dommen¹⁴⁹ måtte domstolen ta stilling til hvorvidt nasjonale domstoler hadde adgang til å treffe avgjørelse om midlertidig forføyning til beskyttelse av rettigheter med grunnlag i EU-retten, selv om nasjonale rettsregler forhindret en slik adgang. Retten kom til at EU-rettens fulle virkning ville bli begrenset dersom en nasjonal rettsregel skulle kunne forhindre nasjonale domstoler fra å treffe foreløpige forholdsregler som har til formål å sikre den fulle virkning av en rettsavgjørelse som avgjør eksistensen av EU-rettigheter. Nasjonale domstoler måtte derfor sette til side den nasjonale regel som forhindret dem fra å treffe avgjørelse om midlertidig forføyning.¹⁵⁰ Resultatet av dommen var altså at selv om nasjonale regler ikke ga domstolene mulighet for å tilby midlertidig forføyning til beskyttelse av EU-rettigheter, måtte det eksistere en slik mulighet for å sikre EU-rettighetenes fulle effekt. Domstolen skapte altså et nytt rettsmiddel for å sikre håndhevelsen av EU-retten, dette også til tross for sin tidligere avgjørelse i *Butter Buying Cruises*,¹⁵¹ hvor domstolen hadde konstatert at EU-retten ikke kunne skape nye rettsmidler som ikke allerede fantes i nasjonal rett.

I *Zuckerfabrik*¹⁵² og *Atlanta*¹⁵³ bekreftet domstolen igjen at midlertidig forføyning måtte kunne innvilges av nasjonale domstoler. I disse tilfellene var det tvil om en forvaltningsakt med hjemmel i traktatbestemmelser var ugyldig. Det var altså gyldigheten av de EU-rettslige bestemmelsene som ble bestridt av saksøkerne, og dette kunne bare avgjøres av EU-domstolen. Midlertidig forføyning måtte derfor kunne innvilges så lenge EU-domstolen ikke hadde avsagt dom om traktatbestemmelsens

¹⁴⁹ Sak C-213/89 *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.* [Storbritannia], [1990] EFD I-2433.

¹⁵⁰ *Ibid.*, avsnitt 21.

¹⁵¹ Sak 275/84 *Coöperatieve Melkproductenbedrijven "Noord-Nederland" BA (Frico) mot Produktschap voor Zuivel* [Nederland], [1985] EFD 3651.

¹⁵² Forente saker C-143/88 og C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG mot Hauptzollamt Itzehoe og Zuckerfabrik Soest GmbH mot Hauptzollamt Paderborn* [Tyskland], [1991] EFD I-415.

¹⁵³ Sak C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH m.fl. mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* [Tyskland], [1995] EFD I-3761.

gyldighet. Domstolen gikk enda et skritt videre og oppstilte betingelsene for at nasjonale domstoler skulle kunne innvilge midlertidig forføyning. Det ble uttalt at anvendelsen av midlertidig forføyning burde være lik i alle medlemsstatene. Videre var medlemsstatenes kompetanse til å treffe vedtak om midlertidig forføyning tilsvarende EU-domstolens egen kompetanse til å treffe slike vedtak etter artikkel 278-279 TFEU, og kriteriene burde derfor være de samme. For det første måtte nasjonale domstoler finne at det var begrunnet tvil med hensyn til gyldigheten til den EU-rettslige bestemmelsen som var hjemmel for den omtvistede forvaltningsakten. For det andre måtte det foreligge nødvendighet for midlertidig forføyning, ved at saksøker sto i fare for å bli påført et uopprettelig (ikke rent økonomisk) tap. Endelig måtte den nasjonale domstolen ta hensyn til EUs interesse i å gjennomføre den omtvistede forvaltningsakten.

I *Unibet*¹⁵⁴ var det, i likhet med *Factortame*, spørsmål om det kunne innvilges midlertidig forføyning for å hindre virkningene av en nasjonal bestemmelse som saksøker mente var i strid med EU-retten. EU-domstolen bekreftet at prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse av borgernes rettigheter i henhold til EU-retten, inneholder et krav om at midlertidig forføyning må kunne vedtas der det er nødvendig for å sikre den fulle virkning av en rettsavgjørelse som angår eksistensen av EU-rettigheter. Når det gjaldt betingelsene for slik midlertidig forføyning, uttalte imidlertid domstolen at det tilkom medlemsstatene å regulere disse. Det ble vist til rettens uttalelser i *Zuckerfabrik* og *Atlanta* om at det i medlemsstatene skulle gjelde ensartede betingelser for å utsette gjennomføringen av en nasjonal bestemmelse som har hjemmel i EU-retten. Domstolen fremhevet imidlertid at *Zuckerfabrik* og *Atlanta* skilte seg fra den aktuelle sak ettersom formålet med Unibets begjæring om midlertidig forføyning var å utsette virkningene av en nasjonal bestemmelse som ble hevdet å være i strid med EU-retten. Det var altså den nasjonale bestemmelsens gyldighet som ble bestridt, ikke gyldigheten av en EU-rettslig bestemmelse. Innvilgelse av midlertidig forføyning måtte i slike tilfeller skje i samsvar med nasjonale bestemmelser, og de eneste kravene som gjaldt, var at disse nasjonale reglene ikke var mindre gunstige enn dem som gjaldt for tilsvarende begjæringer med

¹⁵⁴ Sak C-432/05 *Unibet*.

grunnlag i nasjonal rett (ekvivalensprinsippet), og ikke gjorde det i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve EU-rettigheter (effektivitetsprinsippet).

Etter dette kan det virke som at de kriteriene EU-domstolen oppstilte for midlertidig forføyning i *Zuckerfabrik* og *Atlanta*, kun kommer til anvendelse der det er gyldigheten av en EU-rettslig bestemmelse som bestrides. Når det er spørsmål om en nasjonal bestemmelse er i strid med EU-retten, er det derimot opp til medlemsstatene å avgjøre vilkårene for midlertidig forføyning.

2.7.2 Rett til tilbakebetaling av ulovlig pålagte avgifter

Når det gjelder tilbakebetaling av ulovlig pålagte avgifter, ble denne retten anerkjent av EU-domstolen ganske tidlig¹⁵⁵ og har senere konsekvent blitt bekreftet som et autonomt EU-rettsmiddel.¹⁵⁶ I likhet med midlertidig forføyning mot angivelig ugyldige nasjonale bestemmelser er vilkåret for tilbakebetaling styrt av *Rewe/Comet*-rammen. Det vil si at en saksøkers rett til tilbakebetaling av ulovlig pålagte avgifter må avgjøres etter nasjonale regler, kun begrenset av ekvivalens- og effektivitetsprinsippene. I realiteten har imidlertid graden av EU-domstolens gransking gjennom effektivitetsprinsippet nådd et slikt omfang at domstolen nå på en nesten uttømmende måte kontrollerer omstendighetene som må foreligge for at medlemsstatene legitimt kan motsette seg et krav om tilbakebetaling.¹⁵⁷ For eksempel har domstolen i *FMC*¹⁵⁸ og *Fantask*¹⁵⁹ avgjort at ansvaret for tilbakebetaling oppstår av ulovligheten i seg selv, og at det ikke er gjenstand for ytterligere krav om skyld. Faktisk er det eneste forsvaret som

¹⁵⁵ Sak 177/78 *Pigs and Bacon Commission mot Mc Carren and Company Limited* [Irland], [1979] EFD 2161.

¹⁵⁶ Se f.eks. sak C-309/06 *Marks & Spencer plc mot Commissioners of Customs & Excise* [Storbritannia], [2008] EFD I-2283.

¹⁵⁷ Dougan 2011 s. 428.

¹⁵⁸ Sak C-212/94 *FMC plc, FMC (Meat) Ltd, DT Duggins Ltd, Marshall (Lamberhurst) Ltd, Montelupo Ltd og North Devon Meat Ltd mot Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* [Storbritannia], [1996] EFD I-389.

¹⁵⁹ Sak C-188/95 *Fantask*.

medlemsstatene kan påberope seg mot et søksmål om tilbakebetaling, at kravet vil føre til en uberettiget berikelse for saksøker.¹⁶⁰ Men selv her har domstolen gjennom en lang rekke avgjørelser bestemt fordelingen av bevisbyrden og kontrollert nøye enhver forpliktelse fordringshaveren måtte ha til å samarbeide med nasjonale myndigheter. I praksis er derfor retten til tilbakebetaling mer lik mønsteret etter *Zuckerfabrik* og *Atlanta*, enn *Factortame* og *Unibet*.¹⁶¹

2.7.3 Rett til erstatning

I *Francovich*-dommen fastslo domstolen for første gang at medlemsstatene kan holdes erstatningsansvarlige for tap påført individer på grunn av tilsidesettelse av EU-retten.¹⁶² I likhet med mange andre avgjørelser fra denne perioden (mellom ca 1985 og 1993) innebar *Francovich* et brått skifte med domstolens tidligere avgjørelser. I *Russo* hadde EU-domstolen nemlig konstatert at adgang til erstatning fra medlemsstatene for brudd på EU-retten var opp til medlemsstatene selv å avgjøre. I *Francovich* ble denne valgfriheten til medlemsstatene kontant opphevet.

Domstolen måtte ta stilling til tolknings spørsmål i direktiv 80/987/EØF som har til formål å sikre arbeidstakeren en viss minimumsbeskyttelse når arbeidsgiveren er insolvent.¹⁶³ Italia hadde ikke oppfylt sine forpliktelser etter direktivet og var allerede dømt for traktatbrudd. Det prejudisielle spørsmålet som retten måtte besvare, var hvorvidt private kunne gå til sak mot staten med krav om at staten oppfylte sine forpliktelser etter direktivet, og kreve erstatning for det tapet de var påført ved at direktivet ikke var gjennomført. Domstolen uttalte at EU-rettens fulle virkning ville svekkes dersom borgerne var avskåret fra å oppnå erstatning for en krenkelse av deres rettigheter som følge av en tilsidesettelse av EU-retten. Det var derfor nødvendig at det

¹⁶⁰ Dougan 2011 s. 428.

¹⁶¹ Ibid., s. 428.

¹⁶² Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Andrea Francovich mot Italia*, og *Daniela Bonifaci m.fl. mot Italia* [1991] EFD I-5357.

¹⁶³ Rådskdirektiv 80/987/EØF av 20. oktober 1980 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens.

fantas en adgang til å gjøre erstatningskrav gjeldende. Domstolen fastslo at retten til erstatning fulgte naturlig av selve traktaten:

«Der følger således af selve Traktatens system et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten.»¹⁶⁴

Retten gikk enda et skritt videre, ved å oppstille konkrete vilkår for statens erstatningsansvar. For det første måtte direktivets formål innebære at private ble tillagt rettigheter. For det andre måtte innholdet av disse rettighetene kunne fastslås på grunnlag av selve direktivets bestemmelser. Endelig måtte det være årsakssammenheng mellom statens tilsidesettelse av sin forpliktelse og de skadelidtes tap. Når disse tre vilkårene var oppfylte, hadde private krav på erstatning, og dette erstatningskravet fulgte direkte av EU-retten.¹⁶⁵ Med denne dommen påla EU-domstolen medlemsstatene et nytt erstatningsansvar, som altså innebar nok et nytt rettsmiddel til beskyttelse av håndhevelsen av EU-retten som ikke allerede fantes i nasjonale rettssystemer.

I *Brasserie du Pêcheur/Factortame III* ble det imidlertid klart at vilkårene for erstatningsansvar likevel ivaretar medlemsstatenes prosessrettslige autonomi i mye større grad enn det *Francovich* hadde gitt inntrykk av.¹⁶⁶ I *Brasserie du Pêcheur/Factortame III* ble det formulert et krav om at medlemsstatens overtredelse av EU-retten måtte være tilstrekkelig kvalifisert.¹⁶⁷ I denne vurderingen måtte følgende momenter tas med i betraktning: Hvor klar og presis den tilsidesatte bestemmelsen var, hvor vidt skjønn den tilsidesatte bestemmelsen overlot til de nasjonale myndigheter, om overtredelsen var begått eller tapet voldt forsettlig eller uaktsomt, om en eventuell rettsvillfarelse var unnskyldelig eller ikke, hvorvidt en EU-institusjons holdning hadde

¹⁶⁴ Forente saker C-6/90 og 9/90 *Francovich*, avsnitt 35.

¹⁶⁵ *Ibid.*, avsnitt 40 og 41.

¹⁶⁶ Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland og The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.* [Tyskland og Storbritannia], [1996] EFD I-1029.

¹⁶⁷ *Ibid.*, avsnitt 51.

vært medvirkende til unnlatelsen, vedtakelsen eller opprettholdelsen av nasjonale foranstaltninger eller praksis i strid med EU-retten. Dessuten uttalte domstolen at det var opp til de nasjonale domstoler å avgjøre hvorvidt det forelå direkte årsakssammenheng mellom medlemsstatens tilsidesettelse av EU-retten og skadelidtes tap, kun begrenset av ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.

2.8 EU-lovgivers svar på EU-domstolens praksis

Som fremstillingen viser har EU-domstolen skapt viktige prinsipper som danner grunnlaget for hvordan EU-retten skal sikres en effektiv håndhevelse i nasjonal rett. Prinsippene er imidlertid nokså vage og fleksible, og det er ikke lett å fastslå hva som konkret kreves av medlemsstatenes håndhevelse i det konkrete tilfellet. I tillegg kommer at domstolens praksis tidvis har vært svært skiftende. Det er derfor ikke lett å forutsi hvorvidt håndhevelsen i det konkrete tilfellet tilfredsstillende EU-rettens krav til effektiv håndhevelse. Det kunne vært ønskelig med klarere lovregulering på området. EU-lovgiver har imidlertid vært tilbakeholden med å blande seg inn i spørsmålet om håndhevelse av EU-retten i nasjonale domstoler. Likevel har også lovgiver etter hvert viet mer oppmerksomhet til behovet for å sikre en effektiv håndhevelse av EU-retten i medlemsstatenes ulike rettsystemer. Dette har gitt seg utslag på flere hold. I avsnitt 2.8.1 vil jeg gi generelle eksempler på hvordan EU gjennom lovgivning har styrket prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse. Deretter vil jeg i avsnitt 2.8.2 gå nærmere inn på de særlige håndhevelsesbestemmelsene i masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon. Dette er nødvendig for at jeg i kapittel 3 og 4 skal kunne vurdere hvorvidt den norske gjennomføringen er i samsvar med disse direktivenes krav til håndhevelsen i nasjonal rett.

2.8.1 EU-lovgivers holdning til spørsmål om effektiv håndhevelse

I EUs charter om grunnleggende rettigheter, er det i art. 47 fastslått at enhver som får krenket sine EU-rettigheter, skal ha adgang til effektive rettsmidler for en domstol. Bestemmelsen bekrefter prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse, som er et alminnelig

EU-rettslig prinsipp med bakgrunn i EMK art. 6 og 13.¹⁶⁸ Charterets art. 47 innebærer således ikke noe nytt for medlemsstatenes plikt til å sørge for at borgerne er gitt adgang til domstolene. Bestemmelsen er likevel viktig fordi prinsippet nå er uttrykkelig tatt inn i traktaten. I TEU art. 19 nr. 1 er det videre understreket at medlemsstatene må sørge for adgang til domstolsprøvelse for å sikre en effektiv rettslig beskyttelse av EU-retten. Den nærmere gjennomføringen av håndhevelsen er imidlertid uløst i traktatene.

I sekundærlovgivningen er håndhevelsesspørsmålet på enkelte områder løst på et mer detaljert plan. Eksempler på dette er ved klager på myndighetenes beslutninger om offentlige anskaffelse,¹⁶⁹ bevisbyrden i kjønnsdiskrimineringssaker,¹⁷⁰ ved søksmål om urimelig handelspraksis mot forbrukerne,¹⁷¹ adgang til klage og domstolsbehandling i miljø saker til oppfyllelse av Århus-konvensjonen,¹⁷² miljøansvar til forebygging og utbedring av miljøskader,¹⁷³ håndhevelse av immaterialrettigheter¹⁷⁴ og sanksjoner for

¹⁶⁸ Sak C-385/05 *Confédération générale du travail m.fl. mot Premier ministre og Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement* [Frankrike], [2007] EFD I-611, avsnitt 47.

¹⁶⁹ Rådskonklusjon 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter.

¹⁷⁰ Rådskonklusjon 97/80/EF av 15. desember 1997 om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn, nå regulert i parlaments- og rådskonklusjon 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (omarbeiding).

¹⁷¹ Parlaments- og rådskonklusjon 98/27/EF av 19. mai 1998 om nedlegging av forbod med omsyn til vern av forbrukarinteresser, nå regulert i parlaments- og rådskonklusjon 2009/22/EF av 23. april 2009 med samme navn.

¹⁷² Parlaments- og rådskonklusjon 2003/35/EF af 26. maj 2003 om mulighed for offentlig deltagelse i forbindelse med udarbejdelse af visse planer og programmer på miljøområdet og om ændring af Rådets direktiv 85/337/EØF og 96/61/EF for så vidt angår offentlig deltagelse og adgang til klage og domstolsprøvelse.

¹⁷³ Parlaments- og rådskonklusjon 2004/35/EF av 21. april 2004 om miljøansvar med hensyn til forebygging og utbedring av miljøskader.

arbeidsgivere som ansetter tredjelandsborgere med ulovlig opphold.¹⁷⁵ Lovgivningen på disse områdene hører likevel vil unntakene. Gjennom Storme-rapporten¹⁷⁶ ble det forsøkt å finne løsninger for en mer omfattende harmonisering av medlemsstatenes ulike prosedyrer for håndhevelsen av EU-retten, men prosjektet førte ikke frem.¹⁷⁷ Lovgivning med andre formål enn å harmonisere medlemsstatenes prosessregler har også hatt stor betydning for styrkingen av prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse, jf. TFEU avsnitt V. Bestemmelsene har som formål å utvikle EU til et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet, og innebærer forpliktelser for medlemsstatene hva gjelder prosessregler og sanksjoner. Også disse bestemmelsene gjelder imidlertid kun klart avgrensede områder, og de kan derfor ikke sikre noe enhetlig håndhevelsessystem for EU-retten.¹⁷⁸

Med unntak for de ovenfor nevnte områdene, har EU-lovgiver i all hovedsak begrenset seg til å ta inn generelle bestemmelser om håndhevelse som kun kodifiserer EU-domstolens praksis.¹⁷⁹ Dette innebærer at medlemsstatene som hovedregel ikke er pålagt noen særlige forpliktelser til håndhevelsen ut over det som følger av ekvivalens- og effektivitetsprinsippene. Håndhevelsesbestemmelsene i masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon er tilsynelatende eksempler på slike generelle bestemmelser. I neste avsnitt vil jeg likevel gå nærmere inn på bestemmelsene for å undersøke om de pålegger medlemsstatene noen konkrete forpliktelser til håndhevelsen som ikke umiddelbart følger av EU-domstolens praksis om nasjonal håndhevelse av EU-retten.

¹⁷⁴ Parlaments- og rådsdirektiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhevelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

¹⁷⁵ Parlaments- og rådsdirektiv 2009/52/EF av 18. juni 2009 om minimumsstandarder for sanksjoner og foranstaltninger over for arbeidsgivere, der beskæftiger tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold.

¹⁷⁶ Storme 1994.

¹⁷⁷ Dougan 2011 s. 436.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

2.8.2 Nærmere om direktivenes håndhevelsesbestemmelser

a. Masseoppsigelsesdirektivet art 6.

Det opprinnelige direktivet fra 1975 inneholdt ingen særskilte bestemmelser om håndhevelse. Det var fullstendig opp til medlemsstatene å avgjøre hvordan direktivets bestemmelser skulle sikres en effektiv rettslig beskyttelse. Til revisjonen av direktivet i 1992 fremmet Kommisjonen forslag om en egen ugyldighetssanksjon. Det ble foreslått en ny art. 5a med følgende ordlyd:

«Member States shall ensure that judicial procedures exist for the enforcement of obligations under this Directive at the suit of workers' representatives and workers and in particular procedures rendering *null and void* the collective redundancies concerned, notwithstanding recourse to other procedures»¹⁸⁰ (min utheving).

Dette forslaget fikk imidlertid ikke støtte av Rådet, og resultatet ble et kompromiss hvor art. 5a ble gitt følgende ordlyd:

«Medlemsstatene skal påse at arbeidstakernes representanter og/eller arbeidstakere har adgang til forvaltnings- og/eller domstolsbehandling som sikrer at forpliktelsene fastsatt i dette direktiv oppfylles.»

Ved konsolideringen av direktivene i 1998 ble forslaget ikke tatt opp igjen, og bestemmelsen i art. 5a er derfor videreført i direktivet av 1998 art. 6. Hvorvidt det etter *Junk*-dommen likevel må gjelde en sanksjon om ugyldighet ved brudd på masseoppsigelsesdirektivets bestemmelser, vil jeg behandle nedenfor i avsnitt 4.2.3. Her skal jeg se nærmere på hvilke krav til rettsmidler og sanksjoner som følger direkte av art. 6.

Selv om selve innføringen av håndhevelsesbestemmelsen bar bud om strengere krav til medlemsstatenes håndhevelse av direktivet, er ordlyden svært forsiktig. Medlemsstatene kan både velge om de vil forbeholde søksmålsrett til arbeidstakernes

¹⁸⁰ COM(91) 292 final, EF-Tidende (O.J.) C No. 310, s. 6 (30. november 1991) og COM(92) 127 final, O.J. C No. 117, s. 16 (8. mai 1992).

representanter, og velge om klageadgangen skal begrenses til forvaltningsbehandling. Det første alternativet ble behandlet av EU-domstolen i *Mono Car Styling*. Domstolen måtte avgjøre hvorvidt det er tilstrekkelig for overholdelsen av art. 6 at arbeidstakernes *representanter* har mulighet til å klage på manglende oppfyllelse av informasjons- og drøftelsesplikten, eller om den enkelte arbeidstaker også må ha individuell klagerett.¹⁸¹ Mono Car fremstilte dekorasjonsdeler og tilbehør samt innvendig bekledning til forskjellige bilfabrikanter. Virksomheten gikk med betydelige tap, og det ble besluttet at 30 arbeidstakere skulle sies opp. Tjueen av disse gjorde gjeldende at informasjons- og drøftelsesprosedyrene ikke var gjennomført på korrekt måte, og gikk til sak mot arbeidsgiveren. Arbeidstakerne krevde for det første gjenansettelse i virksomheten samt betaling for lønnstapet siden dagen for kontraktsopphøret, og for det andre erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk skade. I første instans ga den belgiske domstolen saksøkerne delvis medhold, og begge parter anket saken. Ankedomstolen besluttet å forelegge saken for EU-domstolen.

EU-domstolen måtte ta stilling til hvorvidt en nasjonal bestemmelse som begrenset arbeidstakers rett til å klage over manglende overholdelse av informasjons- og drøftelsesplikten til bestemte klagepunkter, var i strid med direktivets art. 6. Bestemmelsen fastslo at den enkelte arbeidstaker kun hadde adgang til å bestride at informasjons- og drøftelsesprosedyrene var overholdt med de begrunnelsene som var gitt i en eksplisitt oppregning. Dersom arbeidstaker mente at informasjons- og drøftelsesprosedyrene ikke var overholdt med andre begrunnelser, var han eller hun altså avskåret fra å gjøre disse grunnene gjeldende, og dermed fra å klage i det hele tatt. Arbeidsgivers klageadgang var videre gjort betinget av at både arbeidstaker og samarbeidsutvalget innen en gitt frist hadde gitt beskjed til arbeidsgiver om at man bestred at informasjons- og drøftelsesprosedyrene var overholdt. Den nasjonale regelen ble vurdert i forhold til direktivets effektive virkning. Selv om det var opp til medlemsstatene å fastsette prosedyrene for å sikre overholdelse av direktivet, kunne reglene om dette ikke være utformet på en slik måte at de fratok direktivets bestemmelser deres effektive virkning.¹⁸²

¹⁸¹ Sak C-12/08 *Mono Car Styling*.

¹⁸² *Ibid.*, avsnitt 34-36.

Domstolen fremholdt imidlertid at både ordlyden og oppbygningen av direktivet viste at retten til informasjon og drøftelser var tiltenkt arbeidstakernes *representanter*, og ikke den individuelle arbeidstaker. For det første viste direktivets bestemmelser gjennomgående til «arbeidstakernes representanter», jf. for eksempel art. 1 nr. 1 bokstav b), art. 2 nr. 1, nr. 2 andre ledd og nr. 3, art. 3 nr. 1 tredje ledd og nr. 2. For det andre fulgte informasjons- og drøftelsesrettens kollektive karakter av en teleologisk tolking, idet formålet med å utarbeide forslag for unngå eller begrense masseoppsigelser og avbøte følgene av disse best kunne oppnås av arbeidstakernes representanter. For det tredje viste domstolen til sine tidligere avgjørelser i *Kommisjonen mot Storbritannia*¹⁸³ og *Confédération générale du travail m.fl.*¹⁸⁴ hvor den allerede hadde fastslått at retten til informasjon og drøftelser utøves gjennom arbeidstakernes representanter.¹⁸⁵ Etter dette måtte det konstateres at «retten til informasjon og høring som fastsat i direktiv 98/59, især i dettes artikkel 2, er tildelt arbeidstagerne som en kollektiv helhet og dermed har en kollektiv karakter».¹⁸⁶ Ettersom det for arbeidstakernes *representanter* ikke gjaldt noen begrensninger eller særlige betingelser for å gjøre gjeldende at informasjons- og drøftelsesprosedyrene ikke var overholdt, var den nasjonale bestemmelsen som begrenset denne retten for *individuelle* arbeidstakere ikke i strid med direktivets art. 6.¹⁸⁷

Etter dette er det klart at masseoppsigelsesdirektivet art. 6 ikke krever at arbeidstakerne har individuell klagerett. For at kravet til effektiv håndhevelse skal være overholdt, er det i denne sammenhengen tilstrekkelig at arbeidstakernes representanter har en slik klagerett uten begrensninger eller særlige betingelser.

¹⁸³ Sak C-127/05 *Kommisjonen for De Europæiske Fællesskaber mot Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland* [2007] EFD I- 4619.

¹⁸⁴ Sak C-385/05 *Confédération générale du travail m.fl.*

¹⁸⁵ Sak C-12/08 *Mono Car Styling*, avsnitt 38-41.

¹⁸⁶ *Ibid.*, avsnitt 42.

¹⁸⁷ *Ibid.*, avsnitt 46-52.

b. Direktivet om virksomhetsoverdragelse art. 9

Ved direktivet av 1998, som endret det opprinnelige direktivet av 1977, ble det innført en egen håndhevelsesbestemmelse. Denne er videreført i art. 9 i det aktuelle direktivet av 2001 og har følgende ordlyd:

«Medlemsstatene skal innføre i sin nasjonale rettsorden de tiltak som er nødvendige for at alle arbeidstakere og arbeidstakerrepresentanter som mener de er blitt skadelidende på grunn av manglende overholdelse av forpliktelsene som følger av dette direktiv, skal kunne bringe sine krav inn for retten etter eventuelt å ha henvendt seg til andre vedkommende myndigheter.»

Denne bestemmelsen er etter sin ordlyd langt mer vidtgående enn masseoppsigelsesdirektivet art. 6. Som nevnt ovenfor gjelder det etter masseoppsigelsesdirektivet art. 6 kun et krav om at arbeidstakerne *og/eller* deres representanter har adgang til forvaltnings- *og/eller* domstolsbehandling. Etter *Mono Car Styling* er det klart at denne bestemmelsen ikke pålegger medlemsstatene å sikre arbeidstakerne individuell klageadgang for brudd på direktivets regler. Det er tilstrekkelig at arbeidstakernes representanter har generell klageadgang. I direktivet om virksomhetsoverdragelser art. 9 heter det derimot at medlemsstatene må sikre at *både* arbeidstakere *og* arbeidstakerrepresentanter har mulighet til å bringe krav inn for retten. Videre må det være mulig å bringe kravet inn for *retten*, etter eventuelt å ha henvendt seg til andre myndigheter. Spørsmålet er derfor om det etter denne bestemmelsen gjelder et strengere krav til håndhevelse, nemlig at alle arbeidstakere må ha *individuell klageadgang for domstolene*.

Ordlyden peker mot at medlemsstatene må sikre en klageadgang for den enkelte arbeidstaker. Det kan imidlertid virke rart at det gjelder et krav om individuell klageadgang etter direktivet om virksomhetsoverdragelser, men ikke etter masseoppsigelsesdirektivet, og heller ikke etter direktivet om informasjon og konsultasjon (se nedenfor). Bestemmelsen har ikke vært behandlet av EU-domstolen. I *Mono Car Styling* konkluderte retten som sagt med at masseoppsigelsesdirektivet art. 6 ikke påla medlemsstatene å sikre arbeidstakerne individuell klageadgang, og begrunnet resultatet med at retten til informasjon og drøftelser var en *kollektiv* rettighet, som altså

var tilstrekkelig beskyttet gjennom en søksmålsadgang for arbeidstakernes representanter. Også i direktivet om virksomhetsoverdragelse er informasjons- og drøftelsesretten i utgangspunktet gitt til arbeidstakernes representanter, jf. art. 7 nr. 1 og 2. Art. 7 nr. 6 gir imidlertid arbeidstakere som uforskyldt er uten representanter også krav på informasjon. Spørsmålet er om denne bestemmelsen kan tolkes slik at retten til informasjon ikke bare gjelder arbeidstakerne som kollektiv, men også individuelt, som dermed tilsier at den enkelte arbeidstaker også må ha individuell klageadgang. Ut fra sammenhengen synes art. 7 nr. 6 imidlertid kun å ha som formål å sikre at arbeidstakere som ikke har representanter, skal få nødvendig informasjon. Den enkelte arbeidstakers rett til informasjon er således subsidiær, og vil bare gjelde for berørte arbeidstakere uten representanter. Videre er det etter min mening nærliggende å anta at EU-domstolen vil la samme løsning for informasjon og drøftelser ved masseoppsigelse få anvendelse ved de tilsvarende reglene ved virksomhetsoverdragelse. Det synes ikke å foreligge særlige hensyn som tilsier et sterkere vern for den enkelte arbeidstaker ved virksomhetsoverdragelse enn ved masseoppsigelse. Dette tilsier at resultatet i *Mono Car Styling* om masseoppsigelsesdirektivet også må antas å gjelde ved virksomhetsoverdragelse. Konklusjonen etter dette blir således at art. 9 i direktivet om virksomhetsoverdragelse må tolkes innskrenkende, i samsvar med EU-domstolens praksis, slik at den enkelte arbeidstaker ikke har individuell klagerett.

Når det gjelder kravet om *domstols*behandling etter art. 9 i direktivet om virksomhetsoverdragelse, må dette derimot tolkes etter sin ordlyd. Her foreligger det ingen holdepunkter for innskrenkende tolking. Dette innebærer at det gjelder ulike krav for ved masseoppsigelse og virksomhetsoverdragelse. Ved masseoppsigelse vil det etter direktivet være tilstrekkelig med forvaltningsbehandling, mens art. 9 i direktivet om virksomhetsoverdragelse kun er oppfylt ved behandling i domstolene.

c. Direktivet om informasjon og konsultasjon art. 8

Kommisjonens opprinnelige forslag til direktivet inneholdt en bestemmelse som påla medlemsstatene å sørge for en særskilt sanksjon ved grove brudd på informasjons- og

drøftelsesplikten fra arbeidsgivers side.¹⁸⁸ Sanksjonen gikk ut på at arbeidsgivers beslutning i visse situasjoner

«... ikke får retlige konsekvenser for de berørte arbeidstageres ansættelseskontrakter eller arbeidsforhold. Beslutningen får ingen retlige konsekvenser, førend arbeidsgiveren har oppfylt sin plikt til at informere og høre arbeidstagerne eller, hvis den mulighet ikke lenger står åben, førend arbeidsgiveren har betalt en passende erstatning i henhold til den fremgangsmåde og procedure, som er fastsat af medlemsstaterne.»

Bestemmelsen ble imidlertid ikke tatt med i det endelige direktivet. I likhet med masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om virksomhetsoverdragelse er det kun gitt en generell bestemmelse om håndhevelse. Direktivets art. 8 stiller krav om passende tiltak dersom arbeidsgiver eller arbeidstakerrepresentantene ikke etterkommer direktivets regler. Det stilles krav om forvaltningsmessig behandling eller domstolsbehandling, og det skal også fastsettes passende sanksjoner som skal være effektive, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende. Art. 8 har følgende ordlyd:

«1. Medlemsstatene skal sørge for at det treffes egnede tiltak dersom arbeidsgiveren eller arbeidstakerrepresentantene ikke overholder dette direktiv. De skal særlig sørge for at det finnes hensiktsmessige forvaltningsmessige eller rettslige framgangsmåter for å sikre at forpliktelsene som følger av dette direktiv, blir gjort gjeldende.
2. Medlemsstatene skal fastsette passende sanksjoner som får anvendelse dersom arbeidsgiveren eller arbeidstakerrepresentantene overtrer bestemmelsene i dette direktiv. Sanksjonene skal være virkningsfulle, stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende.»

Etter bestemmelsens ordlyd er det ikke noe krav om individuell klagerett for arbeidstakerne. Det må derfor være nok at arbeidstakernes representanter har klagerett. Videre er det heller ikke noe krav om domstolsbehandling, forvaltningsbehandling kan være nok.

¹⁸⁸ COM(98) 612 final, O.J., C No 2, s. 3 (5. januar 1999), art. 7 nr. 3.

Direktivet inneholder også en bestemmelse om krav til effektive, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner, jf. art. 8 nr. 2. Om dette innebærer noe strengere krav enn det som følger av de andre direktivene, er imidlertid uvisst. Som jeg har redegjort for i kapittel 2, se særlig avsnitt 2.5, gjelder det etter EU-domstolens praksis et generelt krav om effektive, avskrekkende og proporsjonale sanksjoner. Bestemmelsen i direktivets art. 8 nr. 2 er kun en kodifisering av dette kravet og innebærer ikke noen ytterligere krav til sanksjonene enn det som følger av rettspraksis. Et krav om effektive, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner må også gjelde for håndhevelsen av reglene i masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om virksomhetsoverdragelser.

3 Direktivene og deres gjennomføring i norsk rett

3.1 Innledning

3.1.1 Bakgrunn og tema

I forrige kapittel har jeg vist at EU-retten oppstiller krav til effektiv håndhevelse av EU-rettigheter. Disse kravene ble først oppstilt og formulert av EU-domstolen og kan kort oppsummeres i tre prinsipper: ekvivalensprinsippet, effektivitetsprinsippet og prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse. Siden har kravene blitt kodifisert ved at flere og flere direktiver inneholder egne håndhevelsesbestemmelser. Dette gjelder som nevnt i forrige avsnitt også for masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon. I dette kapitlet skal jeg gå nærmere inn på direktivenes regler og den norske gjennomføringen av disse. Grunnen til at jeg har valgt å behandle akkurat disse direktivene, er som nevnt i avsnitt 1.3 at de omhandler rettigheter av stor betydning for arbeidstakere, men som er lite behandlet i litteraturen fra før.

Den klare hovedregel er at arbeidsrettslige direktiver gjennomføres i norsk rett gjennom lovgivning.¹⁸⁹ Dette har blitt ansett som nødvendig for å ivareta direktivenes krav om å sikre rettighetene for alle berørte arbeidstakere. Dessuten har lovgivning blitt ansett som ønskelig av retts tekniske og rettssikkerhetsmessige hensyn, ved at regler om arbeidstakernes rettsstilling i størst mulig grad samles og er tilgjengelig for alle i et felles regelverk.¹⁹⁰ Masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon er implementert i arbeidsmiljøloven i henholdsvis § 15-2, §§ 16-1 - 16-7 og §§ 8-1 - 8-3. Rettighetene som følger av direktivene, er dermed lovbaserte rettigheter, og arbeidstakernes krav i henhold til disse

¹⁸⁹ Evju 2010 s. 391.

¹⁹⁰ Ibid., s. 392.

er krav som bygger på lov.¹⁹¹ Dette har også konsekvenser for håndhevelsen. Det grunnleggende utgangspunkt er at krav som bygger på lov og krav som bygger på tariffavtale, er to forskjellige ting. Tvister om krav som gjelder tariffavtaler *som sådanne*, og om lovligheten av arbeidskamp, hører under særdomstolen Arbeidsretten. Alle andre saker hører under de alminnelige domstoler. Alle de tre direktivene er minimumsdirektiver, og det er derfor adgang til å fastsette gunstigere regler for arbeidstakerne i tariffavtaler.¹⁹² Direktivet om informasjon og konsultasjon åpner også for tariffavtaler som stiller arbeidstakerne *mindre gunstig* enn etter reglene i direktivet, jf. art. 5 og fortalens tjuetredje bemerkning. Her vil jeg imidlertid holde meg til den norske gjennomføringen slik den er regulert i arbeidsmiljøloven, og avgrenser mot tariffbaserte ordninger. Jeg går derfor ikke nærmere inn på Arbeidsrettens rolle i håndhevelsen av arbeidsrettslige regler.

3.1.2 Problemstilling og videre fremstilling

Hovedproblemstillingen i dette og neste kapittel er hvorvidt den norske gjennomføringen av direktivene oppfyller EU-rettens krav til effektiv håndhevelse. For å kunne besvare dette spørsmålet må jeg foreta en sammenligning av direktivenes materielle bestemmelser og de norske lovbestemmelsene som gjennomfører disse. Hensikten er å finne ut om den materielle gjennomføringen samsvarer med direktivenes krav. En korrekt gjennomføring av de materielle direktivbestemmelsene er en nødvendig forutsetning for at arbeidstakernes rettigheter etter direktivene skal være tilstrekkelig beskyttet etter nasjonal lov. Som redegjørelsen vil vise er de norske reglene stort sett like direktivene. Det finnes imidlertid enkelte forskjeller, og det er særlig disse jeg vil gå nærmere inn på for å undersøke hva de har å si for håndhevelsen av reglene. I kapittel 4 vil jeg deretter behandle selve håndhevelsen av de norske gjennomføringsbestemmelsene, nærmere bestemt hvilke rettsvirkninger som inntreffer ved brudd på reglene og hvilke organer som har kompetanse til å avgjøre tvister om reglene.

¹⁹¹ Ibid., s. 394.

¹⁹² Direktiv 98/59/EF om masseoppsigelse art. 5, direktiv 2001/23/EF om virksomhetsoverdragelse art. 8 og direktiv 2002/14/EF om informasjon og konsultasjon, fortalens attende betenkning og art. 4 nr. 1.

3.2 Masseoppsigelsesdirektivet

3.2.1 Direktivets regler

Reglene om masseoppsigelse ble innført i rådsdirektiv 75/129/EØF og senere endret ved rådsdirektiv 92/56/EØF. Begge direktivene ble så avløst av et konsolidert direktiv, rådsdirektiv 98/59/EF. Formålet med direktivet er å styrke vernet av arbeidstakerne ved masseoppsigelse.¹⁹³ Dette skal oppnås først og fremst gjennom regler om informasjon til, drøftinger med og medbestemmelse for arbeidstakerne.¹⁹⁴

Direktivets *anvendelsesområde* fremgår av art. 1. Med «masseoppsigelser» skal forstås oppsigelser foretatt av arbeidsgiver av en eller flere grunner som ikke kan tilskrives den enkelte berørte arbeidstaker. Art. 1 stiller dernest opp to alternative typer beregninger for hvorvidt det er tale om masseoppsigelse. Den ene går på antall som sies opp innenfor en periode på 30 dager, hvor antallet varierer med totalt antall ansatte i virksomheten. Den andre omfatter oppsigelser av et antall arbeidstakere – minst 20 – innenfor et tidsrom på 90 dager, uansett antall ansatte i virksomheten.

I begge alternativer skal man ved beregningen av antall oppsigelser likestille andre former for opphør av arbeidskontrakter som skjer på arbeidsgiverens initiativ av en eller flere grunner som ikke kan tilskrives arbeidstakeren, forutsatt at antall oppsigelser er minst fem, jf. art. 1 nr. 1 andre ledd. Direktivets regler får derimot ikke anvendelse på arbeidsavtaler som er inngått for en avgrenset periode, når masseoppsigelsene ikke skjer utenfor denne perioden, eller på arbeidstakere som er ansatt i offentlig forvaltning eller besetningen på sjøgående skip, jf. art. 1 nr. 2 bokstav a-c.

I denne sammenhengen kan det også nevnes at EU-domstolen har fastslått at det vil være en overtredelse av direktivets bestemmelser dersom medlemsstatene begrenser

¹⁹³ Direktiv 98/59/EF, fortalens andre bemerkning.

¹⁹⁴ Ibid., fortalens sjette bemerkning, som viser til pakten om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakerne, vedtatt på Det europeiske råds møte i Strasbourg 9. desember 1989 av stats- eller regjeringssjefene i elleve medlemsland nr. 17 første ledd.

definisjonen av masseoppsigelse til oppsigelser av bestemte årsaker, og ikke lar definisjonen omfatte oppsigelser av *enhver* årsak som ikke skyldes arbeidstakeren.¹⁹⁵

Arbeidsgivers *informasjons- og drøftelsesplikt* fremgår av direktivets art. 2. Etter art. 2 nr. 1 skal en arbeidsgiver som «overveier å foreta masseoppsigelser», «i god tid innlede drøftinger med arbeidstakernes representanter». Informasjonsplikten følger av art. 2 nr. 3. Etter bokstav a har arbeidsgiver plikt til å gi arbeidstakernes representanter «alle relevante opplysninger», som etter bokstav b i alle tilfeller omfatter skriftlig melding om grunnene til de planlagte oppsigelsene, antall arbeidstakere som vil kunne bli oppsagt og hvilke arbeidstakergrupper disse tilhører, antall arbeidstakere som normalt er ansatt og hvilke arbeidstakergrupper som normalt er sysselsatt, i løpet av hvilken periode de planlagte oppsigelsene vil bli foretatt, hvilke kriterier som tenkes lagt til grunn for utvelgelsen av arbeidstakere som vil kunne bli oppsagt, og beregningsmetoden for eventuelle ekstraordinære sluttvederlag.

Målet med informasjons- og drøftelsesplikten er først og fremst å få til en avtale om å unngå oppsigelser. Dersom det ikke lar seg gjøre å unngå oppsigelser, skal man forsøke å redusere antall oppsagte og samtidig lette følgene av oppsigelsene.¹⁹⁶ For at drøftelsene skal være reelle, må de gjennomføres på et tidspunkt hvor endelig beslutning om å foreta masseoppsigelse ennå ikke er tatt. Meningen er jo at arbeidstakerne skal ha en mulighet til å påvirke beslutningen.¹⁹⁷ Dette poenget ble også presisert av EU-domstolen i *Junk*-saken,¹⁹⁸ hvor retten uttalte at:

«36 Den omstændighed, at arbejdsgiveren "påtænker" at foretage kollektive afskjedigelser og har udarbejdet en "plan" herfor, svarer til den situation, hvor der endnu ikke er truffet en afgørelse... .

¹⁹⁵ Sak C-55/02 *Kommisjonen mot Portugal* [2004] EFD I- 9387.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 9.

¹⁹⁷ Fougner m.fl. 2011 s. 80.

¹⁹⁸ Sak C-188/03 *Junk*.

37 Den av fællesskabslovgiver anvendte formulering viser således, at konsultations- og meddelelsesforpligtelsen opstår *inden* arbejdsgiverens beslutning om at opsiges ansættelseskontrakterne»¹⁹⁹ (min utheving).

I art. 2 nr. 2 første ledd er det nærmere presisert hvordan man skal forsøke å avhjelpe konsekvensene av de oppsigelsene som må foretas: Det må anvendes sosiale tiltak som særlig tar sikte på «bistand til omplassering eller omskolering av de oppsagte arbeidstakerne». Medlemsstatene har også anledning til å bestemme at arbeidstakernes representanter kan la seg bistå av sakkyndige, jf. art. 2 nr. 2 andre ledd.

Arbeidsgiver er også pålagt informasjonsplikt om planlagt masseoppsigelse overfor vedkommende offentlige myndighet, jf. art. 3 nr. 1 første ledd. Informasjonen må gis skriftlig og inneholde de samme opplysninger som er gitt arbeidstakernes representanter etter art. 2 nr. 3, jf. art. 3 nr. 1 tredje ledd.

Planlagt masseoppsigelse kan få virkning tidligst 30 dager etter at slik melding er gitt til vedkommende offentlige myndighet, jf. art. 4 nr. 1 første ledd. Etter art. 4 nr. 3 første ledd kan medlemsstatene gi vedkommende offentlige myndighet adgang til å forlenge fristen nevnt i første ledd.

3.2.2 De norske gjennomføringsreglene

Det opprinnelige masseoppsigelsesdirektivet av 1975 og endringsdirektivet av 1992 ble implementert i arbeidsmiljøloven av 1977 § 56 A.²⁰⁰ Ved den nye arbeidsmiljøloven av 2005 ble tidligere § 56 A videreført i den nye lovens § 15-2 og arbeidsmarkedsloven § 8,²⁰¹ som gjennomfører det aktuelle direktiv 98/59/EF.

¹⁹⁹ Ibid, avsnitt 36 og 37.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 10.

²⁰¹ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).

a. Forskjeller mellom direktivets og arbeidsmiljølovens regler

De norske gjennomføringsreglene er stort sett samsvarende med direktivets bestemmelser. På enkelte punkter er det likevel forskjeller mellom regelsettene, og ett av disse er *anvendelsesområdet* for reglene om masseoppsigelse. I arbeidsmiljøloven har lovgiver valgt å definere masseoppsigelse som «oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at oppsigelsene er begrunnet i de enkelte arbeidstakeres forhold», jf. § 15-2 første ledd første punktum. Lovgiver har altså valgt å la definisjonen i direktivets art. 1 nr. 1 bokstav a første strekpunkt få anvendelse i norsk rett, men da slik at det ikke gjelder noe krav om at virksomheten normalt må sysselsette flere enn 20 arbeidstakere. Etter norsk lov vil altså masseoppsigelse foreligge i *alle* tilfeller hvor minst 10 arbeidstakere sies opp, uten hensyn til hvor mange arbeidstakere som er ansatt i virksomheten totalt. I forarbeidene er løsningen begrunnet i behovet for en grei og oversiktlig regel som gjør det klart i hvilke tilfeller det skal igangsettes drøftelser med de ansattes tillitsvalgte.²⁰² Enda en forskjell finnes i aml. § 15-2 første ledd andre punktum, som gjennomfører direktivets art. 1 nr. 1 andre ledd om at andre former for opphør av arbeidsforhold også skal tas med i beregningen av antall oppsigelser. I den norske gjennomføringsbestemmelsen er det ikke noe vilkår at opphøret av arbeidskontrakten skjer på «arbeidsgivers initiativ». Det er nok at opphøret av arbeidskontrakten ikke er begrunnet i de enkelte arbeidstakeres forhold, for at de skal tas med i beregningen av antall masseoppsigelser. Endelig har de norske gjennomføringsreglene ikke avgrenset bestemmelsenes virkeområde mot arbeidstakere som er ansatt i offentlig forvaltning, sml. direktivets art. 1 nr. 1 bokstav b.

En annen forskjell mellom direktivets og arbeidsmiljølovens regler er bestemmelsen i aml. § 15-2 andre ledd andre punktum. Etter denne bestemmelsen er arbeidsgiver pålagt en *utvidet drøftelsesplikt* ved muligheter for virksomhetsnedleggelse:

«Vurderer arbeidsgiver å legge ned virksomheten eller en selvstendig del av denne, og nedleggelsen innebærer en masseoppsigelse, skal også muligheten for videre drift drøftes, herunder om mulighetene for de ansattes overtakelse av virksomheten.»

²⁰² Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 11.

Det finnes ikke noen tilsvarende regel i direktivet.

De norske gjennomføringsbestemmelsene innebærer altså på flere punkter et sterkere vern for arbeidstaker enn det som følger av direktivet. De norske reglens anvendelsesområde innebærer for det første at det er lett å vite *når* reglene om masseoppsigelse kommer til anvendelse, og for det andre at de kommer til anvendelse *i flere tilfeller* enn det som følger av direktivets definisjoner av anvendelsesområdet. Den enkelte arbeidstaker kan således selv vurdere om han eller hun omfattes av reglene om masseoppsigelse, og i tillegg nyte godt av vernet av reglene i flere tilfeller enn det direktivet gir anvisning på. Når det gjelder informasjons- og drøftelsesplikten, er denne i hovedsak sammenfallende med direktivets regler, med unntak for tilfeller hvor det er muligheter for virksomhetsnedleggelse. Her vil arbeidstaker som nevnt ha en videre rett til drøftelser. Det foreligger altså ingen mangler ved den norske gjennomføringen av masseoppsigelsesdirektivet, og forutsetningene for effektiv håndhevelse er derfor til stede.

b. Hvem er arbeidstakernes tillitsvalgte?

I masseoppsigelsesdirektivet er informasjons- og drøftelsesretten gitt til «arbeidstakernes representanter», jf. art. 2. I arbeidsmiljøloven § 15-2 har man i stedet valgt å bruke begrepet «arbeidstakernes tillitsvalgte». Det samme gjelder også for de norske reglene om gjennomføringen av direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon. Det er derfor interessant å undersøke hvorvidt betegnelsene «arbeidstakernes representanter» og «arbeidstakernes tillitsvalgte» er sammenfallende. Dersom «arbeidstakernes tillitsvalgte» etter arbeidsmiljøloven er et snevrere begrep enn «arbeidstakernes representanter» i direktivene, vil det innebære en mangelfull gjennomføring av direktivene, som igjen vil påvirke den effektive håndhevelsen av reglene.

I masseoppsigelsesdirektivet art. 1 nr. 1 bokstav b heter det at med «arbeidstakernes representanter» menes «representanter for arbeidstakerne i samsvar med medlemsstatenes lovgivning eller praksis». Likelydende definisjoner finnes i direktivet om virksomhetsoverdragelse art. 2 nr. 1 bokstav c og direktivet om informasjon og konsultasjon art. 2 bokstav e. Denne definisjonen innebærer imidlertid ikke en ubetinget

frihet for nasjonal rett med hensyn til om eller hvordan representasjon fra arbeidstakersiden skal ivaretas.²⁰³ Det ble understreket av EU-domstolen i de to avgjørelsene *Kommisjonen mot Storbritannia* i 1994 om masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om virksomhetsoverdragelse.²⁰⁴ Britisk rett hadde ingen regler om hvem som kunne opptre i informasjons- og drøftelsessammenheng. EU-domstolen konstaterte at selv om direktivene kun sørger for delvis harmonisering av nasjonal rett, innebærer de ikke noen ren henvisning til den enkelte stats gjeldende rett om utpekelse av arbeidstakerrepresentanter. De overlater bare til statene å fastsette på hvilken måte det skal pekes ut slike arbeidstakerrepresentanter som det må gis informasjon til og drøftes med i henhold til direktivenes bestemmelser. Direktivet pålegger medlemsstatene en forpliktelse til å treffe alle nødvendige tiltak for å sikre at det pekes ut arbeidstakerrepresentanter som arbeidsgiver må informere og innlede drøftelser med.²⁰⁵ Direktivene krever altså at det må sørges for ordninger som sikrer at det finnes representanter som kan opptre som arbeidstakernes representanter i forbindelse med arbeidsgivers informasjons- og drøftelsesplikt.²⁰⁶ Statene kan som alminnelig regel ikke unnlate å utnevne representanter og i stedet oppfylle informasjons- og drøftelsesplikten overfor den enkelte arbeidstaker.²⁰⁷

I alminnelig arbeidsrettslig språkbruk er termen «tillitsvalgte» betegnelsen på representanter for organiserte arbeidstakere på en arbeidsplass eller i en virksomhet, valgt av og blant de tariffbundne, organiserte arbeidstakerne i henhold til tariffavtalte bestemmelser. Slike tillitsvalgte omtales også som «avtaletillitsvalgte».²⁰⁸ Den rådende oppfatningen har vært at «tillitsvalgte» i arbeidsmiljølovens bestemmelser skal forstås som avtaletillitsvalgte.²⁰⁹ Da masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om

²⁰³ Evju 2010 s. 424.

²⁰⁴ Sak C-382/92 og sak C-383/92 *Kommisjonen mot Storbritannia*.

²⁰⁵ Sak C-382/92, avsnitt 18 og 28, sak C-383/92, avsnitt 19 og 25.

²⁰⁶ Evju 2010 s. 425.

²⁰⁷ Sak C-382/92, avsnitt 22-24, Evju 2010 s. 425-429.

²⁰⁸ Evju 2010 s. 418.

²⁰⁹ *Ibid.*, s. 419.

virksomhetsoverdragelse ble implementert i arbeidsmiljøloven i 1992, ble spørsmålet om hvordan begrepet tillitsvalgte skulle forstås i gjennomføringsbestemmelsene, ikke behandlet særlig inngående i forarbeidene. I forhold til reglene om virksomhetsoverdragelse uttalte departementet kort at

«[d]epartementet forstår direktivet slik at ordningen med at informasjonen skal gis de ansattes representanter er hensiktsmessig begrunnet i forhold til å informere alle ansatte direkte.

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

I mangel av andre holdepunkter peker forarbeidenes uttalelser mot at begrepet «tillitsvalgte» i gjennomføringsbestemmelsene skulle forstås på samme måte som etter arbeidsmiljølovens regler for øvrig, det vil si som *avtaletillitsvalgte*.²¹⁰ Problemet med en slik forståelse er at en rekke virksomheter ikke er bundet av noen tariffavtale, slik at det heller ikke finnes noen avtaletillitsvalgte. Det finnes også tilfeller hvor virksomheten kun er tariffbundet for noen kategorier ansatte, som har sine tillitsvalgte, mens andre grupper ansatte ikke er omfattet av tariffavtale og derfor ikke har noen avtaletillitsvalgte. En forståelse av begrepet «tillitsvalgte» som avtaletillitsvalgte innebærer således at direktivenes krav ikke er oppfylt.

Problemet ble nærmere behandlet i forbindelse med gjennomføring av endringer i arbeidsmiljøloven av 1977 kap. XII (nå aml. kap. 16) som følge av revisjonen i 1998 av direktivet om virksomhetsoverdragelse. Departementet uttalte at begrepet «tillitsvalgte» i kap. XII ikke bare omfattet tillitsvalgte som er organisert i fagforening, men at lovteksten måtte forstås i samsvar med direktivets definisjon av arbeidstakernes representanter. Begrepet «tillitsvalgte» må derfor forstås som representant for alle arbeidstakere som berøres av virksomhetsoverdragelsen.²¹¹ Denne videre forståelsen av «tillitsvalgte» må også få anvendelse på reglene om masseoppsigelse. Det samme gjelder for aml. kap. 8 som gjennomfører direktivet om informasjon og konsultasjon. I

²¹⁰ Evju 2010 s. 430.

²¹¹ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 16.

forbindelse med implementeringen av sistnevnte direktiv uttalte departementet at hvem som skal regnes som tillitsvalgt, må avgjøres etter en tolking av den enkelte bestemmelse. Det avgjørende er om de arbeidstakere som berøres i den konkrete sak, er representert. Det ble videre presisert at termen «tillitsvalgt» ikke skal forstås snevert som bare representanter for arbeidstakere som er organisert i tradisjonelle fagforeninger/fagforbund og som er valgt i henhold til en tariffavtale som virksomheten er bundet av. Det kan også være tale om representanter for en fast eller ad-hoc sammenslutning av to eller flere personer uten organisasjonsmessig tilknytning. Begrepet kan i tillegg omfatte andre valgte representanter for arbeidstakere som ikke er fagforeningsmedlemmer.²¹² I forhold til aml. kap. 8 uttalte departementet videre at gjennomføringen av informasjon og drøftelser også kan legges til arbeidsmiljøutvalg eller samarbeidsorgan.²¹³ Med bakgrunn i departementets uttalelser kan man konkludere med at begrepet «tillitsvalgte» generelt skal omfatte både avtaletillitsvalgte og/eller representanter valgt *ad hoc* for det formål den enkelte bestemmelse angår. Spesielt for reglene om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse og informasjon og konsultasjon er at «tillitsvalgte» også omfatter andre, mer permanent valgte representanter, som for eksempel styrerepresentanter, medlemmer av samarbeidsutvalg etc.²¹⁴

Når begrepet «tillitsvalgte» i aml. § 15-2, kap. 8 og kap. 16 forstås slik som anvist i forarbeidene, er det i samsvar med direktivenes begrep «arbeidstakernes representanter». Den informasjons- og drøftelsesretten direktivene gir til arbeidstakernes representanter, er således korrekt gjennomført i arbeidsmiljøloven.

3.3 Direktivet om virksomhetsoverdragelse

3.3.1 Direktivets regler

Reglene om virksomhetsoverdragelse ble innført i rådsdirektiv 77/187/EØF og senere endret ved rådsdirektiv 98/50/EF. Begge direktivene ble så avløst av et konsolidert

²¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 121.

²¹³ Ibid., s. 312.

²¹⁴ Evju 2010 s. 440-441.

direktiv, rådsdirektiv 2001/23/EF. Formålet med direktivet er å beskytte arbeidstakernes rettigheter og interesser når virksomheten overføres til en ny innehaver.²¹⁵ For at dette formålet skal oppnås, må man sikre at arbeidstakerne beholder sine rettigheter i arbeidsavtalen etter virksomhetsoverdragelsen. Bestemmelsene innebærer i hovedtrekk at arbeidsavtalene skal overføres uendret til den nye arbeidsgiveren. Direktivet slår videre fast at overdragelsen *i seg selv* ikke er oppsigelsesgrunn verken for ny eller tidligere arbeidsgiver,²¹⁶ og både tidligere og ny arbeidsgiver er pålagt informasjons- og drøftelsesplikt i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen.

Direktivets art. 1 nr. 1 bokstav a angir direktivets *anvendelsesområde*. Der heter det at direktivet «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 kontraktsmessig overdragelse eller fusjon». Bestemmelsen innebærer at tre hovedvilkår må være oppfylt for at det skal foreligge en virksomhetsoverdragelse. For det første må det foreligge en overføring av *virksomhet* eller *del av virksomhet*. For det andre må det skje en overføring til *en annen arbeidsgiver*. For det tredje må overføringen skje *som følge av overdragelse*.²¹⁷ Direktivet omfatter i utgangspunktet både private og offentlige virksomheter som driver økonomisk virksomhet, jf. art. 1 nr. 1 bokstav c første punktum. Visse former for offentlig virksomhet er imidlertid unntatt fra direktivets anvendelsesområde. Dette gjelder «[e]n administrativ omorganisering av offentlige forvaltningsmyndigheter eller overføring av administrative funksjoner mellom offentlige forvaltningsmyndigheter», jf. art. 1 nr. 1 bokstav c annet punktum.

Arbeidstakernes interesser ved en virksomhetsoverdragelse vernes først og fremst ved at ansettelsesforholdet går over til erververen, og ved at arbeidstakernes individuelle rettigheter overføres uten hensyn til om de har grunnlag i den enkeltes arbeidsavtale eller tariffavtale. Begge deler følger av direktivets art. 3 nr. 1 første ledd jf. nr. 3 første

²¹⁵ Direktiv 2001/23/EF, fortalens tredje bemerkning.

²¹⁶ NOU 2004: 5 s. 355.

²¹⁷ Ibid., s. 356.

ledd.²¹⁸ Det kreves ingen aktivitet fra arbeidstakerens side for at rettighetene skal gå over til den nye arbeidsgiver ved overdragelsen; rettighetsovergangen skjer automatisk.²¹⁹

Etter art. 4 er en oppsigelse som har sin grunn i overdragelsen, ugyldig, jf. nr. 1 første ledd. Dette gjelder ikke bare dersom overdrager eller erverver angir overdragelsen som begrunnelse, men også hvis forholdet må bedømmes slik at det reelt sett er overdragelsen som er grunnen. I art. 4 nr. 2 fastslås det at dersom arbeidsforholdet opphører (heves)²²⁰ fordi overdragelsen innebærer en vesentlig endring i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstakeren, skal arbeidsgiveren anses som ansvarlig for opphøret av arbeidsforholdet.

Etter direktivets art. 7 har tidligere og ny arbeidsgiver en *informasjons- og drøftelsesplikt* overfor arbeidstakernes representanter. Formålet med informasjons- og drøftelsesplikten er å gi arbeidstakerne informasjon om hva som kommer til å skje, og å gi dem mulighet til å øve innflytelse på innholdet i beslutningen om virksomhetsoverdragelse gjennom sine representanter.²²¹ Overdrageren og erververen skal opplyse representantene for arbeidstakerne som berøres av overdragelsen om datoen for overdragelsen, grunnen til overdragelsen, de rettslige, økonomiske og sosiale følger av overdragelsen for arbeidstakerne og planlagte tiltak overfor arbeidstakerne. Drøftelser skal gjennomføres med sikte på å komme frem til en avtale, jf. art. 7 nr. 2. For de tilfeller hvor de berørte arbeidstakerne ikke har representanter, finnes det en særregel i direktivets art. 7 nr. 6. Bestemmelsen pålegger medlemsstatene å fastsette

²¹⁸ Etter art. 3 nr. 1 andre ledd kan medlemsstatene fastsette at overdrageren og erververen skal være solidarisk ansvarlige for forpliktelsene. Det gjelder bare krav som er forfalt før overdragelsen.

²¹⁹ NOU 2004: 5 s. 356.

²²⁰ I den norske oversettelsen av direktivet brukes begrepet «heves», men det er ikke et treffende begrep. I den engelske direktivteksten heter det «terminated», og dette burde heller vært oversatt til «opphør», jf. Evju 2010b s. 496-497.

²²¹ NOU 2004: 5 s. 358 og 403.

regler om at de berørte arbeidstakerne som «uforskyldt er uten representanter», skal informeres om de samme opplysningene som skal gis etter nr. 1.

Direktivets art. 6 inneholder særlige regler om *vern av tillitsvalgte*. Hensikten er å beskytte arbeidstakernes representanter i forhold til deres stilling og funksjon. Så lenge virksomheten bevarer sin uavhengighet, skal de tillitsvalgte som berøres av overdragelsen beholde sin rettsstilling og funksjon, jf. art. 6 nr. 1 første ledd. Dette gjelder likevel ikke dersom overdragelsen medfører at grunnlaget for arbeidstakernes representasjon opphører, jf. art. 6 nr. 1 første og andre ledd. Hvis virksomheten ikke beholder sin uavhengighet, skal de overførte arbeidstakerne som var representert før overdragelsen, fortsatt være representert på en egnet måte frem til nytt valg kan skje, jf. art. 6 nr. 1 fjerde ledd.

3.3.2 De norske gjennomføringsreglene

Det opprinnelige direktivet om virksomhetsoverdragelse av 1977 og endringsdirektivet av 1998 ble gjennomført i arbeidsmiljøloven av 1977 kap. XII A (§§ 73 A - 73 E). Bestemmelsene i dette kapittelet ble videreført i den nye arbeidsmiljølovens kap. 16, som gjennomfører det aktuelle direktiv 2001/23/EF.

De norske gjennomføringsreglene er i hovedsak i samsvar med direktivets bestemmelser. På enkelte områder går likevel de norske reglene noe lenger i å verne arbeidstakernes interesser ved virksomhetsoverdragelse. Blant annet har de norske gjennomføringsreglene et noe videre *anvendelsesområde*. Lovgiver valgte å ikke gjennomføre direktivets unntak i art. 1 nr. 1 bokstav c annet punktum om administrative omorganiseringer av offentlige forvaltningsmyndigheter eller overføringer av administrative funksjoner mellom offentlige forvaltningsmyndigheter. Det ble lagt vekt på at det ikke er noe som tilsier at ansatte i offentlig sektor skal behandles annerledes enn ansatte i privat sektor.²²² Forskjellen mellom direktivets og

²²² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 256.

arbeidsmiljølovens virkeområde er likevel ikke så stor, fordi EU-domstolen har stilt beskjedne krav i forhold til kravet om virksomhetens økonomiske karakter.²²³

En annen mindre forskjell gjelder *tariffavtalens stilling*. Etter direktivets art. 3 nr. 3 første ledd skal ny arbeidsgiver opprettholde de arbeidsvilkår som er fastsatt i tariffavtale. Kravet er at arbeidstakernes individuelle rettigheter etter tariffavtalen opprettholdes, mens det ikke kreves at selve tariffavtalen eller tariffbundetheten overføres til ny arbeidsgiver.²²⁴ I Norge har man likevel valgt å fastslå at tariffbundetheten som hovedregel skal overføres til ny arbeidsgiver, jf. aml. § 16-2 første ledd første punktum. Dersom den nye arbeidsgiveren ikke ønsker å bli bundet av tariffavtalen, må han eller hun gi beskjed om dette til tariffmotparten innen tre uker etter overdragelsestidspunktet, jf. § 16-2 første ledd andre punktum. En hovedregel om overføring av tariffavtalen innebærer et sterkere vern for arbeidstakerne ved at alle rettigheter etter avtalen, ikke bare de individuelle, overføres ved virksomhetsoverdragelsen. Slike kollektive rettigheter kan for eksempel være regler om kollektiv oppsigelse, sympatiaksjoner, rett til ny tariffavtale i tariffperioden, forhandlingsrett mv.²²⁵ Videre har Norge ikke benyttet seg av direktivets adgang til å *begrense tidsrommet for opprettholdelsen av individuelle arbeidsvilkår* som følger av tariffavtale, jf. art. 3 nr. 3 andre ledd. Etter aml. § 16-2 andre ledd tredje og fjerde punktum vil de individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtale fortsette å gjelde frem til tariffavtalen utløper eller til det inngås ny bindende tariffavtale. Forskjellen er likevel ikke så stor fordi direktivet uansett krever at de individuelle arbeidsvilkårene etter tariffavtalen opprettholdes i minst ett år, jf. art. 3 nr. 3 andre ledd, mens de aller fleste tariffavtaler i Norge inngås for to år.²²⁶

Enda en forskjell er innholdet i tidligere og ny arbeidsgivers *informasjonsplikt*. Aml. § 16-5 andre ledd gjennomfører direktivets art. 7 nr. 1 om hvilke opplysninger som skal gis til arbeidstakernes representanter. I tillegg til de opplysningene som er angitt i art. 7

²²³ NOU 2004: 5 s. 367.

²²⁴ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 20.

²²⁵ NOU 2004: 5 s. 357.

²²⁶ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 22.

nr. 1, skal det etter § 16-5 andre ledd informeres om endringer i tariffavtaler (bokstav d) og om reservasjons- og fortrinnsrettene, herunder fristen for å utøve reservasjons- og fortrinnsrettene (bokstav f). Bakgrunnen for denne utvidede informasjonsplikten er de norske reglene om at erververen blir bundet av tariffavtale som overdrager er bundet av, jf. § 16-2 andre ledd, og om reservasjons- og fortrinnsrettrett, jf. § 16-3, som behandles nedenfor.²²⁷ En ytterligere forskjell i informasjonsplikten finnes i den norske bestemmelsen som gjennomfører direktivets art. 7 nr. 6, om at de berørte arbeidstakerne som uforskyldt er uten representanter, må gis de samme opplysningene som ellers gis til arbeidstakernes representanter. Bestemmelsen ble først gjennomført i arbeidsmiljøloven av 1977 § 73 E andre ledd. I denne ble forbeholdet om skyld utelatt, men vilkåret om at arbeidstakerne ikke hadde representanter, skulle gjelde. Det ble presisert at der arbeidstakerne faktisk var representert, kunne arbeidsgiver ikke velge å informere arbeidstakerne, men måtte da følge hovedregelen om informasjon til de tillitsvalgte.²²⁸ Det gjaldt ikke noen generell informasjonsplikt overfor de berørte arbeidstakerne. Bestemmelsen skulle kun sikre at i tilfeller hvor det fantes tillitsvalgte, men disse ikke representerte alle de berørte arbeidstakerne, måtte disse berørte arbeidstakerne informeres direkte.²²⁹ Dette ble endret i arbeidsmiljøloven av 2005 § 16-6 hvor det heter at «[t]idligere og ny arbeidsgiver skal så tidlig som mulig informere de berørte arbeidstakere om overdragelse». Ordlyden tyder på at det gjelder en generell informasjonsplikt overfor arbeidstakerne, ved siden av informasjons- og drøftelsesplikten overfor de tillitsvalgte etter § 16-5. I forarbeidene heter det videre at § 16-6 pålegger arbeidsgiver en plikt til informasjon i forhold til alle arbeidstakerne *uavhengig* av om det er tillitsvalgte i virksomheten.²³⁰ Informasjonen som gis, er blant

²²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 273.

²²⁸ Ot.prp. nr. 79 (2000-2001) s. 21.

²²⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 272.

²³⁰ Ibid., s. 340. Selv om det står informasjon og «drøfting», kan det ikke være noen tvil om at § 16-6 kun pålegger informasjonsplikt, jf. bestemmelsens ordlyd og uttalelser på samme side i forarbeidene hvor det bl. a. heter at «[a]rbeidsgiverne vil som regel ha plikt til å informere de tillitsvalgte tidligere enn arbeidstakerne etter § 16-6. Dette fordi arbeidsgiver har en drøftelsesplikt i forhold til tillitsvalgte slik at informasjon må gis på et så tidlig tidspunkt at deres synspunkter kan inngå i virksomhetens beslutningsgrunnlag.»

annet ment å utgjøre grunnlaget for arbeidstakernes valg med hensyn til reservasjons- og fortrinnsrett.²³¹ De norske bestemmelsene om arbeidsgivers informasjonsplikt gir dermed et bedre vern for arbeidstakerne enn det som følger av direktivet, idet de berørte arbeidstakerne vil ha krav på informasjon direkte, uten at det formidles via representantene først.

Nok en forskjell mellom direktivets bestemmelser og de norske gjennomføringsreglene gjelder arbeidstakernes *reservasjonsrett*. Direktivet fastslår at arbeidstaker har en *rett* til å følge med virksomheten ved overdragelse. Direktivet regulerer imidlertid ikke hvorvidt arbeidstakerne kan *nekte* å bli med over til den nye arbeidsgiveren (reservasjonsrett), og om de i så fall kan velge å fastholde arbeidsavtalen med den tidligere arbeidsgiveren (valgrett, se nedenfor). EU-domstolen har i flere avgjørelser uttalt at direktivet om virksomhetsoverdragelser ikke kan fortolkes slik at det forplikter staten til å vedta regler om at arbeidstakeren *skal* fortsette arbeidsforholdet med den nye arbeidsgiveren.²³² En slik plikt ville stride mot arbeidstakernes fundamentale rettigheter, jf. blant annet *Katsikas*-dommen hvor domstolen uttalte at

«[e]n sådan forpligtelse ville tilsidesætte arbejdstagerens fundamentale rettigheder, idet denne skal være frit stillet ved valget af sin arbejdsgiver og ikke kan forpligtes til at arbejde for en arbejdsgiver, han ikke selv har valgt».²³³

Etter dette må det være klart at det gjelder en EU-rettslig reservasjonsrett i ethvert tilfelle av virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand.²³⁴ Spørsmålet om reservasjonsrett fikk derimot ikke noen sikker avklaring etter arbeidsmiljøloven av 1977.

²³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 341.

²³² NOU 2004: 5 s. 384.

²³³ Forente saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 *Grigorios Katsikas mot Angelos Konstantinidis og Uwe Skreb og Günter Schroll mot PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, [Tyskland], [1992], EFD I-6577, avsnitt 32.

²³⁴ Evju 2006 s. 210.

I Nemko-dommen (Rt. 1999 s. 977) måtte Høyesterett ta stilling til hvorvidt en arbeidstaker hadde rett til å holde seg til opprinnelig arbeidsgiver etter virksomhetsoverdragelsen, altså om det forelå valgrett. I den forbindelse gikk Høyesterett også noe inn på spørsmålet om hvorvidt det forelå en reservasjonsrett etter direktivet, men konkluderte ikke på dette spørsmålet ettersom det ikke var avgjørende for den konkrete saken. Retten bemerket imidlertid at

«uten en tilsvarende rett til å holde seg til den opprinnelige arbeidsgiver ... synes arbeidstakeren praktisk sett å ha liten glede av en reservasjonsrett. Ønsker han å komme ut av arbeidsforholdet, kan han under enhver omstendighet oppnå dette ved selv å si opp».²³⁵

Spørsmålet om reservasjons- og valgrett kom nok en gang opp i Psykiatridommen (Rt. 2000 s. 2047). Høyesterett syntes her å mene at arbeidstakere som ikke har valgrett, heller ikke har rett til å reservere seg mot å bli med til ny arbeidsgiver.²³⁶

Etter dette kan rettspraksis oppsummeres med at Høyesterett ikke har tatt klar stilling til hvorvidt det foreligger en reservasjonsrett uavhengig av valgretten.²³⁷

I motsetning til Høyesterett mente Arbeidslivslovutvalget at spørsmålet om hvorvidt det foreligger en reservasjonsrett, kan ha selvstendig betydning også i tilfeller hvor det ikke foreligger en valgrett. Dette vil for eksempel være tilfelle hvor hele virksomheten overføres og arbeidstaker dermed ikke har noe arbeid å bli igjen i, eller der lang reisevei gjør det uaktuelt for arbeidstaker å jobbe hos erverver i oppsigelsestiden, eller der arbeidstaker har en annen jobb å gå til på overdragelsestidspunktet. Selv om spørsmålet om hvorvidt det foreligger en reservasjonsrett, ikke var endelig avklart gjennom rettspraksis, la utvalget til grunn at arbeidstaker etter gjeldende rett har rett til å nekte å bli med over til erverver. Utvalget la i denne forbindelse særlig vekt på EU-domstolens praksis. Utvalgets flertall foreslo en lovfesting av reservasjonsretten, som samtidig

²³⁵ Rt. 1999 s. 977, s. 985.

²³⁶ NOU 2004: 5 s. 384.

²³⁷ Ibid. Se også Evju 2010c s. 692-693.

avklarte på hvilket tidspunkt arbeidsforholdet med overdrager skal opphøre hvis arbeidstaker nekter å bli med over til erververen. Videre ble det foreslått å lovfeste en regel om frist for å gjøre reservasjonsrett gjeldende.²³⁸

Departementet var enig i en lovfesting av reservasjonsretten. Dette ble gjort i aml. § 16-3 første ledd. Utvalgets forslag om å fastsette en frist for å gi melding om utøvelsen av reservasjonsretten ble også fulgt opp, jf. § 16-3 annet ledd. Bestemmelsen pålegger arbeidstaker som utøver reservasjonsretten, å gi skriftlig melding til arbeidsgiver om dette, innen den frist arbeidsgiveren har fastsatt, som ikke kan være kortere enn 14 dager etter at informasjon etter § 16-6 er gitt (som pålegger tidligere og ny arbeidsgiver informasjonsplikt om virksomhetsoverdragelsen).

Etter dette er det altså klart at arbeidstakere etter norsk rett *har* reservasjonsrett, jf. § 16-3 første ledd. Arbeidsmiljøloven regulerer imidlertid ikke uttrykkelig de rettslige virkningene ved utøvelse av reservasjonsretten. Grunnen til det kommer jeg nærmere inn på nedenfor i behandlingen av valgretten. Utgangspunktene er imidlertid klare: Dersom arbeidstakeren som utøver reservasjonsretten, også tilkjennes valgrett, så består arbeidsforholdet med den opprinnelige arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker derimot ikke har noen valgrett, vil utøvelse av reservasjonsretten føre til at arbeidstaker ikke overføres til ny arbeidsgiver, og at arbeidsforholdet hos tidligere arbeidsgiver *opphører*.²³⁹ Problemet er *når* arbeidsforholdet opphører. Ifølge Fougner m.fl. er den alminnelige oppfatningen at ansettelsesforholdet hos overdragende arbeidsgiver opphører automatisk og uten oppsigelse på det faktiske *overføringstidspunktet*.²⁴⁰ Det er imidlertid ikke alltid at dette vil være det mest naturlige opphørstidspunktet, og flere alternative opphørstidspunkter kan tenkes.²⁴¹ Den debatten skal imidlertid ikke behandles her; det faller på siden av oppgavens tema. Det sentrale i denne sammenhengen er at det finnes en *reservasjonsrett*, som ikke er lovregulert i direktivet,

²³⁸ NOU 2004: 5 s. 388-389.

²³⁹ Evju 2006 s. 212.

²⁴⁰ Fougner m.fl. 2011 s. 192.

²⁴¹ Evju 2006 s. 213.

men bare i norsk rett. Dette, kombinert med valgrett og fortrinnsrett, som jeg behandler rett nedenfor, innebærer at arbeidstakere nyter et sterkere vern etter de norske reglene enn det som følger av direktivet.

Spørsmålet om *valgrett* dreier seg som nevnt om arbeidstaker kan velge å opprettholde arbeidsforholdet hos sin opprinnelige arbeidsgiver. En valgrett forutsetter en reservasjonsrett. Videre vil valgrett bare være aktuelt ved overdragelse av en del av virksomheten. Dersom hele virksomheten overdras, vil det ikke være noen virksomhet å utøve valgrett i. I slike tilfeller vil det kun være aktuelt å utøve reservasjonsrett.

Verken direktivet eller arbeidsmiljøloven regulerer spørsmålet om hvorvidt arbeidstakerne kan velge å fastholde arbeidsavtalen med den tidligere arbeidsgiver. Utgangspunktet etter norsk rett er at det *ikke* foreligger noen valgrett. Hovedregelen er at ansettelsesforholdet hos overdragende arbeidsgiver opphører hvis arbeidstaker velger å utøve sin reservasjonsrett.²⁴² Ifølge rettspraksis eksisterer det imidlertid en *unntaksvis* valgrett for arbeidstakerne dersom overføringen til ny arbeidsgiver fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakernes situasjon.

Spørsmålet om valgrett ble behandlet av Høyesterett i Nemko-dommen (Rt. 1999 s. 977). Arbeidstakeren hadde som oppgaver å betjene resepsjonen og sentralbordet. Hun var etter hvert den eneste som fylte denne funksjonen. Resepsjons- og sentralbordtjenestene ble så overdratt til Securitas, og arbeidstakeren motsatte seg å følge med virksomhetsoverdragelsen. Hun gikk til sak om å få opprettholde arbeidsforholdet hos sin tidligere arbeidsgiver. Høyesterett viste til at det etter norsk rett ikke gjelder noen generell valgrett ved virksomhetsoverdragelse, men at det finnes unntak der selve overdragelsen antas å ha betydning for arbeidstakerens situasjon. I den konkrete saken ville overføringen medføre at arbeidstakeren mistet fellesskapet i forhold til det å være ansatt i Nemko, samtidig som hun ville måtte bli en del av en annen bedrift med et helt annet virksomhetsområde. Dette utgjorde endringer i arbeidstakerens disfavør som ga henne rett til å holde seg til tidligere arbeidsgiver. Også

²⁴² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 264.

i Vest-Ro-dommen (Rt. 1999 s. 989), som ble avsagt samme dag som Nemko-dommen, ble arbeidstakerne tilkjent valgrett. Saken gjaldt virksomhetsoverdragelse av kun en liten del av bedriften (renholderstillingene ved et slakteri), hvor bare tre arbeidstakere ble overført, med den konsekvens at de ville få et mer omfattende virksomhetsområde og samtidig miste båndene til sin tidligere arbeidsplass.

I Psykiatridommen (Rt. 2000 s. 2047) ble resultatet det motsatte. Der gjaldt saken overdragelse av den psykiatriske omsorg i Lovisenberg/Diakonhjemmet fra felles kommunal ledelse til to private eiere. Førstvoterende viste til Nemko- og Vest-Ro-dommene, og uttalte følgende:

«Jeg oppfatter rettstilstanden å være slik at valgrett etter omstendighetene kan tilstås arbeidstakeren ved en virksomhetsoverdragelse som fører til *ikke uvesentlige negative endringer* i arbeidstakerens situasjon. Ikke en hvilken som helst forverring av arbeidssituasjonen bør medføre rett for arbeidstakeren til å holde seg til sin tidligere arbeidsgiver. Men visse endringer kan være av en så inngripende karakter, og bety så mye for arbeidstakerens nåtidige og fremtidige situasjon, at de bør utløse en valgrett»²⁴³ (min utheving).

Når det gjaldt overdragelsen i den konkrete sak, la førstvoterende vekt på at virksomheten fortsatte praktisk talt som før. De samme ansatte, de samme arbeidsoppgaver, de samme pasientene, det samme utstyret og den samme lokale ledelsen fulgte med over til den nye arbeidsgiveren. Dessuten gjaldt overdragelsen hele, eller en klart selvstendig del av bedriften. Det var heller ikke påvist slike inngripende, negative endringer i arbeidssituasjonen som tilsa at valgrett burde tilkjennes.

I Miljøtransportdommen (Rt. 2000 s. 2058) fant flertallet (tre dommere) at arbeidstakerne hadde hatt en valgrett, men at denne hadde falt bort fordi den ikke hadde blitt utøvd i tide. Valgretten var ikke blitt gjort gjeldende før ett år etter

²⁴³ Rt. 2000 s. 2047, s. 2054.

virksomhetsoverdragelsen, og dette var «klart for sent».²⁴⁴ Annenvoterende uttalte at valgretten måtte ha falt bort «langt tidligere», uten at det ble presisert når.²⁴⁵

Ved revisjonen av arbeidsmiljøloven behandlet Arbeidslivslovutvalget spørsmålet om arbeidstakers valgrett. Det ble drøftet hvorvidt valgretten burde lovfestes, men utvalget konkluderte med at en lovfesting av reservasjonsretten kombinert med en fortrinnsrett i stor grad ville redusere behovet for valgrett. Utvalget ønsket heller ikke å videreføre gjeldende rettspraksis om at det kan tilkjennes valgrett i særskilte situasjoner.

Departementet var enig i at det ikke burde innføres noen generell valgrett. Opprinnelig forslø departementet også at en valgrett i særlige situasjoner heller ikke burde videreføres.²⁴⁶ I tråd med dette inneholdt § 16-3 første ledd også en bestemmelse om rettsvirkningene av å utøve reservasjonsretten, som implisitt innebar at valgrett var utelukket. Før den nye arbeidsmiljøloven trådte i kraft, skjedde det et regjeringsskifte som medførte at spørsmålet om valgrett kom opp på nytt. Departementet mente at det var nødvendig å foreta en ny vurdering av om arbeidstaker skulle ha valgrett, om den i tilfelle skulle lovfestes og i så fall hvilken rekkevidde den skulle ha. Det ville imidlertid kreve ytterligere utredning og en alminnelig høring av et eventuelt nytt forslag. Før det ble gjort, anså departementet det som uheldig å ta bort den ulovfestede valgretten.²⁴⁷

Bestemmelsen om rettsvirkninger ved utøvelsen av reservasjonsretten ble dermed også fjernet. Noen nærmere avklaring angående valgretten har enda ikke blitt foretatt i lovgivningen. Etter dette gjelder det en ulovfestet valgrett i norsk rett. Den har sin hjemmel i rettspraksis, og den er i motsetning til reservasjonsretten ikke generell. Utgangspunktet er tvert imot at arbeidstaker ikke har valgrett. Kun i *særlige tilfeller* hvor virksomhetsoverdragelsen medfører vesentlige, negative endringer for arbeidstaker, vil han eller hun kunne tilkjennes valgrett.

²⁴⁴ Rt. 2000 s. 2058, s. 2071.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 266.

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 10.

I likhet med reservasjonsrett er det mange uløste spørsmål om rettsvirkningene av valgrett. Det klare utgangspunktet er at valgrett innebærer at arbeidstaker har rett til å opprettholde arbeidsforholdet med den overdragende arbeidsgiver, til tross for at virksomhetsoverdragelsen som utgangspunkt i seg selv danner grunnlag for opphør av ansettelsesforholdet. Prinsipielt må det sees slik at arbeidsforholdet ikke på noe tidspunkt har opphørt.²⁴⁸ Situasjonen blir imidlertid mer komplisert dersom arbeidstakeren i forbindelse med tvist om valgrett har fratrudd sin stilling hos «tidligere arbeidsgiver», eller har gått over til å arbeide for erververen.²⁴⁹ Dette skal imidlertid ikke behandles i denne oppgaven. I likhet med reservasjonsretten er det sentrale i denne sammenhengen at det eksisterer en valgrett. Denne valgretten følger ikke av direktivet, men kun av norsk rettspraksis. Den er riktignok ikke generell, og kommer kun til anvendelse i unntakstilfeller, men den innebærer likevel et sterkere vern av arbeidstakers interesser enn det som følger av direktivet.

Ettersom direktivet ikke inneholder noen bestemmelser om reservasjonsrett, regulerer det heller ikke noen *fortrinnsrett*. Da Arbeidslivslovutvalget behandlet spørsmålet om lovfesting av reservasjonsretten, foreslo utvalget også å lovfeste en fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver for arbeidstakere som utøver reservasjonsrett.²⁵⁰ Forslaget ble fulgt opp av departementet,²⁵¹ og fortrinnsretten er nå hjemlet i § 16-3 tredje ledd. Bestemmelsen fastsetter en fortrinnsrett for arbeidstakere som utøver reservasjonsretten, og som har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst tolv måneder i de to siste år før overdragelsen. I tillegg gjelder det et krav om at arbeidstaker må være kvalifisert for stillingen. Fortrinnsretten gjelder i inntil ett år fra overdragelsestidspunktet. Fortrinnsretten vil i praksis kun ha betydning ved overføring av deler av virksomheten, ettersom overføring av hele virksomheten medfører at den tidligere virksomheten opphører.²⁵²

²⁴⁸ Evju 2006 s. 221.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ NOU 2004: 5 s. 390.

²⁵¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 267.

²⁵² Fougner m.fl. 2011 s. 193.

Etter en gjennomgang av de norske reglene som gjennomfører direktivet om virksomhetsoverdragelse, kan jeg gi følgende *oppsummering*: Anvendelsesområdet etter de norske bestemmelsene er noe videre ettersom ingen former for offentlig virksomhet er unntatt fra reglene. Videre gjelder det en hovedregel om at tariffavtalen følger med virksomhetsoverdragelsen. De individuelle arbeidsvilkårene som følger av tariffavtalen, vil dessuten gjelde så lenge tariffavtalen ikke er utløpt eller avløst av en ny. Etter de norske reglene har arbeidstakerne i tillegg en lovhjemlet reservasjonsrett, som innebærer at de kan motsette seg å følge med virksomhetsoverdragelsen til ny arbeidsgiver. Dersom virksomhetsoverdragelsen medfører vesentlige, negative endringer, kan arbeidstakerne også tilkjennes en valgrett som gir ham eller henne rett til å opprettholde arbeidsforholdet med arbeidsgiver. Hvis det ikke foreligger slike grunner til valgrett, vil arbeidstaker likevel ha en fortrinnsrett til stilling hos sin arbeidsgiver, så sant vilkårene i § 16-3 tredje ledd er oppfylt. Endelig er informasjonsplikten utvidet i samsvar med reglene om overføring av tariffavtale, reservasjonsrett og fortrinnsrett. Den norske gjennomføringen av direktivet om virksomhetsoverdragelse er således klart i samsvar med direktivets regler. På en rekke områder gir de norske bestemmelsene arbeidstaker et langt sterkere vern ved virksomhetsoverdragelser enn det som følger av direktivet.

3.4 Direktivet om informasjon og konsultasjon

3.4.1 Direktivets regler

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/14/EF av 11. mars 2001 fastsetter en generell ramme for informasjon og drøftelser mellom arbeidsgivere og arbeidstakeres representanter. Medlemsstatene har plikt til å fastsette prinsipper, definisjoner og vilkår for informasjon og drøftelser.²⁵³ I direktivets fortale fremheves hensynet til å styrke den sosiale dialog og øke tilliten innen den enkelte virksomhet gjennom å øke engasjementet blant de ansatte i sysselsettingsspørsmål for på den måten å involvere de ansatte i virksomhetens utvikling og forbedre bedriftens konkurransevne.²⁵⁴ Dialogen

²⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 122.

²⁵⁴ Direktiv 2002/14/EF, fortalens syvende bemerkning.

mellom arbeidsgiver og de ansattes representanter bør ta i betraktning også de økonomiske sider ved ulike tiltak og bidra til å foregripe beslutninger som kan påvirke sysselsettingen uten foregående involvering av de ansatte.²⁵⁵ Direktivet fastsetter en generell minstestandard for informasjon og konsultasjon og forhindrer ikke medlemsstatene i å fastsette bestemmelser som er gunstigere for arbeidstakerne.²⁵⁶

Direktivets *anvendelsesområde* fremgår av art. 3 nr. 1. Medlemsstatene kan velge om direktivets regler skal komme til anvendelse på *foretak* med mer enn 50 ansatte, eller på *virksomheter* med mer enn 20 ansatte, jf. art. 3 nr. 1 bokstav a og b. Definisjonene av foretak og virksomhet er gitt i art. 2 bokstav a og b. Anvendelsesområdet er begrunnet i hensynet til å unngå administrative, finansielle og rettslige byrder som kan hindre opprettelse og utvikling av små og mellomstore bedrifter.²⁵⁷

Informasjons- og drøftelsesplikten følger av direktivets art. 4. Bestemmelsen fastslår at arbeidstakerne gjennom deres representanter skal informeres og konsulteres om den seneste og forventede utvikling av virksomhetens aktiviteter og økonomiske situasjon, om den aktuelle og forventede bemanningssituasjonen i virksomheten og eventuelle planlagte foregripende tiltak, samt om beslutninger som kan føre til vesentlige endringer av ansettelsesforholdene eller den måte arbeidet er organisert på, jf. art. 4 nr. 2 bokstav a-c. Informasjonen skal gis slik at det er mulig for de tillitsvalgte å sette seg inn i saken, foreta en passende undersøkelse, vurdere saken og forberede drøftelser, jf. art. 4 nr. 3. Nærmere krav til drøftelsene er gitt i art. 4 nr. 4. Det er ikke noe krav om forhandlinger. Arbeidsgiver står fritt til å treffe endelig avgjørelse. Drøftelser om beslutninger som kan føre til vesentlige endringer i arbeidsorganisering og ansettelsesforhold (art. 4 nr. 2 bokstav c), skal likevel ta «sikte på å oppnå en avtale», jf. art. 4 nr. 4 bokstav e.

Direktivets art. 6 nr 1 gir arbeidsgiver mulighet til å pålegge arbeidstakerrepresentantene og deres rådgivere *taushetsplikt om fortrolige*

²⁵⁵ Ibid., fortalens syvende og åttende bemerkning.

²⁵⁶ Ibid., fortalens åttende bemerkning.

²⁵⁷ Ibid., fortalens nittende bemerkning.

opplysninger. Det er opp til medlemsstatene å fastsette vilkårene for når taushetsplikt kan pålegges. Begrunnelsen for bestemmelsen er at virksomheter bør vernes mot at visse særlig følsomme opplysninger spres.²⁵⁸ Direktivets art. 6 nr. 2 åpner videre for at arbeidsgiver i særlige tilfeller har rett til å *unnlate* å informere og drøfte når dette vil være til stor skade for bedriften. Betingelsen er at informasjon og drøftelser vil kunne påføre virksomheten stor skade, eller at arbeidsgiver omgående må etterkomme et påbud fra en tilsyns- eller overvåkningsmyndighet.²⁵⁹

3.4.2 De norske gjennomføringsreglene

Direktivet er gjennomført i norsk rett i kapittel 8 i arbeidsmiljøloven. Reglene i direktivet om informasjon og konsultasjon gir et selvstendig og generelt grunnlag for informasjon og drøftelser, men medfører ingen begrensning i andre regler om informasjon og drøftelser, som art. 2 i masseoppsigelsesdirektivet (aml. § 15-2) og art. 7 i direktivet om virksomhetsoverdragelse (aml. §§ 16-5 og 16-6), jf. art. 9 nr. 1. Reglene om informasjon og drøftelser etter aml. §§ 15-2, 16-5 og 16-6 fungerer som særregler som går foran de generelle reglene i aml. kap. 8 om informasjon og konsultasjon.²⁶⁰

Direktivet om informasjon og konsultasjon skiller seg fra masseoppsigelsesdirektivet og virksomhetsoverdragelsesdirektivet fordi det kun fastsetter en generell ramme for reglene om informasjon og konsultasjon. I direktivets fortale er det fremhevet at partene bør ha stor frihet til å komme frem til løsninger som er passende i forhold til deres behov og ønsker.²⁶¹ Som redegjørelsen nedenfor vil vise, ligger de norske gjennomføringsreglene tett opp til direktivets bestemmelser. Fordi direktivets bestemmelser på flere områder er veldig åpne, er det ikke like lett å finne forskjeller mellom direktivets regler og de norske gjennomføringsbestemmelsene. Jeg vil likevel gi en kort utredning av de norske gjennomføringsbestemmelsene for å vise hvordan direktivets materielle krav er oppfylt.

²⁵⁸ Ibid., fortalens tjuefemte bemerkning.

²⁵⁹ Ibid., fortalens tjuesjette bemerkning.

²⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 122.

²⁶¹ Direktiv 2002/14/EF, fortalens tjuetredje betenkning.

De norske reglens *anvendelsesområde* favner noe videre enn direktivets art. 3 nr. 1. Aml. § 8-1 første ledd fastslår at reglene gjelder for virksomheter som sysselsetter mer enn 50 ansatte. Dette kan synes som en kombinasjon av direktivets to alternative definisjoner, ettersom direktivet knytter antallet 50 arbeidstakere til *foretak*, jf. art. 3 nr. 1 bokstav a, mens det for *virksomheter* er nok at det er ansatt 20 arbeidstakere for at reglene kommer til anvendelse, jf. art. 3 nr. 1 bokstav b. I direktivet er forskjellen definert slik at et foretak kan drive med økonomisk virksomhet enten formålet er gevinst eller ikke, mens en virksomhet må drive økonomisk virksomhet på varig grunnlag, sml. bokstav a og b i art. 2. I lovforarbeidene er det imidlertid lagt til grunn at direktivet omfatter næringsvirksomhet uavhengig av om målet for virksomheten er gevinst eller ikke.²⁶² Arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep vil derfor også omfatte det som direktivet kaller foretak, og § 8-1 første ledd er derfor i samsvar med direktivets art. 3 nr. 1. I forarbeidene er det videre lagt til grunn at direktivets anvendelsesområde må tolkes på samme måte som direktivet om virksomhetsoverdragelse, slik at oppgaver som primært er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet eller rene forvaltningsoppgaver, faller utenfor informasjons- og konsultasjonsdirektivet.²⁶³ Arbeidsmiljøloven kap. 8 har imidlertid ikke noen slik avgrensning og gjelder også for offentlig forvaltningsvirksomhet. Dersom forarbeidenes forutsetning om at informasjons- og konsultasjonsdirektivet ikke omfatter utøvelse av offentlig myndighet stemmer, vil således aml. kap. 8 ha et videre anvendelsesområde enn direktivet.

Direktivets *informasjons- og drøftelsesplikt* er gjennomført i aml. § 8-2. Bestemmelsen ligger tett opp til direktivets art. 4.²⁶⁴ Det er imidlertid en forskjell i kravene til *når* informasjonen skal gis og drøftelsene gjennomføres. Direktivet krever at dette skjer på et «hensiktsmessig» tidspunkt, jf. art. 4 nr. 3 og 4. Aml. § 8-2 andre ledd andre punktum krever på sin side at informasjon og drøfting om bemanningssituasjonen og om beslutninger om arbeidsorganisering og ansettelsesforhold skjer «så tidlig som mulig». Samme formulering er også anvendt i §§ 15-2 andre ledd, 16-5 og 16-6, og er begrunnet i at denne formuleringen er brukt i Hovedavtalen mellom LO og NHO i avtalens

²⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 124.

²⁶³ Ibid., Fougner m.fl. 2011 s. 61.

²⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 125.

bestemmelser om informasjon og drøftelser med de tillitsvalgte,²⁶⁵ og en vesentlig del av arbeidslivet er allerede bundet av denne plikten.²⁶⁶ Informasjon om virksomhetens aktuelle og forventede utvikling kan derimot skje på et «passende tidspunkt», jf. § 8-2 andre ledd første punktum.

Direktivet åpner således for at det inngås tariffavtaler som avviker fra de nærmere reglene for gjennomføringen av informasjon og drøftelser, jf. art. 1 nr. 3 og art. 5. Denne adgangen er videreført i § 8-2 siste ledd, som også åpner for at det avtales ordninger som stiller arbeidstakeren *mindre gunstig* enn etter direktivets regler. I forarbeidene er det likevel presisert at det må innfortolkes visse minstekrav i tariffavtalenes regler om informasjon og drøftelser. Avtalene må i alle tilfeller ivareta de mål og prinsipper som følger av direktivets art. 1, og retten til informasjon og drøftelser kan ikke beskjæres slik at det ikke lenger er noen realitet i retten.²⁶⁷ En tariffavtale som fraviker § 8-2, vil komme i stedet for lovens regler. Dette er utypisk for norsk rett, hvor tariffavtaleregulering og lovgivning som regel gjelder ved siden av hverandre som to adskilte rettsgrunnlag.²⁶⁸ Bestemmelsens plassering i siste ledd i § 8-2 innebærer at det ikke er noen adgang til å fravike reglene i § 8-3 i avtale, og i forarbeidene er det presisert at reglene om fortrolige opplysninger ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstakerne.²⁶⁹

Aml. § 8-3 første ledd gjennomfører direktivets art. 6 nr. 1 om adgang til å pålegge arbeidstakernes representanter taushetsplikt. Vilkåret for taushetsplikt er at «virksomhetens behov» tilsier det. Med virksomhetens behov skal forstås opplysninger som kan skade selskapet dersom de lekkes ut.²⁷⁰ Arbeidsgivers rett til å unnlate å gi informasjon og innlede drøftelser etter art. 6 nr. 2 er gjennomført i § 8-3 andre ledd.

²⁶⁵ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 26

²⁶⁶ NOU 2004: 5 s. 403.

²⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 126.

²⁶⁸ Evju 2010 s. 393.

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 126.

²⁷⁰ Ibid., s. 125.

Betingelsen for å unnlate drøftelser er at disse på det aktuelle tidspunkt «åpenbart vil være til betydelig skade for virksomheten». Det stilles kvalifiserte krav til opplysningenes art for at de kan unntas. Hvis opplysningene på et senere tidspunkt ikke vil skade virksomheten, skal de ikke lenger kunne holdes tilbake eller taushetsplikt skal ikke lenger kunne kreves.²⁷¹

Gjennomgangen ovenfor viser at de norske gjennomføringsbestemmelsene ligger tett opp til direktivets regler. Med unntak av et noe videre anvendelsesområde og kanskje et noe mer konkret krav til *når* informasjons- og drøftelsesplikten må oppfylles, gir ikke de norske reglene arbeidstakerne noe sterkere vern enn det som følger av direktivet. Det er imidlertid ingen mangler ved gjennomføringen, og de norske bestemmelsene oppfyller således direktivets krav.

3.5 Følgene av rettigheter ut over direktivenes krav

Jeg har nå vist hvordan masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon er gjennomført i norsk rett. De norske gjennomføringsbestemmelsene er fullt ut i samsvar med direktivenes krav, og der det er forskjeller mellom de to regelsettene, gir de norske reglene arbeidstakerne et sterkere vern enn det som følger av direktivene. Spørsmålet som da oppstår, er hva som må være følgene av at de norske gjennomføringsbestemmelsene gir arbeidstakerne bedre vern enn det som følger av direktivet. Hvilke krav gjelder for håndhevelsen av disse rettighetene?

Når det gjelder regler som gir bedre vern på det *området* direktivet regulerer, mener jeg at de samme kravene til effektiv håndhevelse som gjelder for EU-regler generelt, må gjelde også for disse reglene. Dette gjelder for eksempel de norske reglene som utvider anvendelsesområdet eller drøftelsesplikten i forhold til direktivenes regler. I slike tilfeller virker det mest naturlig å ta utgangspunkt i det medlemsstatene faktisk har valgt å gjennomføre, og la EU-rettens krav til effektiv håndhevelse få anvendelse på dette selv om reglene går noe utover direktivenes krav. Direktivene oppstiller minimumskrav,

²⁷¹ Ibid.

og når medlemsstatene velger å gi arbeidstaker noe bedre regler på enkelte områder, burde ikke konsekvensen av dette være at disse utvidede rettighetene samtidig innskrenkes ved lavere krav til effektiv håndhevelse.

Når det derimot dreier seg om rettigheter som går ut over det direktivet regulerer, må løsningen være at dette fullt ut er nasjonale regler, som da bare er gjenstand for de kravene som gjelder til håndhevelse etter nasjonal rett. Dette vil for eksempel gjelde for de norske reglene om valgrett og fortrinnsrett i forbindelse med virksomhetsoverdragelse.

4 Rettsvirkninger og håndhevelse

4.1 Innledning

I forrige kapittel har jeg vist hvordan masseoppsigelsesdirektivet, direktivet om virksomhetsoverdragelse og direktivet om informasjon og konsultasjon er gjennomført i norsk rett. Redegjørelsen viser at de norske gjennomføringsreglene konsentrerer seg om det materielle. Selv om det særlig ved implementeringen av direktivet om informasjon og konsultasjon ble drøftet hvorvidt den norske gjennomføringen ville tilfredsstillere direktivets krav til håndhevelse, kan man ikke si at det ble gjort noen nærmere vurdering av hva de ulike håndhevelsesbestemmelsene faktisk krever (se nedenfor i avsnitt 4.3.1 og 4.3.3). I det store og hele kan man si at de norske gjennomføringsreglene ikke forholder seg til direktivenes håndhevelsesbestemmelser eller EU-rettens krav til effektiv håndhevelse på noen spesiell måte. Spørsmålet er dermed om den norske gjennomføringen av direktivene likevel tilfredsstiller EU-rettens krav til effektiv håndhevelse. For å kunne besvare dette spørsmålet må jeg vurdere håndhevelsen av de norske reglene i forhold til ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.

I dette kapitlet vil jeg gå nærmere inn på selve håndhevelsen av de norske gjennomføringsreglene. Jeg vil for det første undersøke hvilke rettsvirkninger som inntreffer ved brudd på gjennomføringsbestemmelsene. Sanksjonene for brudd på reglene må være egnet til å sikre en effektiv håndhevelse. For det andre vil jeg redegjøre for hvilke organer som har kompetanse til å ilegge sanksjoner, og prosedyrene og praksis ved disse organene. Det er ikke nok at det eksisterer sanksjoner etter loven, hvis ikke disse også kan ilegges på en effektiv måte der vilkårene for dette foreligger.

4.2 Rettsvirkninger ved brudd på de norske gjennomføringsbestemmelsene

I dette avsnittet vil jeg redegjøre for hvilke rettsvirkninger som inntreffer når arbeidsmiljølovens regler om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse og

informasjon og konsultasjon blir overtrådt. Hensikten er å få oversikt over hvilke konsekvenser det får for arbeidsgiver dersom han eller hun ikke overholder sine forpliktelser etter direktivene. Sanksjonene arbeidsgiver kan bli møtt med må etter EU-rettens krav være egnet til å gi en reell og effektiv rettslig beskyttelse, og i tillegg må de ha en avskrekkende virkning. Videre må de være proporsjonale i forhold til overtredelsen (effektivitetsprinsippet, se avsnitt 2.5). Reglene om sanksjoner må dessuten være like gunstige som de som ville fått anvendelse på tilsvarende overtredelser av nasjonale regler (ekvivalensprinsippet, se avsnitt 2.4).

4.2.1 Straffansvar: fengsel, bøter eller fradømmelse av retten til å drive virksomhet

I arbeidsmiljøloven § 19-1 første ledd heter det: «Ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av bestemmelse eller pålegg gitt i eller i medhold av denne lov, straffes innehaver av virksomhet, arbeidsgiver eller den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten med bøter eller fengsel». Bestemmelsen kommer klart nok til anvendelse på overtredelse av bestemmelsene i §§ 8-1 flg. og §§ 16-1 flg. Det er således ingen tvil om at arbeidsgiver som bryter reglene om informasjon og drøftelser i kap. 8 eller reglene om virksomhetsoverdragelse i kap. 16, vil kunne straffes med bøter eller fengsel. Om bestemmelsen også kommer anvendelse ved overtredelse av § 15-2 om masseoppsigelse, er imidlertid noe mer usikkert. I § 19-1 fjerde ledd heter det nemlig at bestemmelsene i samme paragraf ikke gjelder for reglene i kap. 15 *om oppsigelsesvern*. Spørsmålet er derfor om § 15-2 er en slik bestemmelse om oppsigelsesvern som er unntatt fra virkeområdet til § 19-1. I forarbeidene heter det at § 15-2 er en bestemmelse «om informasjon til arbeidstakernes tillitsvalgte ved masseoppsigelser, og ikke en regel om oppsigelsesvern».²⁷² Forarbeidene sier uttrykkelig at § 19-1 skal komme til anvendelse ved overtredelse av reglene i § 15-2.²⁷³ Til tross for forarbeidenes klare uttalelser, kan det likevel diskuteres hvorvidt § 15-2 ikke er en regel om oppsigelsesvern. Riktignok gir bestemmelsen kun anvisning på hvilke prosedyrer som skal settes i gang når arbeidsgiver vurderer å foreta masseoppsigelse. Bestemmelsen

²⁷² Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 12.

²⁷³ Ibid.

innebærer ikke at arbeidsgiver er forhindret fra å foreta masseoppsigelse, så lenge han eller hun følger reglene for dette. Det er arbeidsgivers beslutning som er avgjørende.²⁷⁴ Samtidig er arbeidsgiver pålagt å innlede drøftelser med sikte på å komme frem til en avtale for å unngå masseoppsigelse eller redusere antall oppsagte, jf. § 15-2 andre ledd. Videre vil arbeidsgiver være forhindret fra å foreta masseoppsigelse så lenge prosedyrene for informasjon og konsultasjon ikke er riktig gjennomført (jeg behandler dette nærmere i avsnitt 4.2.3). Dette må kunne sies å være regler som gir arbeidstaker oppsigelsesvern, selv om vernet opphører idet arbeidsgiver har oppfylt sine forpliktelser. I forhold til hvorvidt § 15-2 omfattes av straffansvaret i § 19-1, må likevel forarbeidenes klare forutsetning legges til grunn, slik at § 15-2 ikke anses som en bestemmelse om oppsigelsesvern som er unntatt straffansvarets rekkevidde. Etter dette er altså både reglene i §§ 8-1 flg., § 15-2 og §§ 16-1 flg. omfattet av straffansvaret i § 19-1.

Brudd på reglene i §§ 8-1 flg., § 15-2 og §§ 16-1 flg. vil også kunne straffes etter straffeloven §§ 48 a og 48 b om foretaksstraff, jf. aml. § 19-3.²⁷⁵ Etter strl. §§ 48 a og 48 b kan et foretak som har overtrådt et straffebed, ilegges bøter eller fradømmes retten til å drive virksomhet.

Ved overtredelse av § 15-2 om masseoppsigelse vil også straffebestemmelsen i arbeidsmarkedsloven § 29 kunne komme til anvendelse. Dersom arbeidsgiver ikke overholder sin plikt til å underrette NAV om planlagt masseoppsigelse etter § 15-2 tredje ledd siste punktum, jf. arbeidsmarkedsloven § 8, vil han eller hun kunne bli ilagt bøter med hjemmel i arbeidsmarkedsloven § 29.

I denne forbindelse kan også nevnes at NAV har myndighet til å forlenge fristen for fratredelse ved masseoppsigelse, jf. § 15-2 siste ledd siste punktum, jf. arbeidsmarkedsloven § 8 tredje ledd. Etter sistnevnte bestemmelse kan fristen forlenges med inntil 30 dager. Benytter NAV seg av denne kompetansen, vil nok dette kunne

²⁷⁴ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 11.

²⁷⁵ Ibid., s. 27.

oppleves som en sanksjon for arbeidsgiver, ettersom lønnsplikten da vil bli forlenget.²⁷⁶ Dette er imidlertid ikke en strafferettslig sanksjon, og skiller seg således fra de ovenfor nevnte hjemler for bøter, fengsel og fradømmelsen av retten til å drive virksomhet. Forlenget lønnsplikt er bare en økonomisk konsekvens for arbeidsgiver, og således ingen straff eller formell sanksjon.

Det er likevel nærliggende å anta at straff etter aml. § 19-1, strl. §§ 48 a og 48 b og arbeidsmarkedsloven § 29 (for masseoppsigelse) bare unntaksvis vil være aktuelt ved overtredelse av reglene i aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16.²⁷⁷ Arbeidstilsynets årsrapporter fra de siste årene viser at inspeksjoner og kontroller har vært rettet mot helse, miljø og sikkerhet, herunder særlig problemet med farlige kjemikalier på arbeidsplassen, og problemet med sosial dumping.²⁷⁸ I 2008 ble også et norsk revisjonsfirma ilagt en bot på 1 million kroner av politiet for brudd på overtidsreglene.²⁷⁹ Reglene om arbeidsgivers informasjons- og drøftelsesplikt er imidlertid ikke nevnt i årsrapportene, og det kan nok antas at politianmeldelser ikke vil være særlig aktuelt ved overtredelse av disse reglene.

4.2.2 Usaklig oppsigelse

Sanksjoner mot usaklig oppsigelse vil naturligvis bare være aktuelt der det foreligger oppsigelse. Mens masseoppsigelsesdirektivet retter seg nettopp mot oppsigelsessituasjonen, er dette ikke tilfelle for de to andre direktivene. Ved virksomhetsoverdragelse er reglenes formål nettopp å sikre fortsatt arbeidsforhold på like vilkår for arbeidstaker, og oppsigelser begrunnet i overdragelsen er ulovlig, se nedenfor i punkt b. Oppsigelser vil også kunne skje i forbindelse med manglende overholdelse av reglene om informasjon og konsultasjon i aml. kap. 8. Fordi direktivene og deres gjennomføringsregler tar sikte på ulike situasjoner, vil jeg behandle virkningene av oppsigelse særskilt for hvert regelsett.

²⁷⁶ Fougner m.fl. 2011 s. 87.

²⁷⁷ Slik også Fougner m.fl. 2011 s. 216.

²⁷⁸ Arbeidstilsynets Årsrapport fra 2006, 2007, 2008 og 2009.

²⁷⁹ Arbeidstilsynets Årsrapport 2008 s. 27.

a. Masseoppsigelse

Da tidligere § 56 A ble tatt inn i arbeidsmiljøloven av 1977, ble det i forarbeidene konstatert at «[d]et er klart at overtredelse av forslaget til ny § 56 A i arbeidsmiljøloven ikke vil medføre at gitte oppsigelser blir ugyldige».²⁸⁰ Tankegangen har vel vært at bestemmelsene om informasjons- og drøftelsesplikt i forbindelse med masseoppsigelse er en form for saksbehandlingsregler.²⁸¹ Brudd på slike regler fører ikke uten videre til at en oppsigelse er usaklig, men det følger av rettspraksis at saksbehandlingsfeil *kan* medføre ugyldighet.²⁸² Arbeidstaker kan legge ned påstand for retten om at en oppsigelse som er usaklig etter § 15-7, blir kjent ugyldig, jf. § 15-12 første ledd. Rettsvirkningen av ugyldig oppsigelse er at oppsigelsen skal anses aldri å ha funnet sted, slik at arbeidsforholdet aldri har opphørt. Arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen så lenge det pågår tvist om hvorvidt arbeidsforholdet er lovlig brakt til opphør, jf. § 15-11 første ledd.

Et eksempel på en sak hvor manglende overholdelse av reglene om masseoppsigelse medførte at oppsigelsen var usaklig, er Frostating lagmannsretts dom av 12. mai 2004 (LF-2003-21015). Saken gjaldt en kommune som hadde vurdert oppsigelse av tretten arbeidstakere, men som endte opp med å si opp kun åtte. Retten fant at reglene om masseoppsigelse skulle vært fulgt, idet det var avgjørende hvilket antall man hadde *vurdert* å si opp, ikke hva som ble det endelige antall oppsagte. Retten uttalte at brudd på reglene i § 15-2 (tidligere § 56 A) ikke medfører at oppsigelsen automatisk anses som usaklig. I det konkrete tilfellet hadde imidlertid antall oppsigelser man hadde vurdert, og særlig utvelgelseskriteriene og forholdet til ansiennitetsprinsippet, vært så vesentlig at retten konkluderte med at bruddet på reglene om masseoppsigelse sannsynligvis hadde hatt *innvirkning på resultatet* for saksøker. Oppsigelsen måtte derfor erklæres usaklig. Saksøker hadde med hjemmel i § 15-12 første ledd første punktum (tidligere § 62) nedlagt påstand om at oppsigelsen ble kjent ugyldig, slik at han kunne fortsette i stillingen. Arbeidsgiver anførte på sin side at saksøker måtte fratrukke stillingen etter unntaksregelen i aml. § 15-12 første ledd andre punktum, fordi det var

²⁸⁰ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 13.

²⁸¹ Ibid., s. 12, Evju 2005 s. 269.

²⁸² Evju 2005 s. 269, Fougner m.fl. 2011 s. 87.

«åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet skulle fortsette. Lagmannsretten kunne ikke se at kommunen hadde sannsynliggjort en slik urimelighet. Dermed måtte hovedregelen om at arbeidsforholdet fortsette skal etter usaklig oppsigelse, komme til anvendelse. Retten avsa etter dette dom for at oppsigelsen var ugyldig.

Etter aml. § 15-12 andre ledd kan arbeidstaker også kreve erstatning ved usaklig oppsigelse. Erstatningen kan dekke både økonomisk tap og ikke-økonomisk kompensasjon. Erstatning kan kreves uten at det samtidig kreves dom for at oppsigelsen er ugyldig. Dette vil være aktuelt der arbeidstaker ikke ønsker å fortsette i sin stilling. I den nevnte dommen i Frostating lagmannsrett av 12. mai 2004 hadde saksøker ikke hatt noe økonomisk tap, og det var heller ikke påregnelig med noe slikt tap ettersom han fikk fortsette i sin stilling. Han ble imidlertid tilkjent erstatning for ikke-økonomisk tap etter aml. § 15-2 annet ledd (tidligere § 62 annet ledd) på grunn av den dårlige behandlingen han hadde vært utsatt for i forbindelse med oppsigelsen.

b. Virksomhetsoverdragelse

Oppsigelse i forbindelse med virksomhetsoverdragelse er uttrykkelig regulert i direktivets art. 4, jf. aml. § 16-4 første ledd. Bestemmelsene fastslår at en virksomhetsoverdragelse *i seg selv* ikke er grunn til oppsigelse. I motsetning til det som gjelder ved masseoppsigelse, er det altså ikke nødvendig å vurdere hvorvidt brudd på reglene utgjør saksbehandlingsfeil som har hatt innvirkning på beslutningen om oppsigelsen, som medfører at oppsigelsen må erklæres ugyldig. Dette er naturlig idet reglene om masseoppsigelse ikke forbyr oppsigelse *i seg selv*, men krever at visse prosedyrer overholdes, mens reglene om virksomhetsoverdragelse derimot skal sikre at arbeidsforholdene fortsetter etter overdragelsen.

Bestemmelsene i direktivets art. 4 nr. 1, jf. aml. § 16-4 første ledd, innebærer at dersom en arbeidsgiver anfører overdragelse av virksomhet som eneste grunnlag for en oppsigelse, eller retten finner at overdragelse er den eneste grunnen til oppsigelse, vil oppsigelsen være usaklig, og derfor måtte kjennes ugyldig.²⁸³ Det er bare oppsigelser som kunne vært gitt uten at det var tale om noen overdragelse som ikke kolliderer med

²⁸³ NOU 2004: 5 s. 357.

bestemmelsene. I dette ligger at det ved vurderingen av om den nye arbeidsgiveren kan gå til oppsigelse etter overføringen, ikke kan tas utgangspunkt i om tidligere arbeidsgiver hadde grunnlag for oppsigelser begrunnet i for eksempel økonomiske forhold. Det er forholdene hos den nye innehaveren som da skal vurderes.²⁸⁴

I direktivets art. 4 nr. 2, jf. aml. § 16-4 andre ledd er det fastslått at dersom arbeidsgiverskiftet medfører vesentlige endringer av arbeidsforholdet til skade for arbeidstaker, skal dette anses som et *opphør* av arbeidsforholdet, og det er da den nye arbeidsgiveren som er ansvarlig for dette opphøret.²⁸⁵

Både ved oppsigelser i strid med § 16-4 første ledd og ved opphør av arbeidsforhold etter § 16-4 andre ledd vil §§ 15-11 og 15-12 om rett til å fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår, rett til å få oppsigelsen kjent ugyldig og rett til erstatning komme til anvendelse, jf. § 16-4 tredje ledd. Rettsvirkningene av oppsigelser i strid med § 16-4 første ledd, eller opphør av arbeidsforhold i strid med § 16-4 andre ledd, er altså de samme som ved usaklig oppsigelse på grunn av manglende overholdelse av reglene om masseoppsigelse. På ett område er arbeidstakerne sterkere stilt etter reglene om virksomhetsoverdragelse enn etter reglene om masseoppsigelse: § 16-4 tredje ledd første punktum fastslår at § 15-12 første ledd andre punktum ikke skal komme til anvendelse. Dette innebærer at ved oppsigelser i strid med § 16-4 vil arbeidsgiver ikke ha mulighet til å anføre at arbeidsforholdet likevel skal opphøre fordi det vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter. Arbeidstaker vil derfor ha en ubetinget rett til å forbli i stillingen dersom oppsigelsen er ugyldig etter § 16-4.

c. Informasjon og konsultasjon

Reglene om informasjon og konsultasjon i aml. kap. 8 skiller seg fra reglene om masseoppsigelse og virksomhetsoverdragelse ved at de ikke retter seg mot noen spesiell situasjon, men skal sikre arbeidstakerne en generell rett til informasjon og drøftelser. Reglene retter seg derfor ikke spesielt mot oppsigelsessituasjonen, slik reglene om masseoppsigelse gjør, og de skal heller ikke forhindre oppsigelse av gitte årsaker, slik

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid.

reglene om virksomhetsoverdragelse skal. Det kan kanskje tenkes at en arbeidstaker som blir sagt opp, vil påberope seg at oppsigelsen er usaklig fordi reglene i kap. 8 ikke har blitt fulgt. Utgangspunktet må her være det samme som for masseoppsigelse, nemlig at dersom manglende overholdelse av reglene i kap. 8 har hatt innvirkning på resultatet om oppsigelse, kan den måtte erklæres usaklig. I så fall vil bestemmelsene i §§ 15-11 og 15-12 komme til anvendelse på samme måte, jf. § 15-7.

4.2.3 Ugyldighet som sanksjon?

I forrige avsnitt viste jeg hvordan brudd på informasjons- og drøftelsesplikten etter § 15-2 og kap. 8 etter omstendighetene kan medføre at visse oppsigelser må kjennes usaklige, og at dette kan utløse rett til å fortsette i stillingen mens tvisten pågår, krav på erstatning og at oppsigelsen må kjennes ugyldig. Reglene om virksomhetsoverdragelse fastsetter videre hvilke oppsigelser som *skal* kjennes usaklige, og de samme rettsvirkninger vil da komme til anvendelse.

Spørsmålet i dette avsnittet er om det også gjelder en mer generell ugyldighetssanksjon for beslutninger tatt i strid med direktivenes regler om informasjon og drøftelser. Ved revisjonen av masseoppsigelsesdirektivet i 1992 fremmet Kommisjonen forslag om en egen ugyldighetsbestemmelse (se avsnitt 2.8.2). Etter denne ville brudd på informasjons- og drøftelsesplikten kunne medført at oppsigelsene var ugyldige, uten at man måtte gå veien om usaklighet først. Forslaget nådde imidlertid ikke frem, og det ble ikke tatt opp igjen ved konsolideringen i 1998.

En avgjørelse av EU-domstolen i 2003 kan imidlertid tyde på at det ikke kan utelukkes at brudd på masseoppsigelsesdirektivets bestemmelser kan ha som virkning at beslutninger om oppsigelser må kjennes ugyldige. Dommen gjelder kun masseoppsigelsesdirektivet, men resultatet vil også kunne ha betydning for direktivene om virksomhetsoverdragelse og informasjon og konsultasjon. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

I *Junk-saken*²⁸⁶ var det spørsmål om forståelsen av masseoppsigelsesdirektivet art. 2, 3 og 4. Virksomheten, AWO Gemeinnützige Pflegegesellschaft Südwest mbH (AWO), ble tatt under konkursbehandling 1. mai 2002. AWO hadde da 430 ansatte. I slutten av august var det igjen 172 ansatte. Bobestyreren og AWOs samarbeidsutvalg (bedriftsråd) ble enige om at AWOs virksomhet skulle innstilles, og om en sosialplan. Bobestyreren varslet så, 19. juni, at han hadde til hensikt å gå til oppsigelse av alle løpende arbeidsforhold med den tre måneders oppsigelsesfristen som gjelder i tysk rett ved konkursbehandling. Samarbeidsutvalgets formann svarte ved brev av 26. juni at det også var i utvalgets interesse å få avsluttet saken så raskt som mulig. Irmtraud Junk og de andre ansatte ble deretter sagt opp ved brev av 27. juni. Junk gikk til søksmål med påstand om at oppsigelsen var ugyldig. Hun anførte at arbeidsgiveren (her bobestyreren) ikke hadde oppfylt plikten til drøftelser med samarbeidsutvalget etter tysk rett på korrekt måte, og at heller ikke reglene om informasjon og underretning etter tysk rett var riktig fulgt.

Saken ble forelagt EU-domstolen, som måtte ta stilling til to spørsmål. For det første om direktivets regel om oppsigelse skulle forstås som avgivelsen av en oppsigelse eller som tidspunktet for utløpet av oppsigelsesfristen. For det andre: Dersom meddelelsen av oppsigelsen var den riktige forståelsen, krevdes det da at prosedyrene etter direktivets art. 2, 3 og 4 var avsluttet før slik meddelelse kunne gis? Spørsmålsstillingen hadde en spesiell forankring i tysk rett. Der sondres det mellom «Kündigung» og «Entlassung». Den første termen betegner *meddelelsen* om at arbeidsforholdet skal opphøre, altså arbeidsgivers viljeserklæring om å ville si opp ansettelsesforholdet, mens den andre betegner det *faktiske opphørstidspunkt*, som normalt vil være utløpet av oppsigelsesfristen.²⁸⁷ Det var det siste begrepet som var brukt i bestemmelsene om gjennomføring av direktivet. Den rådende oppfatningen i tysk rett var at prosedyrereglene for masseoppsigelse knyttet seg til det siste av disse tidspunktene, nemlig det faktiske opphøret av ansettelsesforholdet.²⁸⁸ Spørsmålet var om dette var en korrekt gjennomføring av direktivet.

²⁸⁶ Sak C-188/03 *Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel* [Tyskland], [2005] EFD I-885.

²⁸⁷ Evju 2005 s. 265.

²⁸⁸ Ibid.

Dette besvarte EU-domstolen med nei. Domstolen bygget både på konteksten, formålet og samtlige språkversjoner.²⁸⁹ Den viste til at art. 2 nr. 2 pålegger arbeidsgiver en forpliktelse til «i god tid» å innlede drøftelser med arbeidstakernes representanter, idet han «overveier» å foreta masseoppsigelse. I art. 3 nr. 1 heter det videre at arbeidsgiver skal gi vedkommende offentlige myndighet meddelelse om «planlagte masseoppsigelser», jf. også art. 4 nr. 1. Disse formuleringene, fremholdt domstolen, svarer til et tidspunkt hvor det ennå ikke er truffet noen avgjørelse. Arbeidsgivers forpliktelse til å innlede drøftelser med arbeidstakernes representanter og gi beskjed til den aktuelle offentlige myndighet oppstår derfor *før* det treffes en endelig beslutning om oppsigelser. Denne tolkningen ble også understøttet av direktivets formål om å unngå eller redusere antall masseoppsigelser.

Domstolens svar på det første spørsmålet var altså at direktivets art. 2-4 skal forstås slik at med «oppsigelse» menes *meddelelsen* om oppsigelse, altså «arbeidsgiverens viljeserklæring om at ville opsiges ansættelseskontrakten».²⁹⁰

Det andre spørsmålet var hvorvidt arbeidsgiver har adgang til å foreta masseoppsigelse *før* prosedyrene om drøftelser og meddelelse var avsluttet. Etter svaret på det første spørsmålet var det klart at prosedyrene om informasjon og drøftelser (art. 2) måtte være igangsatt og meddelelse til vedkommende offentlig myndighet gitt (art. 3 og 4), før oppsigelsene ble gitt. Spørsmålet om disse prosedyrene også måtte være *avsluttet før* oppsigelser kan gis, ble behandlet ut fra hvert enkelt rettslige grunnlag – hver artikkel – for seg.

Domstolen tok først stilling til informasjons- og drøftelsesplikten etter art. 2. Det ble understreket at formålet med denne plikten var å «komme frem til en avtale» for å unngå masseoppsigelse, eventuelt « redusere antall » oppsigelser og «lette følgene» av disse, jf. art. 2 nr. 1 og 2. Domstolen anså at art. 2 dermed påla en «forhandlingsplikt»,²⁹¹ og at den effektive virkningen av denne ville settes i fare dersom

²⁸⁹ Sak C-188/03 *Junk*, avsnitt 33.

²⁹⁰ *Ibid*, avsnitt 39.

²⁹¹ *Ibid*, avsnitt 43.

arbeidsgiver kunne gi oppsigelser allerede når prosedyren var igangsatt eller under dens løp. Domstolen konkluderte altså med at oppsigelse først kunne gis når informasjons- og drøftelsesprosedyren etter art. 2 er *avsluttet*, med andre ord etter at arbeidsgiver hadde oppfylt alle sine forpliktelser etter denne bestemmelsen.²⁹²

Domstolen tok deretter stilling til prosedyren om meddelelse til vedkommende offentlige myndighet etter art. 3 og 4. Det ble særlig vist til art. 4 nr. 1 om at «[p]lanlagte masseoppsigelser som vedkommende offentlige myndighet har fått melding om, skal få virkning tidligst 30 dager etter» at melding er gitt, «med forbehold for bestemmelser som individuelle rettigheter med hensyn til oppsigelsesfrist». Domstolen fremholdt at en slik bestemmelse som fastsetter virkningstidspunktet for oppsigelsen, altså utløpstiden for opphørsvarselet, ville vært uten mening med mindre en frist hadde begynt å løpe. Konklusjonen ble dermed at oppsigelser kan avgis med rettslig virkning (at fristen begynner å løpe) før den prosedyren som følger av at underretning til arbeidsmarkedsmyndighetene er gitt, er avsluttet.²⁹³ Dette gjelder likevel kun på betingelse av at vedkommende offentlige myndighet *har fått* melding om de planlagte masseoppsigelsene.²⁹⁴

Dommens konklusjoner og implikasjoner har blitt behandlet av Evju.²⁹⁵ Han fremhever poenget som ligger i antitesen: Arbeidsgiveren *har ikke* rett til å gi oppsigelser før disse forpliktelsene er oppfylt i samsvar med de krav direktivet stiller.²⁹⁶ Evju argumenterer for at avgjørelsen langt på vei etablerer en løsning hvor oppsigelser i strid med direktivet kan måtte kjennes ugyldige. Dette er nettopp den sanksjonen Kommisjonen ønsket å innføre i direktivet i 1992, men som ikke nådde frem. En slik ugyldighetssanksjon åpner også for et nytt perspektiv på aml. § 15-2.²⁹⁷ I forarbeidene

²⁹² Ibid, avsnitt 45.

²⁹³ Ibid, avsnitt 52.

²⁹⁴ Ibid, avsnitt 53.

²⁹⁵ Evju 2005.

²⁹⁶ Ibid., s. 268.

²⁹⁷ Ibid., 268-269.

til tidligere § 56 A (forgjengeren til § 15-2), legges det til grunn at overtredelse av paragrafens bestemmelser *ikke* ville medføre at oppsigelsene ble ugyldige.²⁹⁸ Evju mener imidlertid at etter resultatet i *Junk* må dette utgangspunktet modifieres, dersom lovens bestemmelser tolkes i harmoni med direktivet. Etter *Junk* er det klart at drøftelsene med arbeidstakernes tillitsvalgte må være gjennomført på riktig måte og avsluttet før eventuelle oppsigelser kan meddeles. EU-domstolen uttalte ikke at en oppsigelse som er gitt før prosedyrene er innledet, eller før informasjons- og drøftelsesprosedyren er avsluttet, nødvendigvis er ugyldig, slik at den skal anses som ikke avgitt. Domstolen uttalte seg på en mer forsiktig måte, og fastslo bare hva som var nødvendige betingelser for at arbeidsgiver *kan* gi oppsigelser. Denne formuleringen kan henge sammen med at ikke alle medlemsstatene har sanksjonen ugyldighet for urettmessige oppsigelser. Avgjørelsen kan likevel tolkes slik at den som et minimum må medføre at dersom oppsigelser er meddelt før prosedyrekravene er oppfylt, må det inntre en *suspensiv effekt* slik at den fristutløsende virkning av oppsigelsesmeddelelsen utsettes.²⁹⁹ Samlet sett gir dette et bredere grunnlag for argumentasjon i masseoppsigelsestilfellene, med implikasjoner for mulige tvister om eventuelle oppsigelser, også i forhold til spørsmål om rett til å fortsette i stillingen under behandling av en tvist.³⁰⁰ Når arbeidsgiver foretar masseoppsigelse, vil han eller hun som regel få medhold i at arbeidstaker må fratrukke stillingen. I slike situasjoner vil arbeidstaker ikke så lett kunne påberope seg usaklig oppsigelse, og vil derfor ikke nå frem med bestemmelsen i § 15-11 første ledd om rett til å fortsette i stillingen. Men *Junk*-dommen innebærer at arbeidstaker i tilfeller av masseoppsigelse kan påberope seg brudd på informasjons- og drøftelsesplikten i § 15-2 som grunnlag for å få bli i stillingen. Fordi det inntreer en suspensiv effekt inntil informasjons- og drøftelsesplikten er oppfylt, vil arbeidstakerne ha rett til å fortsette i stillingen så lenge denne plikten ikke er korrekt oppfylt. Dette innebærer et sterkere vern for arbeidstakerne og vil samtidig medvirke til at arbeidsgiveren er nøye med å etterleve sine forpliktelser.

²⁹⁸ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s.12.

²⁹⁹ Evju 2005 s. 271.

³⁰⁰ Ibid.

Junk kan også ha betydning for bestemmelsene om informasjon og drøftelser i aml. kap. 16 om virksomhetsoverdragelser og for aml. kap. 8 om informasjon og drøfting. Også i forhold til disse bestemmelsene er det nærliggende å legge til grunn at arbeidsgiver må ha oppfylt sine informasjonsforpliktelser, og avsluttet sine drøftelsesforpliktelser, før beslutninger rettsgyldig kan treffes. Dette vil legge en ny dimensjon til medbestemmelsesreglene i det hele.³⁰¹

4.2.4 Rett til midlertidig forføyning?

I forrige avsnitt har jeg redegjort for at EU-domstolens avgjørelse i *Junk*-saken *kan* tilsi at beslutninger som er foretatt før prosedyrene om informasjon og drøftelser er korrekt gjennomført, kanskje kan måtte kjennes ugyldige, og at det i hvert fall må inntre en suspensiv effekt slik at det for oppsigelsenes del ikke begynner å løpe noen frist løpe før informasjons- og drøftelsesplikten er oppfylt. I forlengelse av dette vil jeg her drøfte hvorvidt arbeidstakere må ha mulighet til å gå til domstolene med begjæring om midlertidig forføyning, slik at beslutninger ikke kan tas så lenge informasjons- og drøftelsesplikten ikke er oppfylt.

Kommisjonens opprinnelige forslag til direktivet om informasjon og konsultasjon inneholdt en bestemmelse som påla medlemsstatene å sørge for en særskilt sanksjon ved grove brudd på informasjons- og drøftelsesplikten fra arbeidsgivers side (se avsnitt 2.8.2.)³⁰² Sanksjonen gikk ut på at arbeidsgivers beslutning i visse situasjoner ikke fikk rettslige konsekvenser før han eller hun hadde oppfylt sin informasjons- og drøftelsesplikt, eller, dersom det ikke lenger var mulig, betalt en passende erstatning. Denne bestemmelsen ble imidlertid ikke tatt med i det endelige direktivet.

Det gjelder likevel en generell forpliktelse for medlemsstatene til å gi rett til midlertidig forføyning for å sikre beskyttelse av EU-retten. EU-domstolen har fastslått at midlertidig forføyning må kunne gis der dette er nødvendig for å sikre full effekt av

³⁰¹ Evju 2005 s. 273.

³⁰² COM(98) 612 final, O.J. C No. 2, s. 3 (5. januar 1999), art. 7 nr. 3.

borgernes rettigheter etter EU-retten (se avsnitt 2.7.1).³⁰³ Dette må gjelde like fullt der gyldigheten av en EU-bestemmelse eller nasjonal bestemmelse bestrides, som der direktivbestemmelsene er korrekt gjennomført, men det er tvil om hvorvidt disse bestemmelsene får anvendelse i en konkret sak. I alle tilfeller er tvisten basert på EU-rett.³⁰⁴ Etter dette kan det hevdes at det etter norsk rett må være mulig å få en midlertidig forføyning for å sikre at arbeidstakernes rett til informasjon og drøftelser etter direktivene ivaretas, for at den norske gjennomføringen av direktivene skal være i samsvar med EU-rettens krav til effektiv håndhevelse. Formålet med reglene om informasjon og drøftelser er at arbeidstakerne skal ha en mulighet til å påvirke beslutninger som angår dem. For å oppnå dette er det nettopp viktig at informasjonen gis og drøftelsene gjennomføres *før* endelig beslutning tas. I hvilken grad midlertidig forføyning kan oppnås, vil imidlertid i stor grad avhenge av de sanksjonene som er tilgjengelige for brudd på informasjons- og drøftelsesplikten, altså hva som vil bli de endelige følgene av at det konstateres brudd på informasjons- og drøftelsesplikten.³⁰⁵ I de medlemsstatene hvor overtredelse av informasjons- og drøftelsesplikten fører til at påfølgende beslutninger er ugyldige, er midlertidig forføyning et effektivt rettsmiddel for å sikre at informasjons- og drøftelsesplikten overholdes. I slike tilfeller vil det være stor grunn til å innvilge midlertidig forføyning, ettersom en avklaring av informasjons- og drøftelsesplikten vil være avgjørende for gyldigheten av beslutningen. I de medlemsstatene hvor manglende overholdelse av informasjons- og drøftelsesplikten derimot bare kan sanksjoneres med erstatning, vil det ikke alltid være noe å oppnå ved at det innvilges midlertidig forføyning. I disse tilfellene er jo beslutningen om masseoppsigelse/virksomhetsoverdragelse eller annet like gyldig uansett om informasjons- og drøftelsesplikten er overholdt eller ei. Når det kun er et pengekrav som kan gjøres gjeldende ved brudd på informasjons- og drøftelsesplikten, vil grunnene for midlertidig forføyning ikke så lett foreligge.

³⁰³ Se f.eks. sak C-213/89 *Factortame*, forente saker C-143/88 og C-92/89 *Zuckerfabrik*, sak C-465/93 *Atlanta* og sak C-432/05 *Unibet*.

³⁰⁴ Peijpe 2003 s. 178.

³⁰⁵ *Ibid.*, s. 179.

I Norge er situasjonen slik som jeg har redegjort for i to de foregående avsnitt. Brudd på informasjons- og drøftelsesplikten vil etter omstendighetene kunne innebære saksbehandlingsfeil som har innvirket på resultatet, slik at beslutningen må erklæres usaklig, og derfor kan kjennes ugyldig. Det gjelder imidlertid ingen generell ugyldighetssanksjon ved overtredelse av informasjons- og drøftelsesplikten, selv om *Junk* må tolkes slik at arbeidsgiver i hvert fall er avskåret fra å sette i verk endelig beslutning før informasjons- og drøftelsesplikten er overholdt. Utgangspunktet er imidlertid at beslutninger om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse eller annet ikke er ugyldige selv om det foreligger brudd på informasjons- og drøftelsesplikten.

Ettersom EU-domstolens praksis krever at midlertidig forføyning må kunne oppnås der det er nødvendig for å beskytte EU-rettigheter, og *Junk*-dommen fastsetter at informasjons- og drøftelsesplikten må være oppfylt før beslutninger kan tas, kan det ikke være noen tvil om medlemsstatene er forpliktet til å sørge for at midlertidig forføyning kan gis til beskyttelse av informasjons- og drøftelsesretten.

Arbeidsmiljøloven gir imidlertid ingen anvisning på utsatt iverksettelse av beslutninger om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse eller andre beslutninger som omfattes av § 8-2 ved brudd på informasjons- og drøftelsesplikten. Paragraf 17-1 første ledd fastslår likevel at tvisteloven (tvl.)³⁰⁶ får anvendelse på søksmål om rettigheter og plikter etter arbeidsmiljøloven. Etter tvl. § 31-1 tredje ledd kan den som har et krav som går ut på annet enn betaling av penger, begjære midlertidig forføyning etter bestemmelsene i §§ 34-1 - 34-7. Denne bestemmelsen må således kunne komme til anvendelse i tvister om informasjons- og drøftelsesplikten i aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16. Konklusjonen er altså at det eksisterer en rett for arbeidstakerne til å få innvilget midlertidig forføyning slik at arbeidsgivers beslutninger ikke får rettslige virkninger før informasjons- og drøftelsesplikten er oppfylt. De nærmere vilkårene for midlertidig forføyning følger av tvistelovens alminnelige regler om dette.

³⁰⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

4.2.5 Rett til erstatning?

I avsnitt 4.2.2 har jeg redegjort for at arbeidstaker vil ha rett til erstatning der det foreligger usaklig oppsigelse, jf. § 15-12 andre ledd. Dersom det *ikke* dreier seg om oppsigelser, kommer disse bestemmelsene derimot ikke til anvendelse.

Arbeidsmiljøloven har ingen bestemmelser som gir rett til erstatning eller annen kompensasjon til arbeidstakere som ikke har fått oppfylt sine rettigheter til informasjon og drøftelser. De alminnelige reglene om arbeidsgivers erstatningsansvar etter skadeerstatningsloven³⁰⁷ § 2-1 vil heller ikke være særlig praktiske i slike situasjoner. Bestemmelsen pålegger arbeidsgiver erstatningsansvar for skade voldt av arbeidstakere under utføring av arbeid for arbeidsgiver. Den sier ikke noe om arbeidsgivers ansvar for å oppfylle sine forpliktelser etter arbeidsmiljøloven. Med mindre arbeidstaker kan påvise et økonomisk tap som kan kreves erstattet etter alminnelige erstatningsrettslige regler, vil han eller hun i utgangspunktet ikke ha noen mulighet til å kreve erstatning for arbeidsgivers brudd på informasjons- og drøftelsesplikten.

4.2.6 Oppsummering og konklusjon

I dette avsnittet vil jeg vurdere hvorvidt rettsvirkningene ved brudd på aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16 er i samsvar med ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.

Ekvivalensprinsippet innebærer at reglene som kommer til anvendelse på søksmål basert på EU-retten ikke kan være *mindre gunstige* enn de reglene som kommer til anvendelse på tilsvarende søksmål med grunnlag i nasjonal rett (se avsnitt 2.4). Når det gjelder reglene om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse og informasjon og konsultasjon synes det ikke å foreligge andre sammenlignbare *lovregler* med grunnlag i nasjonal rett. Og selv om det hadde eksistert andre sammenlignbare lovbestemmelser, ville det vært vanskelig å konkludere med at det foreligger brudd på ekvivalensprinsippet ettersom det er arbeidsmiljølovens generelle regler om rettsvirkninger som kommer til anvendelse på reglene i kap. 8, § 15-2 og kap. 16. Disse reglene gjelder generelt for overtredelse av arbeidsmiljølovens bestemmelser, og gjør

³⁰⁷ Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning (skadeerstatningsloven).

derfor ikke noen forskjell på hvorvidt bestemmelsene har opphav i nasjonal rett eller i EU-retten.

Sammenlignbare regler om informasjon og drøftelser finnes imidlertid i tariffavtaler. Tariffbundne arbeidsgivere har derfor en avtalebasert informasjons- og drøftelsesplikt i tillegg til den plikten som følger av aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16. I Hovedavtalen mellom LO og NHO 2010-2013 gir §§ 9-3 til 9-6 bestemmelser om informasjons- og drøftelsesplikt. Rettsvirkninger av brudd på plikten er regulert i avtalens § 9-19. Der er det blant annet fastsatt at tvister om hvorvidt det foreligger grove brudd på informasjons- og drøftelsesplikten, kan bringes inn til Sanksjonsnemnda. Nemnden avgjør med endelig virkning hvorvidt det foreligger brudd på informasjons- og drøftelsesplikten og hvilke sanksjoner som skal ilegges. Nemnden har myndighet til å ilegge bot på inntil 300 000 kroner. Dette er ikke en bot i strafferettslig forstand.³⁰⁸ Det kan derfor kanskje tenkes at det lettere vil kunne ilegges bot etter Hovedavtalens § 9-19 enn etter aml. § 19-1 som gjelder straffansvar. Videre er det i Hovedavtalens § 9-19 uttrykkelig nevnt at bot ikke utelukker at det kreves ordinær erstatning. Sanksjonene etter Hovedavtalen vil muligens være gunstigere enn det som følger av arbeidsmiljøloven. Ekvivalensprinsippet krever imidlertid ikke at medlemsstatene utvider de gunstigste nasjonale prosessreglene til alle EU-rettslige søksmål.³⁰⁹ Så lenge de sanksjonsreglene som kommer til anvendelse ved brudd på reglene i aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16, gjelder uavhengig av om bruddet er forankret i nasjonal rett eller EU-rett, er ekvivalensprinsippet oppfylt. De norske reglene om rettsvirkninger for brudd på reglene om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse og informasjon og konsultasjon er således i samsvar med ekvivalensprinsippet.

Når det gjelder overholdelsen av *effektivitetsprinsippet*, blir vurderingen mer sammensatt. Kjernen i dette prinsippet når det gjelder regler om rettsvirkninger, er at reglene må være effektive, avskrekkende og proporsjonale (se avsnitt 2.5). I forhold til de norske reglene om rettsvirkninger ved overtredelse av aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16, synes effektiviteten å avhenge av hvilken situasjon som foreligger. Dersom det

³⁰⁸ Ertzaas 2004 s. 197.

³⁰⁹ Sak C-231/96 *Edis*.

foreligger en oppsigelse i strid med reglene i kap. 8, § 15-2 eller kap. 16, vil arbeidstaker kunne påberope seg at oppsigelsen er usaklig. Han eller hun vil da kunne få fortsette i stillingen mens tvisten pågår etter § 15-11 første ledd, og kreve dom for ugyldig oppsigelse eventuelt kombinert med rett til erstatning etter § 15-12. Dersom arbeidstaker sies opp bare på grunn av virksomhetsoverdragelse, vil dette være i strid med § 16-4 som da gir arbeidstaker automatisk rett til å få fortsette i stillingen, få dom for ugyldighet og erstatning etter §§ 15-11 og 15-12. Arbeidstaker trenger da ikke å påvise forhold som tilsier usaklig oppsigelse, bare at oppsigelsen alene skyldes virksomhetsoverdragelsen. Etter *Junk*-dommen vil arbeidstaker i tillegg kunne påberope seg brudd på informasjons- og drøftelsesplikten som grunnlag til å få fortsette i stillingen. I oppsigelsessituasjoner synes reglene om rettsvirkninger å oppfylle effektivitetsprinsippets krav. Det finnes regler som sikrer at en arbeidstaker som utsettes for ulovlig oppsigelse, både skal ha rett til å fortsette i stillingen så lenge tvist pågår, ha rett til å forbli i stillingen dersom han eller hun får medhold i innsigelsen mot oppsigelsen, og ha krav på erstatning. Dette synes å være de mulige måtene å rette opp en ulovlig beslutning om oppsigelse. Disse reglene må anses som både effektive og proporsjonale i forhold til overtredelsen. Arbeidstakers krav på erstatning må også kunne sies å ha avskrekkende virkning på arbeidsgiver. Vernet ville vært enda bedre dersom det også var en reell mulighet for at arbeidsgiver ville kunne blitt ilagt bot. Det er imidlertid viktig å understreke at reglene i kap. 8, § 15-2 og kap. 16 ikke forbyr oppsigelser. Arbeidsgiver er i sin fulle rett til å foreta oppsigelser så lenge han eller hun overholder reglene i kap. 8, § 15-2 og kap. 16.

Dersom det derimot ikke foreligger noen oppsigelse, men kun brudd på informasjons- og drøftelsesplikten, er vernet mye svakere. Som nevnt vil ikke straffansvar etter aml. § 19-1 være særlig aktuelt i slike situasjoner. Videre vil arbeidstaker heller ikke ha noen mulighet til å kreve erstatning. Den sterkeste beskyttelsen av informasjons- og drøftelsesretten synes å følge av *Junk*-dommen, som innebærer at arbeidsgivers beslutninger ikke kan få virkning før informasjons- og drøftelsesplikten er oppfylt. Arbeidstaker må imidlertid ha anledning til å kreve at beslutninger skal være uvirksomme så lenge informasjons- og drøftelsesplikten ikke er oppfylt. Det må derfor være mulig å oppnå midlertidig forføyning. Jeg har i avsnitt 4.2.4 argumentert for at tvistelovens alminnelige regler om midlertidig forføyning også må komme til

anvendelse for å sikre arbeidstakers informasjons- og drøftelsesrett. Ut over at beslutningens virkning kanskje utsettes, har det ingen konsekvenser for arbeidsgiver at han eller hun ikke overholder informasjons- og drøftelsesplikten. Arbeidsgiver vil ikke bli sanksjonert for ikke å ha overholdt sine forpliktelser. Dersom beslutningen går ut på oppsigelse og virkningen av denne utsettes, vil arbeidsgiver riktignok ha lønnsplikt i en lengre periode. Men overtredelsen av informasjons- og drøftelsesplikten i seg selv vil ikke sanksjoneres. I det hele synes arbeidstakernes rett til informasjon og drøftelser å være dårlig beskyttet i norsk rett. For å gjøre denne retten reell bør det etter min oppfatning innføres regler som uttrykkelig gir anvisning på utsatt iverksettelse av arbeidsgivers beslutning så lenge informasjons- og drøftelsesplikten ikke er oppfylt. Videre bør det innføres regler om krav på erstatning. Bare da vil kravene til effektivitet, avskrekkende virkning og proporsjonalitet være oppfylt.

4.3 Håndhevelsesorganene

I det følgende skal jeg behandle hvilke organer som sørger for håndhevelsen, og hvem som har klageadgang for disse organene. Klageorganene må være i samsvar med de kravene som stilles i direktivenes håndhevelsesbestemmelser (2.8.2). Organene må videre på en effektiv og betryggende måte kunne sikre at de tilgjengelige sanksjonene (4.2) faktisk inntreffer ved brudd på reglene i aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16.

4.3.1 Arbeidstilsynet

Ved implementeringen av masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om virksomhetsoverdragelse ble det ikke tatt uttrykkelig stilling til hvorvidt reglene skulle høre inn under Arbeidstilsynets tilsyns- og håndhevelsesmyndighet. Da direktivet om informasjons og konsultasjon ble implementert, uttalte Arbeidslivslovutvalget at departementet ved gjennomføringen av § 56A (nå § 15-2) om informasjon og drøftelser ved masseoppsigelse under tvil hadde antatt at reglene hadde offentligrettslig karakter og derfor kunne håndheves av Arbeidstilsynet. Det samme måtte antas å gjelde for § 73 E (nå § 16-5) om informasjon og drøftelser ved virksomhetsoverdragelse.³¹⁰ Det er

³¹⁰ NOU 2004: 5 s. 227.

imidlertid ikke lett å se hvilke uttalelser Arbeidslivslovutvalget viser til. Spørsmålet om Arbeidstilsynets kompetanse ble som sagt ikke behandlet i forarbeidene fra 1992. I § 18-6 første ledd er det gitt en oppregning over bestemmelser i arbeidsmiljøloven hvor Arbeidstilsynet har påleggskompetanse. I denne oppregningen er § 15-2 tatt med, men ikke §§ 16-5 og 16-6. Arbeidstilsynet har således bare påleggskompetanse i forhold til informasjons- og drøftelsesplikten ved masseoppsigelse. Kapittelet om virksomhetsoverdragelse er i sin helhet unntatt fra Arbeidstilsynets kompetanse til å gi pålegg og andre enkeltvedtak.

Spørsmålet om hvorvidt regler om informasjon og drøftelser burde gjøres til gjenstand for Arbeidstilsynets tilsyns- og håndhevelsesmyndighet, ble grundigere behandlet i forbindelse med implementeringen av direktiv 2002/14/EF om informasjon og konsultasjon. Arbeidslivslovutvalget viste til at Arbeidstilsynet aldri hadde fattet vedtak knyttet til § 56 A eller 73 E (om informasjons- og drøftelsesplikt i forbindelse med masseoppsigelse og virksomhetsoverdragelse),³¹¹ og det var derfor nærliggende å spørre seg hvorvidt Arbeidstilsynet var et egnet organ for å sikre ivaretagelsen av reglene om informasjon og drøftelser etter informasjons- og konsultasjonsdirektivet. Reglene om informasjon og drøftelser gjaldt de ytre rammevilkårene for arbeidsforholdene og ansettelsesavtalene og skilte seg derfor fra de konkrete arbeidsmiljøforhold og -risiki som var de spørsmål Arbeidstilsynet hadde erfaring med å håndtere.³¹²

Arbeidslivslovutvalget var også noe i tvil om hvorvidt en håndhevelse gjennom Arbeidstilsynet var tilstrekkelig for å oppfylle informasjons- og konsultasjonsdirektivets krav, fordi den enkelte arbeidstaker ikke ville ha rett til å få saken vurdert og behandlet. Arbeidstakeren kunne bringe spørsmålet inn for Arbeidstilsynet, men tilsynet ville ikke ha plikt til å forfølge saken.³¹³ Utvalget synes likevel å ha kommet frem til at direktivet om informasjon og konsultasjon ikke pålegger statene å innføre individuell klagerett for arbeidstakerne. Utvalget mente således at det ikke var avgjørende at reglene om informasjon og drøftelser skilte seg fra de arbeidsmiljøforhold Arbeidstilsynet hadde erfaring med å håndheve. Samtidig ble Arbeidstilsynets oppgave i forbindelse med

³¹¹ Ibid., s. 228.

³¹² Ibid.

³¹³ Ibid.

håndhevelse av reglene om informasjon og drøftelser nærmere presisert:

Bestemmelsene om informasjon og drøftelser gjelder *løpende* informasjon og drøftelser i virksomhetene, og i slike løpende saker vil det være spørsmål om å få *etablert en dialog*. I tråd med dette skal Arbeidstilsynets kun se til at dialogen er etablert og gjennomført i samsvar med lovens krav. Arbeidstilsynet skal ikke gå inn i de faktiske spørsmål som skal være tema for dialogen mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes representanter.³¹⁴

Spørsmålet om hvorvidt Arbeidstilsynet ville sikre en effektiv håndhevelse av informasjons- og konsultasjonsdirektivet, ble reelt sett ikke behandlet i departementet:

«Etter departementets oppfatning vil informasjons- og drøftingsprosedyrene i stor utstrekning bli regulert i tariffavtaler mellom partene. De foreslåtte bestemmelsene i §§ 8-1 følgende vil fungere som standardbestemmelser som kan danne et utgangspunkt og minstekrav for slike avtaler. Slike tariffavtaler om informasjon og drøfting vil som vanlig håndheves av partene gjennom forhandlinger, og ved søksmål til Arbeidsretten eller eventuelle tvisteløsningsorganer fastsatt i avtale.»³¹⁵

Utover dette ble det kun konstatert at Arbeidstilsynet vil «kunne føre tilsyn med at dialogen mellom partene er etablert i samsvar med reglene om informasjon og drøftelser».³¹⁶

Arbeidslivslovutvalgets konklusjon var altså at aml. §§ 8-1 flg., som gjennomfører direktivet om informasjon og konsultasjon, skal falle inn under Arbeidstilsynets kompetanse. Departementet kan sies å kort ha sluttet seg til dette. Lovens kap. 8 er dermed ikke unntatt fra Arbeidstilsynets myndighetsområde, jf. aml. § 18-6 første ledd. På bakgrunn av Arbeidslivslovutvalgets uttalelser må nok likevel bestemmelsene om Arbeidstilsynets myndighet tolkes med en viss reservasjon.³¹⁷ Utvalget la til grunn at

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 126.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ Evju 2010 s. 400.

Arbeidstilsynet kun skal se til at dialogen er etablert og gjennomføres i samsvar med lovens krav.³¹⁸ Tankegangen synes å være at Arbeidstilsynet skal ha myndighet til å føre tilsyn med *at* informasjon gis og drøftelser føres, men ikke til å føre kontroll med *om* den informasjonen som gis og de drøftelser som føres, fyller lovens minimumskrav til innhold. Arbeidstilsynet skal således heller ikke ha kompetanse til å sanksjonere brudd på slike innholdsmessige krav, det vil heller være gjenstand for etterfølgende domstolsprøvelse vedrørende lovligheten/gyldigheten av arbeidsgiverens beslutninger.³¹⁹ I forhold til hvorvidt dialogen er etablert, vil imidlertid Arbeidstilsynet ha alminnelig kompetanse til å gi pålegg og eventuelt fastsette tvangsmulkt, jf. §§ 18-6 og 18-7.

Denne begrensede kompetansen for Arbeidstilsynet til å føre tilsyn med og sanksjonere brudd på §§ 8-1 flg. må også antas å gjelde ved masseoppsigelse. De samme hensyn gjør seg gjeldende i forhold til disse reglene, og det er ingen grunn til at Arbeidstilsynet skal ha videre kompetanse ved håndhevelsen av informasjons- og drøftelsesplikt ved masseoppsigelse, enn ved informasjons- og drøftelsesplikt generelt. Når det gjelder reglene om virksomhetsoverdragelse, vil Arbeidstilsynet ha kompetanse til å føre tilsyn med hvorvidt informasjon er gitt og dialog etablert i samsvar med §§ 16-5 og 16-6, jf. § 18-1 første ledd. Arbeidstilsynet vil imidlertid ikke ha noen myndighet til å gi pålegg eller fastsette tvangsmulkt dersom det viser seg at informasjons- og drøftelsesplikten ikke er oppfylt.

4.3.2 Bedriftsdemokratinemnda

På et begrenset felt etter reglene i aml. kap. 8 er Bedriftsdemokratinemnda gitt rollen som tvisteløsningsorgan. Bakgrunnen for dette er direktivets art. 6 nr. 3 som krever at medlemsstatene fastsetter forvaltningsmessige eller rettslige fremgangsmåter ved klage for de tilfeller der arbeidsgiver krever *taushetsplikt* eller *ikke gir opplysninger* etter bestemmelsene i art. 6 nr. 1 og 2. Kravet må forstås slik at det kreves at det fastsettes fremgangsmåter som de tillitsvalgte kan anvende i pågående prosesser i en virksomhet

³¹⁸ NOU 2004: 5 s. 228.

³¹⁹ Evju 2010 s. 400.

for å få informasjon eller for å kunne formidle informasjon videre. De tillitsvalgte må ha tilgang til et organ som kan behandle saken relativt raskt og effektivt. Departementet anså en nemnd som å være best egnet som tvisteløsningsorgan i slike tilfeller, og det ble derfor bestemt at tvister om arbeidsgivers pålegg om taushetsplikt eller tilbakeholdelse av fortrolige opplysninger skulle avgjøres av Bedriftsdemokratinemnda, jf. aml. § 8-3 tredje ledd.³²⁰

I forarbeidene er det presisert at Bedriftsdemokratinemnda skal kunne avgjøre lovligheten av beslutninger om taushetsplikt eller tilbakeholdelse av opplysninger, det vil si hvorvidt arbeidsgiver oppfyller lovens vilkår for å pålegge taushetsplikt eller holde tilbake opplysninger. Nemndas kompetanse er begrenset til tvister som oppstår *før* de opplysningene det er tale om, «er blitt offentlig kjent», jf. § 8-3 siste ledd andre punktum. Meningen er at partene skal kunne gå til nemnda i en *pågående* prosess for å få ut informasjon eller for å kunne gi informasjon videre. Nemnda har derimot ikke kompetanse til å avgjøre *etterfølgende* tvister om hvorvidt informasjonen skulle vært gitt i et visst tilfelle eller at taushetsplikt ikke var lovlig. I disse sakene vil partene være henvist til de alminnelige domstoler.³²¹

Bestemmelsen i § 8-3 siste ledd første punktum fastslår at det er virksomhetens «tillitsvalgte» eller «en femdel av arbeidstakerne» som har rett til å bringe saken inn for Bedriftsdemokratinemnda. Den enkelte arbeidstaker har altså ikke klagerett. Det er imidlertid uklart hvorfor man har valgt akkurat denne løsningen. Etersom departementet har lagt til grunn at arbeidstakernes rett til informasjon og drøftelser skal utøves gjennom deres representanter,³²² kunne man anta at det ville vært tilstrekkelig at disse hadde rett til å bringe en sak inn for Bedriftsdemokratinemnda. Hvorfor man også har valgt å gi klagerett til en gruppe av arbeidstakere er ikke gitt noen nærmere begrunnelse i forarbeidene, og valget av akkurat en femdel kan virke noe vilkårlig.³²³

³²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 126.

³²¹ Ibid., s. 126 og 313-314.

³²² Ibid., s. 312.

³²³ Evju 2010 s. 411.

Saker som etter § 8-3 tredje ledd tilligger Bedriftsdemokratinemnda, vil ikke kunne bringes inn for domstolene før vedtak i nemnda foreligger.³²⁴ Avgjørelser av nemnda kan bringes inn for de alminnelige domstoler til overprøvelse, men domstolene har da begrenset prøvelsesmyndighet i samsvar med alminnelige prosess- og forvaltningsrettslige normer.³²⁵ Domstolene kan prøve saksbehandlingen, det faktiske grunnlag og rettsanvendelsen, men ikke «hensiktsmessighetskjønn» annet enn med hensyn til «myndighetsmisbruk».³²⁶ En annen sak er hvem som har søksmålsrett for domstolene i saker om avgjørelser av Bedriftsdemokratinemnda. Skal søksmålsretten for domstolene være avgrenset på samme måte som klageretten for nemnda? Svaret her må i utgangspunktet være nei. Uten andre holdepunkter må de alminnelige sivilprosessuelle regler om søksmålsrett og rettslig interesse ha anvendelse, og det vil da bero på en nærmere vurdering hvordan grensene skal trekkes.³²⁷

Da departementet foreslo en særordning for håndhevelse av § 8-3 i Bedriftsdemokratinemnda, ble forholdet til Arbeidstilsynet ikke berørt. Lovens § 8-3 er ikke unntatt fra Arbeidstilsynets kompetanse, og bestemmelsene vil derfor være gjenstand for et *dobbelt* håndhevelsesregime.³²⁸

4.3.3 Domstolene

Individualrettslige tvister hører under de alminnelige domstoler, og der tilligger søksmålsretten *den enkelte*. I individualrettslige tvister er den enkeltes søksmålsrett i prinsippet uavhengig av organisasjonens stilling og hvilke skritt den tar.³²⁹ En individualrettslig tvist vil typisk være tvist om oppsigelse. Arbeidstakere kan ønske å påberope seg manglende overholdelse av reglene om informasjon og drøftelser som grunnlag for usaklig oppsigelse. *Junk*-avgjørelsen viser at selv om informasjon og

³²⁴ Ibid., s. 408.

³²⁵ Ot.prp. nr. 55 (1995-96) s. 18, Evju 2010 s. 409.

³²⁶ Evju 2010 s. 409.

³²⁷ Ibid., s. 414.

³²⁸ Ibid., s. 401.

³²⁹ Ibid., s. 395.

drøftelser skal gjennomføres med arbeidstakernes representanter, utelukker ikke dette at den enkelte arbeidstaker har krav på etterlevelse av reglene (se avsnitt 4.2.3).³³⁰ Også Frostating lagmannsretts dom av 12. mai 2004 (LF-2003-21015) illustrerer hvordan arbeidstakere kan påberope seg manglende overholdelse av reglene om informasjon og drøftelser ved søksmål om ugyldig oppsigelse. At arbeidstaker skulle ha adgang til å påberope seg manglende overholdelse av informasjons- og drøftelsesreglene som grunnlag for usaklig oppsigelse, ble også forutsatt av departementet ved implementeringen av masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om virksomhetsoverdragelse i 1992. Departementet fant grunn til å påpeke at manglende overholdelse av informasjons- og drøftelsesplikten ved virksomhetsoverdragelse burde veie tungt i domstolenes vurdering av saksbehandlingen ved oppsigelser i forbindelse med driftsinnskrenkninger.³³¹ For den *etterfølgende* håndhevelsen i forbindelse med en oppsigelsessak må det altså være klart at den enkelte arbeidstaker har søksmålsrett. Dette må også gjelde i tvister om andre arbeidsgiverbeslutninger av betydning for den enkeltes arbeidsforhold. Det som da er det sentrale, er hvem som skal anses å ha en «rettsposisjon», det vil si hvem eller hva det er reglene skal verne og som derfor med rettslig virkning kan påberope brudd.³³²

Det springende punkt er om og i hvilken utstrekning det etter direktivene med bestemmelser om informasjon og drøftelser kreves at det skal kunne reises *direkte* søksmål med påstand om dom for brudd, krav på oppfyllelse, osv., og ikke bare søksmål «i etterkant». Dersom det konstateres at det er adgang til å reise direkte søksmål for domstolene, er det neste spørsmålet *hvem* som skal ha slik søksmålskompetanse. *Junk*-avgjørelsen løser ikke dette spørsmålet om «direkte» søksmålsrett. I avsnitt 2.8.2 har jeg etter en tolking av direktivenes håndhevelsesbestemmelser og EU-domstolens praksis konkludert med at direktivene ikke krever at den enkelte arbeidstaker tilkjennes søksmålsrett. Det er tilstrekkelig at arbeidstakernes tillitsvalgte har søksmålsrett. Denne forståelsen av informasjons- og

³³⁰ Ibid., s. 416.

³³¹ Ot.prp. nr. 71 (1991-92) s. 27.

³³² Evju 2010 s. 416.

drøftelsesretten har også blitt lagt til grunn av departementet ved implementeringen av direktivet om informasjon og konsultasjon.³³³

I forhold til aml. kap. 8 synes Arbeidslivslovutvalget å ha lagt til grunn at det ikke er nødvendig at den enkelte arbeidstaker har krav på å få en tvist om oppfyllelsen av informasjons- og drøftelsesreglene behandlet av et konfliktløsningsorgan.³³⁴ Utvalget viste til at det i «løpende saker vil ... være spørsmål om å få etablert en dialog», og at dette var bedre egnet til å gjennomføres som et ledd i Arbeidstilsynets tilsyn enn å behandles i en nemnd:

«Bestemmelsene om informasjon og drøfting gjelder løpende informasjon og drøfting i virksomhetene, som gjerne vil bli aktuelle særlig i forbindelse med oppsigelser som følge av rasjonaliseringer. Mye taler for at konkrete tvister i slike situasjoner ikke er så egnet til å behandles i en nemnd. Dette er en oppgave som egner seg bedre til å gjennomføre som et ledd i Arbeidstilsynets tilsyn med virksomhetene. I en oppsigelsessak vil spørsmålet om informasjon og drøfting komme opp i etterkant, som en del av en påstand om at oppsigelsesprosessen ikke har gått riktig for seg. Selve oppsigelsestvisten vil være gjenstand for forhandlinger, og vil eventuelt bli behandlet i domstolene. En parallell behandling av plikten til informasjon og drøfting i et annet organ vil kunne komplisere saksbehandlingen.»³³⁵

Utvalget synes her å forutsette at den enkelte arbeidstakers rett til å få prøvet spørsmålet om informasjon og drøftelser vil være begrenset til oppsigelsessaker, eller andre saker som berører den enkeltes arbeidsforhold og hvor arbeidstaker derfor har søksmålskompetanse. Etersom EU-domstolen også har lagt til grunn at den enkelte arbeidstaker ikke har søksmålsrett etter masseoppsigelsesdirektivet, jf. *Mono Car Styling*, må konklusjonen bli at arbeidstakerne ikke har individuell søksmålsrett i løpende saker om informasjon og drøftelser.

³³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 124.

³³⁴ NOU 2004: 5 s. 228.

³³⁵ Ibid.

Arbeidstakernes tillitsvalgte må imidlertid antas å ha direkte søksmålsrett. Hvis ikke ville arbeidstakerne vært helt avskåret fra å få håndhevet sin kollektive rett til informasjon og drøftelser i situasjoner hvor det ikke samtidig forelå en individuell sak som kunne tas til domstolene. At arbeidstakernes tillitsvalgte må ha direkte søksmålsrett, må følge av direktivenes formål, ettersom retten til informasjon og drøftelser vil være lite verdt dersom arbeidstakernes tillitsvalgte ikke samtidig hadde adgang til å sikre sin rett håndhevet. En direkte søksmålsrett for arbeidstakernes tillitsvalgte er også en forutsetning for at de skal kunne kreve midlertidig forføyning. Dette resultatet er også i samsvar med *Mono Car Styling*, hvor retten blant annet begrunnet konklusjonen om at arbeidstakerne ikke kan kreve ubetinget individuell klagerett fordi det ikke gjaldt noen begrensinger i arbeidstakernes tillitsvalgte klagerett. Direktivene må derfor sies å forutsette en ubetinget klagerett for arbeidstakernes tillitsvalgte, både i løpende saker og i etterkant. Ettersom det norske systemet ikke gir adgang til noen forvaltningsbehandling, må denne klageretten kunne utøves for de alminnelige domstoler.

4.3.4 Oppsummering og konklusjon

Spørsmålet er så om håndhevelsen i Arbeidstilsynet, Bedriftsdemokratinemnda og domstolene av reglene om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse og informasjon og konsultasjon er i samsvar med ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.

Når det gjelder *ekvivalensprinsippet*, synes håndhevelsen i Arbeidstilsynet, Bedriftsdemokratinemnda og domstolene ikke å gjøre noe forskjell på hvor reglene stammer fra. Enkelte regler i arbeidsmiljøloven kan håndheves for en særskilt tvisteløsningsnemnd, jf. § 17-2. Tvister om brudd på regler om informasjon og drøftelser i Hovedavtalen mellom LO og NHO kan også bringes inn for Sanksjonsnemnda, jf. avtalens § 9-19. At ikke også reglene i aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16 kan håndheves i tvisteløsningsnemnden eller i Sanksjonsnemnda, er imidlertid ikke noe brudd på ekvivalensprinsippet. Som nevnt i avsnitt 2.4 og 4.2.6 er medlemsstatene ikke forpliktet til å la den gunstigste ordningen komme til anvendelse på EU-søksmål, så lenge den ordningen som *kommer* til anvendelse, gjelder uten å diskriminere mellom EU-rettslige og nasjonale regler. Her er det ingen holdepunkter for

å si at håndhevelsen i Arbeidstilsynet, Bedriftsdemokratineemnda eller domstolene på noen måte diskriminerer søksmål basert på EU-rettslige regler.

Effektivitetsprinsippet krever at reglene for håndhevelsen i Arbeidstilsynet, Bedriftsdemokratineemnda og domstolene ikke gjør utøvelsen av EU-rettighetene i praksis umulig eller uforholdsmessig vanskelig. Prosessreglene må vurderes i sammenheng med deres rolle i den samlede prosedyren og reglenes særlige kjennetegn. Videre må det tas hensyn til de grunnleggende prinsipper i den nasjonale rettsorden, og disse må gjøre seg gjeldende i det konkrete tilfellet. I forrige avsnitt har jeg konkludert med at den enkelte arbeidstaker ikke har individuell søksmålsrett for domstolene for å få håndhevet informasjons- og drøftelsesretten i løpende saker. Dette er imidlertid i tråd med EU-domstolens egen avgjørelse i *Mono Car Styling*, og kan derfor ikke være i strid med EU-retten. Det synes heller ikke å foreligge andre regler som gjør det uforholdsmessig vanskelig å få håndhevet rettighetene etter aml. kap. 8, § 15-2 og kap. 16 for domstolene. Videre er det klart at de norske håndhevelsesorganene oppfyller direktivenes krav til klageorganer. Bare direktivet om virksomhetsoverdragelse krever uttrykkelig at klager skal behandles i domstolene. Etter masseoppsigelsesdirektivet og direktivet om informasjon og konsultasjon er forvaltningsbehandling nok. I norsk rett er håndhevelsen sikret delvis av tilsyn av Arbeidstilsynet, og ellers full tilgang til domstolene. Håndhevelsen i Arbeidstilsynet, Bedriftsdemokratineemnda og domstolene er således i samsvar med EU-rettens krav.

5 Avsluttende bemerkninger

EU-rettens krav til effektiv håndhevelse er formulert som nokså vage og fleksible prinsipper, som i stor grad overlater det til medlemsstatene å avgjøre hvordan EU-retten skal håndheves. Prinsippene synes kun å kreve et minimum av beskyttelse: Individene må ha tilgang til domstolene, prosessreglene og prosedyrene må ikke diskriminere søksmål basert på EU-retten og reglene og prosedyrene må ikke være utformet slik at de gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve EU-retten. For regler om rettsvirkninger gjelder det riktignok krav om at disse må være egnet til å sikre en effektiv, avskrekkende og proporsjonal beskyttelse av EU-rettighetene. Men hva dette nærmere innebærer er igjen opp til medlemsstatene å avgjøre.

De vage kravene som følger av prinsippet om effektiv rettslig beskyttelse, ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet vil antageligvis i mange tilfeller ikke være nok til å sikre en effektiv håndhevelse av individenes EU-rettigheter. I tillegg kommer at EU-domstolens praksis ikke har vært konsekvent i spørsmål om effektiv håndhevelse. Selv om den siste tidens praksis tyder på at domstolen holder seg til en konkret tilnærming til spørsmål om effektiv håndhevelse, synes det vanskelig å forutsi hva som blir domstolens resultat i det enkelte tilfellet.

En fullstendig harmonisering av medlemsstatenes håndhevelsessystemer vil nok ikke kunne oppnås, og det er kanskje heller ikke ønskelig. Prosessregler er resultater av mange motstridende hensyn, og politiske avgjørelser spiller en viktig rolle i utformingen av disse reglene. På enkelte områder har EU-lovgiver likevel oppstilt mer konkrete krav til sanksjoner og prosedyrer for håndhevelsen av EU-retten. Etter min oppfatning hadde det vært ønskelig med slik lovgivning på flere områder. Direktivene burde inneholde bestemmelser om hvilke sanksjoner medlemsstatene må anvende ved brudd på direktivenes regler. Dette ville medføre likere behandling av individene uavhengig av nasjonalitet.

Når det gjelder håndhevelsen av reglene om masseoppsigelse, virksomhetsoverdragelse og informasjon og konsultasjon i norsk rett, er den stort sett i samsvar med EU-rettens krav. De norske gjennomføringsbestemmelsene er i overensstemmelse med direktivenes regler, og der det er forskjeller mellom de to regelsettene er individene gitt bedre rettigheter etter de norske reglene enn etter direktivene. Etersom direktivene kun oppstiller generelle krav til håndhevelsen, som ikke innebærer noe mer enn det som allerede følger av EU-domstolens praksis, er det ikke lett å peke på generelle mangler i den norske håndhevelsen. På ett område kunne likevel beskyttelsen vært bedre. Det gjelder arbeidstakernes rett til informasjon og drøftelser i situasjoner hvor det ikke foreligger noen oppsigelser. Her burde det etter min mening vært utformet klare regler om at arbeidsgivers beslutning ikke kan iverksettes for informasjons- og drøftelsesplikten er oppfylt, og i tillegg regler om erstatning. Slik situasjonen er nå vil arbeidsgivers manglende overholdelse av informasjons- og drøftelsesplikten (der det ikke er gitt oppsigelser) som regel ikke ha noen konsekvenser. Mangler i håndhevelsen vil ellers gjerne vise seg i forbindelse med konkrete situasjoner.

Selv om den norske håndhevelsen stort sett overholder EU-rettens krav, er ikke det ensbetydende med at den ikke kunne vært mer effektiv. Arbeidstakers posisjon ville blitt vesentlig styrket gjennom individuell klagerett. Kanskje kunne man latt Bedriftsdemokratine mnda fått kompetanse til å avgjøre alle løpende tvister om hvorvidt arbeidsgiver overholder informasjons- og drøftelsesplikten etter aml. kap. 8, § 15-2 og §§ 16-5 og 16-6, og ikke bare i saker om fortrolige opplysninger etter § 8-3.

6 Kilder

Lover

Arbeidsmarkedsloven	Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
Skadeerstatningsloven	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning (skadeerstatningsloven).
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Forarbeider

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 71 (1991-92)	<i>Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale.</i>
Ot.prp. nr. 55 (1995-96)	<i>Om lov om allmenngjøring av bestemmelser i tariffavtale om europeiske samarbeidsutvalg m.v.</i>
Ot.prp. nr. 79 (2000-2001)	<i>Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (virksomhetsoverdragelse m.m.).</i>
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i>
Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)	<i>Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).</i>

Norges offentlige utredninger

NOU 2004: 5 *Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.* Utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 30. august 2001. Avgitt til Arbeids- og administrasjonsdepartementet 20. februar 2004.

Annet

Arbeidstilsynets Årsrapport fra 2006, 2007, 2008 og 2009.

EU/EØS

Primærlovgivning

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 1992.

Charter of Fundamental Rights of the European Union av 2009.

Maastrichttraktaten av 1993.

Romatraktaten/EF-traktaten av 1957.

Treaty on European Union (TEU) av 2009.

Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) av 2009.

Sekundærlovgivning

Direktiv 75/117/EØF Rådskonklusjon 75/117/EØF av 10. februar 1975 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere (likelønnsdirektivet), opphevet ved direktiv 2006/54/EF.

Direktiv 76/207/EØF Rådskonklusjon 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (likebehandlingsdirektivet), endret ved direktiv 2002/73/EF og opphevet ved direktiv 2006/54/EF.

Direktiv 79/7/EØF Rådskonklusjon 79/7/EØF av 19. desember 1978 om gradvis gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner i trygdespørsmål.

- Direktiv 80/987/EØF Rådskonferansedirektiv 80/987/EØF av 20. oktober 1980 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om vern av arbeidstakere ved arbeidsgiverens insolvens.
- Direktiv 89/665/EØF Rådskonferansedirektiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og forskrifter om gjennomføring av klagebehandling i forbindelse med tildeling av offentlige varekjøps- samt bygge- og anleggskontrakter, endret ved direktiv 2007/66/EF.
- Direktiv 92/85/EØF Rådskonferansedirektiv 92/85/EØF av 19. oktober 1992 om iverksetting av tiltak som forbedrer helse og sikkerhet på arbeidsplassen for gravide arbeidstakere og arbeidstakere som nylig har født eller som ammer (tiende særkonferansedirektiv i henhold til artikkel 16 nr. 1 i direktiv 89/391/EØF).
- Direktiv 97/80/EF Rådskonferansedirektiv 97/80/EF av 15. desember 1997 om provtyngsla i samband med skilnadshandsaming på grunnlag av kjønn, opphevet ved direktiv 2006/54/EF.
- Direktiv 98/27/EF Parlaments- og rådskonferansedirektiv 98/27/EF av 19. mai 1998 om nedlegging av forbod med omsyn til vern av forbrukarinteresser, nå regulert i parlaments- og rådskonferansedirektiv 2009/22/EF av 23. april 2009 med samme navn.
- Direktiv 98/59/EF Rådskonferansedirektiv 98/59/EF av 20. juli 1998 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om masseoppsigelser. Avløser direktiv 75/129/EØF og endringsdirektiv 92/56/EØF.
- Direktiv 99/70/EF Rådskonferansedirektiv 99/70/EF af 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende tidsbegrenset ansættelse, der er indgået af EFS, UNICE og CEEP.
- Direktiv 2000/78/EF Rådskonferansedirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv.
- Direktiv 2001/23/EF Rådskonferansedirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter. Avløser direktiv 77/187/EØF og endringsdirektiv 98/50/EF.

- Direktiv 2002/12/EF Parlaments- og rådsdirektiv 2002/12/EF av 11. mars 2002 om fastsettelse av en generell ramme for informasjon til og konsultasjon med arbeidstakere i Det europeiske fellesskap.
- Direktiv 2003/35/EF Parlaments- og rådsdirektiv 2003/35/EF av 26. mai 2003 om mulighet for offentlig deltagelse i forbindelse med utarbeidelse af visse planer og programmer på miljøområdet og om ændring af Rådets direktiv 85/337/EØF og 96/61/EF for så vidt angår offentlig deltagelse og adgang til klage og domstolsprøvelse.
- Direktiv 2004/35/EF Parlaments- og rådsdirektiv 2004/35/EF av 21. april 2004 om miljøansvar med hensyn til forebygging og utbedring av miljøskader.
- Direktiv 2004/48/EF Parlaments- og rådsdirektiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheter.
- Direktiv 2006/54/EF Parlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (omarbeiding).
- Direktiv 2007/66/EF Parlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten av klagebehandlingen ved tildeling av offentlige kontrakter.
- Direktiv 2009/52/EF Parlaments- og rådsdirektiv 2009/52/EF af 18. juni 2009 om minimumsstandarder for sanksjoner og foranstaltninger over for arbeidsgivere, der beskæftiger tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold.

Kommisjonen

COM(91) 292 final, EF-Tidende (O.J.) C No. 310, s. 6 (30. november 1991).

COM(92) 127 final, O.J. C No. 117, s. 16 (8. mai 1992).

COM(98) 612 final, O.J. C No. 2, s. 3 (5. januar 1999).

Rettspraksis

Høyesterett

- Rt. 1999 s. 977 (Nemko)
- Rt. 1999 s. 989 (Vest-Ro)
- Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)
- Rt. 2000 s. 2047 (Psykiatridommen)
- Rt. 2000 s. 2058 (Miljøtransport)
- Rt. 2010 s. 202 (Kystlink)
- Rt. 2011 s. 609 (SAS)

Lagmannsretten

LF-2003-21015

EU-domstolen

- Sak 26/62 *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen* [Nederland], [1963] EFD 1.
- Sak 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* [Italia], [1964] EFD 585.
- Sak 26/74 *Société Roquette frères mot Commission of the European Communities* [Frankrike], [1976] EFD 677.
- Sak 60/75 *Carmine Antonio Russo v Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)* [Italia], [1976] EFD 45.
- Sak 118/75 *Lynne Watson og Alessandro Belmann* [Italia], [1976] EFD 1185.
- Sak 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG, Cologne, og Rewe-Zentral AG, Cologne, mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, Saarbrücken* [Tyskland], [1976] EFD 1989.
- Sak 45/76 *Comet BV, Sassenheim, mot Produktschap voor Siergewassen* [Nederland], [1976] EFD 2043.
- Sak 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal S.p.A.* [Italia], [1978] EFD 629.
- Sak 177/78 *Pigs and Bacon Commission mot Mc Carren and Company Limited* [Irland], [1979] EFD 2161.

- Sak 158/80 *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH og Rewe-Markt Steffen, Kiel, mot Hauptzollamt, Kiel* [Tyskland], [1981] EFD 1805.
- Sak 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot SpA San Giorgio, Milano* [Italia], [1983] EFD 3595.
- Sak 14/83 *Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen* [Tyskland], [1984] EFD 1891.
- Sak 222/84 *Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [Nord-Irland], [1986] EFD 1651.
- Sak 275/84 *Coöperatieve Melkproductenbedrijven "Noord-Nederland" BA (Frico) mot Produktschap voor Zuivel* [Nederland], [1985] EFD 3651.
- Sak 68/88 *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mot Den Høllenske Republik* [1989] EFD 2965.
- Sak C-326/88 *Anklagemyndigheden mot Hansen & Søn I/S* [Danmark], [1990] EFD I-2911.
- Forente saker C-143/88 og C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG mot Hauptzollamt Itzehoe og Zuckerfabrik Soest GmbH mot Hauptzollamt Paderborn* [Tyskland], [1991] EFD I-415.
- Sak C-213/89 *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.* [Storbritannia], [1990] EFD I-2433.
- Sak C-7/90 *Straffesak mot Paul Vandevenne m.fl.* [Belgia], [1991] EFD I-4371.
- Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Andrea Francovich mot Italia, og Daniela Bonifaci m.fl. mot Italia* [1991] EFD I-5357.
- Forente saker C-87/90, C-88/90 og C-89/90 *Verholen m.fl. mot Sociale Verzekeringsbank A.* [Nederland], [1991] EFD I-3757.
- Sak C-208/90 *Theresa Emmott mot Minister for Social Welfare* [Irland], [1991] EFD I-4269.
- Forente saker C-132/91, C-138/91 og C-139/91 *Grigorios Katsikas mot Angelos Konstantinidis og Uwe Skreb og Günter Schroll mot PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, [Tyskland], [1992], EFD I-6577.

- Sak C-271/91 *M. H. Marshall mot Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* [Storbritannia], [1993] EFD I-4367.
- Sak C-338/91 *H. Steenhorst-Neerings mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen* [Nederland], [1993] EFD I-5475.
- Sak C-382/92 *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mot Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland* [1994] EFD I-2435.
- Sak C-383/92 *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mot Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland* [1994] EFD I-2479.
- Sak C-410/92 *Elsie Rita Johnson mot Chief Adjudication Officer* [Storbritannia], [1994] EFD I-5483.
- Forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland og The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.* [Tyskland og Storbritannia], [1996] EFD I-1029.
- Sak C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie mot État belge* [Belgia], [1995] EFD I-4599.
- Forente saker C-430/93 og C-431/93 *Jeroen van Schijndel og Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [Nederland], [1995] EFD I- 4705.
- Sak C-465/93 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH m.fl. mot Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* [Tyskland], [1995] EFD I-3761.
- Sak C-212/94 *FMC plc, FMC (Meat) Ltd, DT Duggins Ltd, Marshall (Lamberhurst) Ltd, Montelupo Ltd og North Devon Meat Ltd mot Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food* [Storbritannia], [1996] EFD I-389.
- Sak C-180/95 *Niels Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG* [Tyskland], [1997] EFD I-2195.
- Sak C-188/95 *Fantask A/S e.a. mot Industriministeriet (Erhvervministeriet)* [Danmark], [1997] EFD I-6783.

- Sak C-326/96 *B.S. Levez mod T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.*
[Storbritannia], [1998] EFD I-7835.
- Sak C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) mot Ministero delle Finanze* [Italia], [1998] EFD I-4951.
- Sak C-260/96 *Ministero delle Finanze mot Spac SpA.* [Italia], [1998] EFD I-4997.
- Forente saker C-279/96, C-280/96 og C-281/96 *Ansaldo Energia SpA mot Amministrazione delle Finanze dello Stato, Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Marine Insurance Consultants Srl og GMB Srl m.fl. mot Amministrazione delle Finanze dello Stato* [Italia], [1998] EFD I-5025.
- Sak C-78/98 *Shirley Preston m.fl. mot Wolverhampton Healthcare NHS Trust m.fl. og Dorothy Fletcher m.fl. mot Midland Bank plc* [Storbritannia], [2000] EFD I-3201.
- Sak C-13/01 *Safalero Srl mod Prefetto di Genova* [Italia], [2003] EFD I-8679.
- Sak C-55/02 *Kommisjonen mot Portugal* [2004] EFD I- 9387.
- Sak C-188/03 *Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel* [Tyskland], [2005] EFD I-885.
- Forente saker C-295/04, C-296/04, C-297/04 og C-298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito mot Fondiaria Sai SpA (C-296/04), Nicolò Tricarico (C-297/04) og Pasqualina Murgolo (C-298/04) mot Assitalia SpA* [Italia], [2006] EFD I-6619.
- Sak C-127/05 *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mot Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland* [2007] EFD I-4619.
- Sak C-385/05 *Confédération générale du travail m.fl. mot Premier ministre og Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement* [Frankrike], [2007] EFD I-611.
- Sak C-432/05 *Unibet (London) Ltd og Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern* [Sverige], [2007] EFD I- 2271.
- Sak C-309/06 *Marks & Spencer plc mot Commissioners of Customs & Excise* [Storbritannia], [2008] EFD I-2283.

- Sak C-460/06 *Nadine Paquay mot Société d'architectes Hoet + Minne SPRL* [Belgia], [2007] EFD I-8511.
- Sak C-12/08 *Mono Car Styling SA mot Dervis Odemis m.fl.* [Belgia], [2009] EFD I-6653.
- Sak C-63/08 *Virginie Pontin mot T-Comalux SA* [Luxembourg], [2009] EFD I-10467.
- Sak C-69/08 *Raffaello Visciano mod Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* [Italia], [2009] EFD I-6741.
- Sak C-177/10 *Francisco Javier Rosado Santana mot Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía* [Spania], dom 8. september 2011, [2011] EFD I-00000.

Litteratur

- Craufurd Smith 1999 Rachael Craufurd Smith. «Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection.» I: *The evolution of EU law*. (Paul Craig og Gráinne de Búrca.) New York: Oxford University Press, 1999, s. 287-320.
- Dougan 2004 Michael Dougan. *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*. Oxford og Portland Oregon: HartPublishing, 2004.
- Dougan 2011 Michael Dougan. «The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law Before the National Courts.» I: *The evolution of EU law*. (Paul Craig og Gráinne de Búrca.) New York: Oxford University Press, 2. utgave, 2011, s. 407-438.
- Eidsvaag 2009 Tine Eidsvaag. *Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Avhandling for graden philosophiae doctor (PhD) ved Universitetet i Bergen, 2009.
- Ertzaas 2004 Ulf Ertzaas. I samarbeid med Kari Bergeius Andersen og Henning Jakhelln. *Arbeidsrettslig håndbok. Privat sektor. LO–NHO-området*. Oslo: Høyskoleforlaget, 2004.

- Evju 2005 Stein Evju. «Informasjon og drøftelser som beslutningsvilkår. EFD 27. januar 2005, sak C-188/03 Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel – ”Masseoppsigelser” og prosedyrereglens betydning.» I: *Arbeidsrett og arbeidsliv*, bind 1, 2005, s. 263-273.
- Evju 2006 Stein Evju. «Reservasjonsrett og valgrett under et nytt regime.» I: *Arbeidsrett*, nr. 4, 2006, s. 209-231.
- Evju 2010 Stein Evju. «Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon. Tillike om «tillitsvalgte» og noen sider ved den nye arbeidsmiljøloven.» I: *Arbeidsrett. Utvalgte artikler 2001-2010*. (Stein Evju). Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 391-448.
- Evju 2010b Stein Evju. «Virksomhetsoverdragelse og rettsvirkninger. Særlig om reservasjonsrett, tariffvilkår og endringer.» I: *Arbeidsrett. Utvalgte artikler 2001-2010*. (Stein Evju). Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 449-515.
- Evju 2010c Stein Evju. «Supreme Court Rt. 2000 p. 2058. Transfer of undertakings – employees’ right to object to having their employment relationships transferred – right to choice of employer.» I: *Arbeidsrett. Utvalgte artikler 2001-2010*. (Stein Evju). Oslo: Universitetsforlaget, 2010, s. 689-693.
- Fitzpatrick 2003 Jonas Malmberg (red.), Barry Fitzpatrick, Michael Gotthardt, Sylvaine Laulom, Antonio Lo Faro, Taco van Peijpe og Andrzej Swiatkowski. *Effective Enforcement of EC Labour Law*. Uppsala: Iustus Förlag, 2003.
- Fougner m.fl. 2011 Jan Fougner, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard og Eli Aasheim. *Omstilling og nedbemanning*. Oslo: Universitetsforlaget, 2. utgave, 2011.
- Kirkøen 2003 Christel Kirkøen. *Likebehandlingsprinsippet – effektiv sanksjonering*. Oslo: Kvinnerettslige studier nr. 52. Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 8, 2003.
- Malmberg 2003 Jonas Malmberg (red.), Barry Fitzpatrick, Michael Gotthardt, Sylvaine Laulom, Antonio Lo Faro, Taco van Peijpe og Andrzej

- Swiatkowski. *Effective Enforcement of EC Labour Law*. Uppsala: Iustus Förlag, 2003.
- Peijpe 2003 Jonas Malmberg (red.), Barry Fitzpatrick, Michael Gotthardt, Sylvaine Laulom, Antonio Lo Faro, Taco van Peijpe og Andrzej Swiatkowski. *Effective Enforcement of EC Labour Law*. Uppsala: Iustus Förlag, 2003.
- Prechal 1997 Sacha Prechal. «EC Requirements for an Effective Remedy.» I: *Remedies for Breach of EC Law*. (Julian Lonbay og Andrea Biondi.) England: John Wiley & Sons, 1997, s. 3-13.
- Sejersted m.fl. 2004 Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ola-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad. *EØS-rett*. Oslo: Universitetsforlaget, 2. utgave, 2004.
- Storme 1994 Marcel Storme. *Approximation of Judiciary Law in the European Union*. Dordrecht, Boston og London: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- Tridimas 2000 Takis Tridimas. «Enforcing Community Rights in National Courts: Some Recent Developments.» I: *The Future of Remedies in Europe*. (Claire Kilpatrick, Tonia Novitz og Paul Skidmore.) Oxford og Portland Oregon: Hart publishing, 2004, s. 35-50.
- Tridimas 2001 Takis Tridimas. «Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?» I: *Common Market Law Review*, 38, 2001, s. 301-332.
- van Gerven 2000 Walter van Gerven. «Of Rights, Remedies and Procedures.» I: *Common Market Law Review*, 37, 2000, s. 501-536.
- Ward 1995 Angela Ward. «Effective Sanctions in EC Law: A Moving Boundary in the Division of Competence.» I: *European Law Journal*, vol 1, nr. 2, juli 1995, s. 205-217.